



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 2, Part 2

2014, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2014] 2 F.C.R., 199–420

Renvoi [2014] 2 R.C.F., 199–420

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

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.

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

Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

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

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

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

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.

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

Nº. de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-373X

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'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.

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 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 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
In Memoriam	III
Judgments	199–420

Avila Rodriguez v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 254

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 denying principal applicant's refugee claim under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97 on basis of state protection—Claim of principal applicant's common-law spouse, son also denied since lacking Act, s. 96 nexus, based on generalized risk in Mexico—Principal applicant, Columbian, fearing persecution by paramilitaries in Columbia while spouse, spouse's son, Mexican, fearing persecution arising from criminality in Mexico—Before coming to Canada, principal applicant fleeing to U.S., returning to Columbia, then returning to U.S.—Whether RPD's finding that principal applicant having adequate, effective state protection in Columbia reasonable; whether RPD's finding that principal applicant lacking subjective fear since not applying for refugee protection in U.S., re-availing to Columbia reasonable; whether finding that principal applicant's spouse, spouse's son facing generalized risk in Mexico reasonable—Given clear, convincing evidence that Columbia cannot protect persons targeted by paramilitaries, not reasonable to find that Columbia's anti-criminality efforts outweighing evidence of human rights violations by paramilitaries—While principal applicant's failure to claim asylum in U.S. troubling, RPD not disputing principal applicant's general credibility; thus, RPD's decision that principal applicant lacking subjective fear not reasonable—RPD's finding that principal applicant's spouse, spouse's son facing generalized risk in

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
In Memoriam	III
Jugements	199–420

Avila Rodriguez c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 254

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 (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile de la demanderesse principale en vertu des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) au motif que cette dernière pouvait bénéficier de la protection de l'État—La demande d'asile du conjoint de fait de la demanderesse et du fils de celui-ci a également été rejetée au motif qu'elle n'était fondée sur aucun des motifs prévus à l'art. 96 de la LIPR et qu'elle reposait sur l'existence d'un risque généralisé au Mexique—La demanderesse principale, d'origine colombienne, craignait d'être persécutée par les forces paramilitaires en Colombie tandis que son conjoint de fait et le fils de celui-ci, mexicains, craignaient d'être persécutés en raison de la criminalité qui sévit au Mexique—Avant d'arriver au Canada, la demanderesse principale s'est enfuie aux États-Unis, est retournée en Colombie, puis est revenue aux États-Unis—Il s'agissait de savoir si la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse principale avait accès à une protection de l'État adéquate et efficace en Colombie était raisonnable, si la conclusion de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif parce qu'elle n'avait pas demandé l'asile aux États-Unis et s'était réclamée à nouveau de la protection de l'État en Colombie était raisonnable et si la conclusion de la SPR selon laquelle le conjoint de la demanderesse principale et le fils de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Mexico reasonable—Not unreasonable to consider Mexicans having lived abroad or having non-Mexican spouses to constitute sub-groups more vulnerable to victimization—While RPD not expressly concluding that principal applicant’s spouse, spouse’s son part of Mexican sub-group, deference requiring that attention be paid to reasons offered or which could have been offered in support of decision—Application allowed for principal applicant; application dismissed for principal applicant’s spouse, spouse’s son.

Esensoy v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 281

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Parental sponsorship applications—Judicial review of Citizenship and Immigration Canada (CIC) decision returning application to sponsor widowed mother because, effective November 5, 2011, CIC temporarily stopping acceptance of new applications to sponsor parents, grandparents—On November 4, 2011, applicant learning of Ministerial Instruction placing moratorium on sponsorship applications—Applicant faxing sponsorship application to CIC on November 4, 2011, but physical application received by CIC after November 5—Applicant claiming CIC receiving application when faxed on November 4, 2011—Arguing that respondent acting outside legislated authority in suspending sponsorship of parents, thereby breaching *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 87.3(1), frustrating applicant’s sponsorship rights under s. 13 thereof—Whether respondent acting outside statutory authority in suspending sponsorship of parents by making Ministerial Instruction; whether applicant’s application properly received before November 5, 2011—Applicant’s application not received before deadline set by respondent—Although English text of Act, s. 87.3(1) may hold two meanings, use of word “aux” in French-language version

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique était raisonnable—Devant une preuve claire et convaincante que la Colombie ne peut protéger les personnes ciblées par les forces paramilitaires, il n’était pas raisonnable pour la SPR de conclure que les efforts de la Colombie pour lutter contre la criminalité l’emportaient sur la preuve des violations des droits de la personne commises par les forces paramilitaires—Même s’il est troublant que la demanderesse principale n’ait pas demandé l’asile aux États-Unis, la SPR n’a pas mis en doute sa crédibilité générale; par conséquent, la décision de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n’avait pas de fondement subjectif n’était pas raisonnable—La SPR a conclu de façon raisonnable que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique—Il n’est pas déraisonnable de considérer les Mexicains qui ont vécu à l’étranger ou qui ont un conjoint non mexicain comme étant l’un des sous-groupes susceptibles de devenir victimes—Bien que la SPR n’ait pas expressément conclu que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci appartenaient à un sous-groupe, la déférence exige que la Cour fasse preuve d’attention aux motifs donnés ou qui auraient pu être donnés à l’appui de la décision—Demande de la demanderesse principale accueillie; demande du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci rejetée.

Esensoy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 281

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Demandes de parrainage parental—Contrôle judiciaire visant la décision de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de retourner au demandeur sa demande de parrainage de sa mère veuve parce qu’à compter du 5 novembre 2011, CIC avait temporairement cessé d’accepter les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents—Le 4 novembre 2011, le demandeur a appris l’existence d’une instruction ministérielle imposant un moratoire sur les demandes de parrainage—Le demandeur a transmis par télécopieur à CIC sa demande de parrainage le 4 novembre 2011, mais la copie papier de la demande a été reçue par CIC après le 5 novembre—Le demandeur a fait valoir que CIC avait reçu la demande lorsque celle-ci a été transmise par télécopieur le 4 novembre 2011—Le demandeur a prétendu que le défendeur a outrepassé la compétence que lui confère la loi en suspendant le parrainage de parents, en violation de l’art. 87.3(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et a ainsi empêché l’exercice des droits dont le demandeur disposait en vertu de l’art. 13 de la Loi—Il s’agissait de savoir si le défendeur a outrepassé la compétence que lui confère la loi en suspendant le parrainage de parents par la mise en œuvre de l’instruction

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

thereof clearly indicating that Act, s. 87.3(1) applying to s. 13 regarding sponsorships—Thus, English-language version must be read consistently with French-language version; respondent having right to give instructions regarding processing of applications, requests—Act, s. 87.3(3)(c) giving respondent robust power to set number of applications or requests to be processed in any year—Respondent’s actions in present case appearing bona fide, directed to backlog issue—Therefore, respondent having legislative authority to place temporary moratorium on filing of sponsorship applications—Application dismissed.

Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 224

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Appeal from Federal Court decision denying appellant’s judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision applicant excluded from refugee status on ground having committed “serious” crime within meaning of *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b)—Appellant coming to Canada after completing prison sentences in United States, claiming refugee status—Appellant arguing now rehabilitated—RPD concluding gravity of appellant’s crime excluding him from refugee protection, even though most recent crime committed 17 years ago—Federal Court, relying on *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, concluding RPD precluded from taking rehabilitation into account in assessing seriousness of crimes—RPD not fettering exercise of discretion—Question certified as to whether, when applying Art. 1F(b), relevant for RPD to consider fact that refugee claimant rehabilitated since commission of crime at issue—Question answered in negative—RPD correctly concluding not relevant for determining seriousness of crime for purpose of Art. 1F(b) to consider whether refugee claimant who has served his sentence posing present danger to Canadian public—*Jayasekara* not wrongly decided, should be followed—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ministérielle et si la demande du demandeur a été dûment reçue avant le 5 novembre 2011—La demande du demandeur n’a pas été reçue avant le délai établi par le défendeur—Bien que la version anglaise de l’art. 87.3(1) de la Loi soit susceptible de deux sens, l’emploi du mot « aux » dans la version française indique clairement que l’art. 87.3(1) de la Loi s’applique à l’art. 13 en ce qui a trait aux demandes de parrainage—Par conséquent, la version anglaise doit être interprétée d’une manière qui concorde avec la version française; le défendeur a le droit de donner des instructions sur le traitement des demandes—L’art. 87.3(3)c) investit véritablement le défendeur d’un fort pouvoir, soit celui de préciser le nombre de demandes à traiter par an—Les actions du défendeur dans la présente cause semblent avoir été prises de bonne foi et avoir eu pour objet de régler la question de l’arriéré—Par conséquent, le défendeur était investi par la loi du pouvoir d’appliquer un moratoire temporaire au dépôt des demandes de parrainage—Demande rejetée.

Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 224

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale rejetant le contrôle judiciaire de l’appellant de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l’immigration et de la protection des réfugiés selon laquelle l’appellant ne répondait pas à la définition de réfugié au motif qu’il avait commis un crime « grave » au sens de l’art. 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—L’appellant est arrivé au Canada après avoir purgé des peines d’emprisonnement aux États-Unis et il a demandé l’asile—L’appellant faisait valoir qu’il s’est depuis réadapté—La SPR a conclu que la gravité du crime de l’appellant l’excluait du régime de protection des réfugiés, même si son crime le plus récent remontait à 17 ans—La Cour fédérale, s’appuyant sur l’arrêt *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, a conclu que la SPR ne pouvait pas tenir compte de la réadaptation pour apprécier la gravité des crimes—La SPR n’a pas restreint illégalement son pouvoir discrétionnaire—La question de savoir si, lorsque la SPR applique l’art. 1Fb), la réhabilitation du demandeur d’asile depuis la perpétration des crimes en cause est un facteur pertinent à prendre en considération a été certifiée—La Cour a répondu à cette question par la négative—La SPR a conclu à bon droit que la question de savoir si le demandeur d’asile qui a purgé sa peine constitue un danger actuel pour la population canadienne n’est pas pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer la gravité d’un crime aux fins de l’art. 1Fb)—L’arrêt *Jayasekara* n’est pas mal fondé et doit être suivi—Appel rejeté.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Khan v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 296

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by immigration officer not to issue permanent resident card on basis that applicant not meeting residency requirement—Applicant applying to renew card—Case Processing Centre noting residency requirement complied with, informing applicant card could be picked up—Officer later reassessing applicant’s absences in five years preceding day of pickup; finding applicant not meeting residency requirement—Whether officer unlawfully refusing to provide issued card—Officer not *functus officio*—However, respondent confusing issuance of card with proving that residency obligation met—Relevant question whether applicant fulfilling obligation to include necessary information, documents—Officer’s objection pertaining to whether applicant could pass new residency assessment—Applicant meeting requirements of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 59(1)(c)—Officer limited to comparing original documents to copies submitted with application—Able to withhold card if discrepancies found—Act not requiring residency assessment when card distributed—Such examination cannot impede issuance of card—Not open to officer to refuse to issue card once conditions met—Application allowed.

Tervita Corporation v. Canada (Commissioner of Competition) (F.C.A.) 352

Competition—Appeals from Competition Tribunal divestiture order made pursuant to *Competition Act*, s. 92—Tribunal finding that proposed merger likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern (NE) British Columbia—Appellant Tervita Corporation operating two secure landfills in NE British Columbia—Other landfill (Babkirk site) operated by Babkirk Land Services Inc. (BLS)—Individual respondents (vendors) acquiring BLS through new corporation (Complete Environmental Inc.)—Vendors subsequently selling shares in Complete to Tervita—Commissioner of Competition opposing transaction on ground likely to prevent competition in secure landfill services

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Khan c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 296

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision d’une agente d’immigration de ne pas délivrer de carte de résident permanent au motif que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence—Le demandeur a fait une demande pour renouveler sa carte—Le Centre de traitement des demandes a noté que l’exigence en matière de résidence avait été satisfaite et a informé le demandeur qu’il pouvait venir chercher sa carte—L’agente a plus tard réévalué les absences du demandeur au cours des cinq années précédant le jour où il est allé chercher sa carte et a conclu que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence—Il s’agissait de savoir si l’agente a agi de manière illégale en refusant de remettre la carte délivrée—L’agente n’était pas dessaisie de l’affaire—Cependant, le défendeur a confondu la délivrance d’une carte avec la preuve que l’obligation de résidence a été respectée—La question qui s’est posée était de savoir si le demandeur a rempli son obligation de joindre à sa demande tous les renseignements et tous les documents exigés—L’objection soulevée par l’agente avait plutôt trait à la question de savoir si le demandeur satisfaisait à l’obligation de résidence—Le demandeur satisfaisait à toutes les exigences de l’art. 59(1)c) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’agente ne pouvait que comparer les documents originaux avec les copies que le demandeur avait produites avec sa demande—L’agente aurait pu retenir la carte si elle avait conclu qu’il y avait des différences—La Loi n’exige pas d’évaluation de résidence au moment de la délivrance de la carte—Cette vérification ne peut pas faire obstacle à la délivrance de la carte—Il n’était pas loisible à l’agente de refuser de délivrer la carte dès que les conditions avaient été respectées—Demande accueillie.

Tervita Corporation c. Canada (Commissaire de la concurrence) (C.A.F.) 352

Concurrence—Appels visant une ordonnance de dessaisissement prononcée par le *Tribunal de la concurrence* en application de l’art. 92 de la Loi sur la concurrence—Le Tribunal a conclu que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est (N.-E.) de la Colombie-Britannique—L’appelante Tervita Corporation exploitait deux sites d’enfouissement sécuritaire dans le N.-E. de la Colombie-Britannique—Un autre site d’enfouissement (le site Babkirk) était exploité par Babkirk Land Services Inc. (BLS)—Les intimés (les vendeurs) ont acquis BLS par l’entremise d’une nouvelle personne morale

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in NE British Columbia, applying to Tribunal seeking order that transaction be dissolved or order requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS—Tribunal concluding, under s. 92, that impugned merger likely to prevent competition substantially—Also finding, under Act, s. 96, no or only marginal gains in efficiency warranting order under s. 92 not be made—Issues herein pertaining to alleged errors with respect to Tribunal’s analysis under ss. 92, 96—Tribunal erring, breaching rules of procedural fairness by considering Commissioner’s “deadweight loss” quantification under s. 96—Tribunal should have concluded that “deadweight loss” not properly quantified—Tribunal also erring when favouring subjective balancing exercise for determining whether gains in efficiency offsetting anti-competitive effects under s. 96—Overall offset analysis under s. 96 having to be as objective as reasonably possible; where objective determination cannot be made, must be reasonable—In light of Tribunal’s errors, fresh assessment of matter conducted—Merger herein providing negligible gains in efficiency while ensuring continuation, strengthening of Tervita’s market monopoly in geographic area at issue—These negligible gains not offsetting known anti-competitive effects even where weight to be afforded to such effects undetermined—Appeals dismissed.

Triad Gestco Ltd. v. Canada (F.C.A.) 199

Income Tax—Income Calculation—Capital Gains and Losses—Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant’s appeal from reassessments regarding 2001, 2002 taxation years—Reassessments relying on general anti-avoidance rule (GAAR) set out in *Income Tax Act*, s. 245 to disallow deduction of capital loss claimed by appellant—Appellant realizing capital gain in excess of \$7 million—Number of transactions taking place thereafter representing planning technique known tax-wise as “value shift”—Appellant claiming capital losses but those losses denied on basis that no economic loss actually incurred, GAAR applying to deny tax benefit claimed—Tax Court holding that transactions at issue constituting “avoidance transactions”;

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(Complete Environmental Inc.)—Les vendeurs ont par la suite vendu leurs actions de Complete à Tervita—La commissaire de la concurrence s’est opposée à la transaction qu’elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d’enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique et a demandé au Tribunal d’ordonner l’annulation de la transaction, ou d’ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS—Le Tribunal a conclu, au titre de l’art. 92, que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence—Il a également conclu, au titre de l’art. 96 de la Loi, qu’aucun gain en efficacité ou que des gains négligeables justifiaient qu’aucune ordonnance ne soit rendue en application de l’art. 92—Les questions en l’espèce portaient sur les erreurs qu’aurait commises le Tribunal dans son analyse au titre des art. 92 et 96—Le Tribunal a erré et manqué aux principes d’équité procédurale en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » par la commissaire en vertu de l’art. 96—Le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n’avait pas été quantifiée correctement—Le Tribunal a également commis une erreur lorsqu’il a favorisé une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficacité neutralisaient les effets anticoncurrentiels aux termes de l’art. 96—L’analyse globale de la neutralisation prévue à l’art. 96 doit être aussi objective que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d’être raisonnable—Compte tenu des erreurs du Tribunal, une nouvelle analyse de la question a été effectuée—Le fusionnement, en l’espèce, n’a permis de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question—Ces gains négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue—Appels rejetés.

Triad Gestco Ltd. c. Canada (C.A.F.) 199

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu — Gains et pertes en capital—Appel d’une décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt a rejeté l’appel interjeté par l’appelante visant les nouvelles cotisations établies à l’égard de ses années d’imposition 2001 et 2002—Les nouvelles cotisations étaient fondées sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l’art. 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et refusaient la déduction de la perte en capital réclamée par l’appelante—L’appelante a réalisé un gain en capital de plus de sept millions de dollars—Les nombreuses opérations qui ont eu lieu par la suite représentaient une technique de planification désignée « transfert de valeur » par les fiscalistes—L’appelante a fait valoir des pertes en capital, mais ces pertes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

that result achieved defeating underlying rationale of provisions relied upon—Whether avoidance transactions giving rise to misuse, abuse of provisions relied upon to achieve tax benefit—Loss generated by appellant herein loss on paper only in that no economic loss suffered—In appeal’s companion case, Tax Court correctly concluding that provisions at issue, in particular Act, 38(b), providing relief as offset against capital gain where taxpayer having suffered economic loss on disposition of property; that offsetting capital gain with paper loss claimed resulting in abuse, misuse of relevant provisions, specifically Act, ss. 38(b), 39(1)(b), 40(1)(b)—In present case, not necessary to rely on former Act, s. 55(1) to decipher existence of policy preventing deduction of loss claimed given publication of technical notes when s. 55(1) removed—Appeal dismissed.

van Buskirk v. Canada (Solicitor General) (F.C.)

317

Parole—Judicial review of calculation of applicant’s parole eligibility dates by Chief of Sentence Management (CSM) at penal institution—Applicant seeking to have eligibility dates recalculated to exclude community supervision portion of youth sentence—Applicant minor when committing murder but adult when committing other crimes—Serving aggregate sentence of 17 years, 2 months—Sentenced under *Youth Criminal Justice Act* (YCJA), s. 42(2)(q)(i), which included custodial YCJA sentence, conditional community supervision (non-custodial YCJA sentence)—Later, applicant receiving concurrent adult sentences under *Criminal Code* (Code), s. 465(1)(a)—Applicant’s sentences considered one sentence under *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 139—On June 13, October 23, 2012, CCRA amended making non-custodial youth sentences under YCJA, s. 42(2)(q)(i) included in calculating individual’s parole eligibility dates, statutory release date, warrant expiry date—CSM determining that applicant’s sentences merged under CCRA, s. 139; therefore, including applicant’s 48-month non-custodial YCJA sentence when calculating eligibility dates—Whether recent amendments to CCRA applying to applicant to include applicant’s non-custodial YCJA sentence in determining his parole

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ont été refusées au motif qu’aucune perte économique n’avait été subie, et que la RGAÉ s’appliquait de manière à faire obstacle à l’avantage fiscal demandé—La Cour canadienne de l’impôt a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d’évitement » et que le résultat atteint n’était pas conforme à la raison d’être des dispositions sur lesquelles se fondait l’appelante—Il s’agissait de savoir si les opérations d’évitement ont donné lieu à un abus dans l’application des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal en cause—La perte subie par l’appelante en l’espèce était une perte uniquement théorique, en ce sens qu’il n’y a eu aucune perte économique—Dans l’affaire connexe à l’appel, la Cour de l’impôt a correctement conclu que l’objet des dispositions en litige, particulièrement de l’art. 38b), est d’accorder un allègement d’impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d’un bien; cette compensation d’un gain en capital par la perte théorique déclarée a donné lieu à un recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement aux art. 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi—En l’espèce, il n’était pas nécessaire de se fonder sur l’ancien art. 55(1) pour constater l’existence d’une politique empêchant la déduction de la perte déclarée compte tenu de la publication au moment de l’abrogation de l’art. 55(1) de notes techniques—Appel rejeté.

van Buskirk c. Canada (Solliciteur général) (C.F.)

317

Libération conditionnelle—Contrôle judiciaire du calcul des dates d’admissibilité à la libération conditionnelle du demandeur par le chef de la gestion des peines (CGP) à l’établissement pénitentiaire—Le demandeur voulait que l’on recalcule ses dates d’admissibilité de manière à exclure le volet « mise en liberté sous condition au sein de la collectivité » de sa peine spécifique—Le demandeur était mineur lorsqu’il a commis un meurtre, mais adulte lorsqu’il a commis d’autres crimes—Il purge une peine d’emprisonnement totale de 17 ans et 2 mois—Il a été condamné, en application de l’art. 42(2)(q)(i) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (la LSJPA), à une peine d’emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA et à une mise en liberté sous condition au sein de la collectivité (peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA)—Plus tard, le demandeur a été condamné à des peines pour adulte concurrentes en vertu de l’art. 465(1)(a) du *Code criminel*—Les peines imposées au demandeur étaient considérées comme une seule peine en vertu de l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLSC)—Le 13 juin et le 23 octobre 2012, la LSCMLSC a été modifiée en vue d’inclure les peines spécifiques sans placement sous garde visées

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

eligibility dates—Plain reading of Code, s. 743.5(3)(a) suggesting that applicant’s non-custodial YCJA sentence must be included in calculating his parole eligibility under CCRA—Federal Court of Appeal decision in *J.P. v. Canada (Attorney General)* involving youth sentenced under YCJA discussed, distinguished from present case—Applicant’s judicial review in regard to calculation of applicant’s parole eligibility under CCRA, ss. 119(1)(c) 120.1, denied on basis of *Criminal Code*, s. 743.5(3)(a) whereby applicant’s non-custodial YCJA sentence deemed single sentence of imprisonment for purpose of sentence merger provisions in CCRA, s. 139—Application dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

à l’art. 42(2)q(i) dans le calcul des dates d’admissibilité d’un individu à la libération conditionnelle, ainsi que des dates de libération d’office et d’expiration du mandat—Le CGP a conclu que les peines imposées au demandeur avaient été fusionnées en vertu de l’article 139 de la LSCMLSC; par conséquent, il a inclus la peine sans placement sous garde d’une durée de 48 mois du demandeur lorsqu’il a calculé ses dates d’admissibilité—Il s’agissait de savoir si les récentes modifications apportées à la LSCMLSC s’appliquaient au demandeur de façon à inclure sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans la détermination de ses dates d’admissibilité à la libération conditionnelle—Une simple lecture de l’art. 743.5(3)a du *Code criminel* laissait entendre que la peine sans placement sous garde en vertu de la LSJPA du demandeur était à inclure dans le calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLSC—La décision de la Cour d’appel fédérale dans *J.P. c. Canada (Procureur général)* dans laquelle un jeune a été condamné en vertu de la LSCMLSC a fait l’objet de discussions, mais elle se distinguait de la présente cause—La demande de contrôle judiciaire du demandeur au sujet du calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle en vertu des art. 119(1)c) et 120.1 de la LSCMLSC a été rejetée sur le fondement de l’art. 743.5(3)a du *Code criminel* selon lequel la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur a été considérée comme une seule peine d’emprisonnement pour l’application des dispositions en matière de fusion de peines qui figurent à l’art. 139 de la LSCMLSC—Demande rejetée.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

National Gallery of Canada v. Canadian Artists' Representation, A-84-12, 2013 FCA 64, has been reversed on appeal (2014 SCC 42). The reasons for judgment, which were delivered on June 12, 2014, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Mudalige Don v. Canada (Citizenship and Immigration), A-45-13, 2014 FCA 4, Noël J.A., judgment dated January 10, 2014, leave to appeal to S.C.C. refused June 12, 2014.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Musée des beaux-arts du Canada c. Front des artistes canadiens*, A-84-12, 2013 CAF 64, a été infirmé en appel (2014 CSC 42). Les motifs du jugement, qui ont été déposés le 12 juin 2014, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Mudalige Don c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-45-13, 2014 CAF 4, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 10 janvier 2014, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 juin 2014.

IN MEMORIAM

**Court Martial Appeal Court
of Canada**



**Cour d'appel de la cour martiale
du Canada**

Federal Court

Cour fédérale

The Federal Court and Court Martial Appeal Court of Canada jointly issued the following media bulletin:

The Honourable Edmond P. Blanchard, Chief Justice of the Court Martial Appeal Court of Canada and Judge of the Federal Court, passed away in Ottawa on June 27, 2014, after a short battle with cancer. He was 60 years old. Originally from Atholville, New Brunswick, Chief Justice Blanchard attended Dalhousie University, Halifax, from 1975 to 1978, was called to the bar of New Brunswick in 1979, and was appointed Queen's Counsel in 1991. He practised law in Campbellton, New Brunswick, from 1979 to 1987. He was then elected to the New Brunswick Legislature in 1987 and re-elected in 1991, 1995 and 1999, occupying the position of Minister of State for Mines (1989 to 1991); Attorney General and Minister of Justice and Minister Intergovernmental Affairs (1991 to 1995); Minister responsible for the Regional Development Corporation (1991 to 1993); Minister of Finance, Chair of Board of Management and Minister of State responsible for Quality (1995 to 1999); and Official Opposition Critic of Natural Resources & Energy and Aboriginal Issues (1999). He was appointed judge of the Federal Court of Canada, Trial Division, and *ex officio* member of the Court of Appeal on October 5, 2000; judge of the Court Martial Appeal Court of Canada on December 13, 2000; member of the Competition Tribunal on October 29, 2002; and Chief Justice of the Court Martial Appeal Court of Canada on September 17, 2004.

Chief Justice Paul Crampton, on behalf of the Federal Court, and Acting Chief Justice Dolores Hansen, on behalf of the Court Martial Appeal Court of Canada, lamented Chief Justice Blanchard's passing: "Edmond Blanchard was a truly exceptional person. He had a life-long commitment to public service and the administration of justice. He was appointed to the Federal Court and Court Martial Appeal Court of Canada at a time of significant change in the organization of the federal courts, providing leadership and stability in their path to modernization of court administration. His outstanding judicial work was marked by wise judgment, thoroughness and attention to detail. On the Federal Court, he was assigned the most difficult cases, while on the Court Martial Appeal Court, he invariably assumed a leading role in those types of matters. His life's work and friendships were tempered by his profound

La Cour fédérale et la Cour d'appel de la Cour martiale ont émis le communiqué conjoint suivant :

L'honorable Edmond P. Blanchard, juge en chef de la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada et juge de la Cour fédérale, est décédé à Ottawa le 27 juin 2014 après une brève lutte contre le cancer. Il était âgé de 60 ans. Originaire d'Atholville au Nouveau-Brunswick, le juge en chef Blanchard a fait ses études à l'Université Dalhousie à Halifax de 1975 à 1978. Admis au Barreau du Nouveau-Brunswick en 1979, il a été nommé conseiller de la Reine en 1991. Il a pratiqué dans un cabinet de Campbellton au Nouveau-Brunswick de 1979 à 1987. Élu à la législature du Nouveau-Brunswick en 1987, il a été réélu en 1991, 1995 et 1999. Il a été ministre d'État aux mines, de 1989 à 1991, Procureur général, ministre de la Justice et ministre des Affaires intergouvernementales de 1991 à 1995, ministre responsable de la Société d'aménagement régional de 1991 à 1993, et enfin, ministre des Finances, président du conseil de gestion et ministre d'État responsable de la Qualité, de 1995 à 1999. En 1999, il était critique de l'opposition officielle en matière d'énergie et ressources naturelles et en matière d'affaires autochtone. Il a été nommé juge de la Cour fédérale du Canada, Section de première instance et membre de droit de la Cour d'appel, le 5 octobre 2000, juge de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada le 13 décembre 2000 et membre du Tribunal de la concurrence le 29 octobre 2002. Il a été nommé juge en chef de la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada le 17 septembre 2004.

Le juge en chef Paul Crampton, au nom de la Cour fédérale, et la juge en chef par intérim Dolores Hansen, au nom de la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada, se sont exprimés dans les termes suivants sur le décès de leur collègue : « Edmond Blanchard était un être exceptionnel. Tout au long de sa carrière, il a manifesté son engagement à l'égard du service public et de l'administration de la justice. Il a été nommé à la Cour fédérale et à la Cour d'appel de la Cour martiale à une époque marquée par des changements considérables dans l'organisation des cours fédérales, et il a su fournir le leadership et la stabilité nécessaires à la modernisation de l'administration judiciaire. Son travail extraordinaire comme magistrat a été marqué par sa sagesse, son sérieux et son souci du détail. À la Cour fédérale, on lui a assigné des dossiers particulièrement difficiles, alors qu'à la Cour d'appel de la

IN MEMORIAM

humility, keen intellect, and maritime humour. He will be greatly missed by all who knew him.”

Cour martiale il assumait invariablement un rôle clé dans les dossiers compliqués. Sa carrière et ses relations avec ses amis étaient empreintes d’humilité, d’une profonde intelligence et d’un humour bien acadien. Il manquera toujours à tous ceux qui l’ont connu. »

**Federal Courts
Reports**

2014, Vol. 2, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2014, Vol. 2, 2^e fascicule

A-286-11
2012 FCA 258

A-286-11
2012 CAF 258

Triad Gestco Ltd. (Appellant)

Triad Gestco Ltd. (appelante)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Respondent)

Sa Majesté la Reine (intimée)

INDEXED AS: TRIAD GESTCO LTD. v. CANADA

RÉPERTORIÉ : TRIAD GESTCO LTD. c. CANADA

Federal Court of Appeal, Noël, Sharlow and Mainville
JJ.A.—Ottawa, September 25 and October 15, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sharlow et Mainville
—Ottawa, 25 septembre et 15 octobre 2012.

Income Tax — Income Calculation — Capital Gains and Losses — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from reassessments regarding 2001, 2002 taxation years — Reassessments relying on general anti-avoidance rule (GAAR) set out in Income Tax Act, s. 245 to disallow deduction of capital loss claimed by appellant — Appellant realizing capital gain in excess of \$7 million — Number of transactions taking place thereafter representing planning technique known tax-wise as “value shift” — Appellant claiming capital losses but those losses denied on basis that no economic loss actually incurred, GAAR applying to deny tax benefit claimed — Tax Court holding that transactions at issue constituting “avoidance transactions”; that result achieved defeating underlying rationale of provisions relied upon — Whether avoidance transactions giving rise to misuse, abuse of provisions relied upon to achieve tax benefit — Loss generated by appellant herein loss on paper only in that no economic loss suffered — In appeal's companion case, Tax Court correctly concluding that provisions at issue, in particular Act, 38(b), providing relief as offset against capital gain where taxpayer having suffered economic loss on disposition of property; that offsetting capital gain with paper loss claimed resulting in abuse, misuse of relevant provisions, specifically Act, ss. 38(b), 39(1)(b), 40(1)(b) — In present case, not necessary to rely on former Act, s. 55(1) to decipher existence of policy preventing deduction of loss claimed given publication of technical notes when s. 55(1) removed — Appeal dismissed.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains et pertes en capital — Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par l'appelante visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002 — Les nouvelles cotisations étaient fondées sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu et refusaient la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante — L'appelante a réalisé un gain en capital de plus de sept millions de dollars — Les nombreuses opérations qui ont eu lieu par la suite représentaient une technique de planification désignée « transfert de valeur » par les fiscalistes — L'appelante a fait valoir des pertes en capital, mais ces pertes ont été refusées au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ s'appliquait de manière à faire obstacle à l'avantage fiscal demandé — La Cour canadienne de l'impôt a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d'évitement » et que le résultat atteint n'était pas conforme à la raison d'être des dispositions sur lesquelles se fondait l'appelante — Il s'agissait de savoir si les opérations d'évitement ont donné lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal en cause — La perte subie par l'appelante en l'espèce était une perte uniquement théorique, en ce sens qu'il n'y a eu aucune perte économique — Dans l'affaire connexe à l'appel, la Cour de l'impôt a correctement conclu que l'objet des dispositions en litige, particulièrement de l'art. 38b), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien; cette compensation d'un gain en capital par la perte théorique déclarée a donné lieu à un recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement aux art. 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi — En l'espèce, il n'était pas nécessaire de se fonder sur l'ancien art. 55(1) pour constater l'existence d'une politique empêchant la déduction de la perte déclarée compte tenu de la publication au moment de l'abrogation de l'art. 55(1) de notes techniques — Appel rejeté.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the appellant's appeal from reassessments regarding its 2001 and 2002 taxation years. In issuing the reassessments, the Minister of National Revenue relied on the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 245 of the *Income Tax Act* to disallow the deduction of a capital loss claimed by the appellant.

In 2001, the appellant realized a capital gain in excess of \$7 million further to the disposition of a commercial building in an arm's length sale. A number of subsequent transactions took place at the instigation of the appellant's majority shareholder, including an incorporation, the purchase and sale by the appellant of the corporation's common shares, the issue of stock dividends prior to the share sale, and the settlement of a trust. The transactions represented a planning technique known tax-wise as a "value shift". In filing its tax return for the 2002 taxation year, the appellant claimed an allowable capital loss of \$3 932 998, which resulted in a net capital loss of \$143 063 that the appellant applied to reduce its tax liability for its 2001 taxation year. The losses were denied by the Minister on the basis that no economic loss was incurred and the GAAR applied to deny the tax benefit claimed by the appellant.

The Tax Court held that the transactions at issue were "avoidance transactions" and that the result achieved defeated the underlying rationale of the provisions relied upon. In particular, the Tax Court was of the view that the repeal of former subsection 55(1) of the Act in 1988 upon the introduction of the GAAR did not represent a policy shift but confirmed the continued intention of Parliament that capital losses not be deducted where the loss is created artificially and that the anti-avoidance rules in subparagraph 40(2)(g)(i) revealed the existence of a policy against the deduction of capital losses on dispositions "within an economic unit". It further concluded that the amendment brought to the definition of "affiliated persons" to include trusts was a clear indication that the results achieved by the appellant were contrary to the object, spirit and purpose of the Act when read as a whole. The appellant argued that the capital loss should be given effect to despite the fact that no economic loss was suffered. While the issues raised herein were common to those in a companion case before the Tax Court, the losses claimed were denied but for partly diverging reasons.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002. Lorsqu'il a établi ces nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national s'est fondé sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour refuser la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante.

En 2001, l'appelante a réalisé un gain en capital de plus de sept millions de dollars lors de la disposition d'un immeuble commercial dans le cadre d'une vente à distance ou sans lien de dépendance. Un certain nombre d'opérations ultérieures ont eu lieu à l'instigation de l'actionnaire majoritaire de l'appelante, y compris une constitution en personne morale, l'achat et la vente par l'appelante des actions ordinaires de la personne morale, le paiement de dividendes en actions avant la vente des actions et la constitution d'une fiducie. Ces opérations représentaient une technique de planification désignée « transfert de valeur » par les fiscalistes. Lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2002, l'appelante a déclaré une perte en capital déductible de 3 932 998 \$, ce qui donnait lieu à une perte en capital nette de 143 063 \$ que l'appelante a inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2001. Le ministre a refusé ces pertes au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ s'appliquait de manière à faire obstacle à l'avantage fiscal demandé par l'appelante.

La Cour de l'impôt a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d'évitement » et que le résultat atteint n'était pas conforme à la raison d'être des dispositions sur lesquelles se fondait l'appelante. Plus particulièrement, la Cour de l'impôt était d'avis que l'abrogation de l'ancien paragraphe 55(1) en 1988 lorsque la RGAÉ a été édictée n'indiquait pas un changement de politique; cela confirmait au contraire l'intention continue du législateur que les pertes en capital ne soient pas déduites lorsqu'elles ont été créées artificiellement et que les règles anti-évitement du sous-alinéa 40(2)(g)(i) révélaient l'existence d'une politique excluant la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions « au sein de la même unité économique ». La Cour a conclu en outre que la modification apportée à la définition de l'expression « personnes affiliées » pour y inclure les fiducies indiquait clairement que les résultats obtenus par l'appelante étaient contraires à l'objet et à l'esprit de la Loi lue dans son ensemble. L'appelante a soutenu qu'il faudrait prendre en compte sa perte en capital même s'il n'y a eu aucune perte économique. Même si les questions faisant l'objet du présent litige étaient semblables aux questions qui étaient également en jeu dans l'appel d'une affaire connexe devant la Cour de l'impôt, par des motifs toutefois partiellement différents, la Cour a refusé les pertes déclarées.

The main issue was whether the avoidance transactions gave rise to a misuse or abuse of the provisions relied upon to achieve the tax benefit.

Held, the appeal should be dismissed.

The loss generated by the appellant as a result of the value shift in shares was a loss on paper only in that no economic loss was suffered; rather, all that happened was that the high inherent value of the common shares was moved to the preferred shares with the result that the common shares were left with a nominal value and a high cost thereby allowing for the loss to be realized on the disposition of these shares to the trust at issue. The appellant was neither richer nor poorer after the disposition. In this appeal's companion case, the Tax Court correctly concluded that the provisions at issue, in particular paragraph 38(b) of the Act, provide relief as an offset against capital gain where a taxpayer has suffered an economic loss on the disposition of property. It also correctly found that offsetting a capital gain with the paper loss that was claimed resulted in an abuse and a misuse of the relevant provisions, specifically paragraphs 38(b), 39(1)(b) and 40(1)(b) of the Act.

The reliance on former subsection 55(1) to establish an overarching policy aimed at defeating "artificial transactions" despite its removal was debated. The removal of that subsection was accompanied by the publication of technical notes indicating that subsection 55(1) was abrogated because the void created by its removal was filled by the implementation of the GAAR. Thus, it was not necessary to rely on former subsection 55(1) to decipher the existence of a policy that prevents the deduction of the loss claimed in this case. Nevertheless, that former subsection forms part of the legislative history and, since the paper loss claimed in this case would have "artificially" reduced the appellant's tax liability under that provision, the fact that Department of Finance officials believed that the GAAR would fill the void was consistent with the continued existence of the overarching policy in question.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 3, 13(2), 38, 39, 40, 45(1), 53, 54 "adjusted cost base", "proceeds of disposition", 66.1, 66.3, 111(1)(b), (8) "net capital loss", 245 "tax benefit", 251.1 "affiliated persons".
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 55(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24).

Il s'agissait de savoir principalement si les opérations d'évitement ont donné lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal en cause.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La perte subie par l'appelante lors du transfert de valeur était une perte uniquement théorique, en ce sens qu'il n'y a eu aucune perte économique. Tout ce qui s'est produit en fait a été un transfert de la valeur inhérente élevée des actions ordinaires aux actions privilégiées, ce qui a eu pour résultat d'enlever aux actions ordinaires toute la valeur tout en préservant leur coût élevé, permettant ainsi qu'une perte soit subie lors de leur disposition en faveur de la fiducie en cause. L'appelante n'était toutefois ni plus riche ni plus pauvre une fois la disposition effectuée. Dans l'affaire connexe à l'appel, la Cour de l'impôt a conclu à bon droit que l'objet des dispositions en litige, particulièrement de l'alinéa 38b), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien. Elle a également conclu à juste titre que la compensation d'un gain en capital par la perte théorique déclarée a donné lieu à un recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement aux alinéas 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi.

On a débattu la question de savoir si le paragraphe 55(1) pouvait servir à établir, malgré son abrogation, l'existence d'une politique globale visant à contrer les « opérations artificielles ». On a publié au moment de l'abrogation du paragraphe des notes techniques précisant qu'on avait procédé à l'abrogation du paragraphe 55(1) parce que le vide créé était comblé par l'instauration de la RGAÉ. Par conséquent, il n'était pas nécessaire de se fonder sur l'ancien paragraphe 55(1) pour constater l'existence d'une politique empêchant la déduction de la perte déclarée en l'espèce. Néanmoins, l'ancien paragraphe 55(1) est un élément de l'historique de la Loi et, puisque la perte théorique déclarée en l'espèce aurait manifestement réduit « artificiellement » la dette fiscale de l'appelante aux termes de ce paragraphe, le fait que les fonctionnaires du ministère des Finances aient estimé que la RGAÉ comblerait le vide laissé par son abrogation confirme le maintien de la politique globale en question.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 3, 13(2), 38, 39, 40, 53, 54 « prix de base rajusté », « produit de disposition », 66.1, 66.3, 111(1)(b), (8) « perte en capital nette », 245 « avantage fiscal », 251.1 « personnes affiliées ».
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24).

CASES CITED

APPLIED:

1207192 Ontario Limited v. The Queen, 2011 TCC 383, [2012] 1 C.T.C. 2085; *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865.

CONSIDERED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25.

REFERRED TO:

Lipson v. Canada, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3; *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721.

AUTHORS CITED

Canada. *Report of the Royal Commission on Taxation*. Ottawa: Queen's Printer, 1966-67 (Chair: K. M. Carter).

Sherman, David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: A consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*. Don Mills, Ont.: R. De Boo, 1989.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2011 TCC 259, [2011] 6 C.T.C. 2302) dismissing the appellant's appeal from reassessments regarding its 2001 and 2002 taxation years whereby the general anti-avoidance rule set out in section 245 of the *Income Tax Act* was relied on to disallow the deduction of a capital loss claimed by the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Guy Du Pont, Ad. E., Michael N. Kandev and Olivier Fournier for appellant.

Justine Malone and Marie-Andrée Legault for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

1207192 Ontario Limited c. La Reine, 2011 CCI 383; *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25.

DÉCISIONS CITÉES :

Lipson c. Canada, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3; *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721.

DOCTRINE CITÉE

Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966-67 (président : K. M. Carter).

Sherman, David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: A consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*. Don Mills, Ont. : R. De Boo, 1989.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 259) a rejeté l'appel interjeté par l'appelante visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002, qui étaient fondées sur la règle générale anti-évitement énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui refusaient la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Guy Du Pont, Ad. E., Michael N. Kandev et Olivier Fournier pour l'appelante.

Justine Malone et Marie-Andrée Legault pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Montréal,
for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an appeal by Triad Gestco Ltd. (the appellant) from a decision rendered by Justice Favreau of the Tax Court of Canada (the Tax Court Judge) [2011 TCC 259, [2011] 6 C.T.C. 2302] dismissing its appeal from reassessments in respect to its 2001 and 2002 taxation years. In issuing these reassessments, the Minister of National Revenue (the Minister) relied on the general anti-avoidance rule (GAAR) set out in section 245 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) to disallow the deduction of a capital loss claimed by the appellant.

[2] This appeal raises questions which are common to the appeal in a companion case (*1207192 Ontario Limited v. The Queen*, 2011 TCC 383, [2012] 1 C.T.C. 2085 (*1207192 Ontario Limited*)) which was heard together with the present appeal and which decision is also being released today. The common issue is whether the deduction of a capital loss which arises from the implementation of a planning technique known in the tax community as a “value shift” results in a misuse or abuse of the provisions relied upon within the meaning of subsection 245(4). Both Tax Court judges answered this question in the affirmative and denied the claimed loss but for partly diverging reasons.

[3] For the reasons that follow, I am of the view that the Tax Court Judge came to the correct conclusion, but I come to that result for reasons that more closely resemble those given by Justice Paris in the companion appeal.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Davies Ward Phillips & Vineberg, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel interjeté par Triad Gestco Ltd. (l'appelante) de la décision par laquelle le juge Favreau de la Cour canadienne de l'impôt (le juge de la C.C.I.) [2011 CCI 259] a rejeté son appel visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002. Lorsqu'il a établi ces nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national (le ministre) s'est fondé sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi) pour refuser la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante.

[2] Le présent appel soulève des questions qui sont également en jeu dans l'appel d'une affaire connexe, *1207192 Ontario Limited c. La Reine*, 2011 CCI 383 (*1207192 Ontario Limited*); les deux appels ont été instruits ensemble et la décision dans cette autre affaire a aussi été rendue aujourd'hui. La question en litige commune est de savoir si la déduction d'une perte en capital découlant de la mise en œuvre d'une technique de planification désignée « transfert de valeur » (« *value shift* » selon l'expression anglaise) par les fiscalistes donne lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées au sens du paragraphe 245(4). Les deux juges concernés de la C.C.I. ont répondu par l'affirmative à cette question et, par des motifs toutefois partiellement différents, ont refusé la perte déclarée.

[3] Par les motifs que j'exposerai, je suis d'avis que le juge de la C.C.I. est arrivé à la bonne conclusion, mais je tire cette conclusion en suivant un raisonnement plus proche de celui du juge Paris dans l'affaire connexe.

CONTEXT AND FACTS

[4] The provisions of the Act that are relevant to the analysis appear in the annex to this decision. The facts are fully set out in the decision under appeal and need not be repeated. It suffices for present purposes to set out the following brief summary.

[5] During its 2001 taxation year (which ends August 31) the appellant realized a capital gain in the amount of \$7 799 545 further to the disposition of a commercial building in an arm's length sale for a selling price of \$32 650 000.

[6] Subsequently, the following transactions were entered in at the instigation of Peter Cohen, the appellant's majority shareholder:

- the incorporation on July 25, 2002 of Rcongold Systems Inc. (Rcongold) whose sole director was Peter Cohen;

- the settlement on August 20, 2002 of the Peter Cohen Trust for the benefit of Peter Cohen by a person not related to him;

- the subscription by the appellant on August 27, 2002 for 8,000 common shares of Rcongold for a consideration of \$8,000,000;

- the declaration of a stock dividend by Rcongold on August 28, 2002 of \$1 payable to the appellant as the shareholder holding all common shares issued or outstanding by the issuance of 80,000 preferred shares with a redemption price of \$100 each; and

- the sale by the appellant to the Peter Cohen Trust on August 29, 2002 of the 8,000 common shares which it held in Rcongold for the amount of \$65 thereby resulting in a capital loss of \$7,999,935.

[7] In filing its tax return for the 2002 taxation year, the appellant claimed an allowable capital loss of \$3 932 998 which resulted in a net capital loss of \$143 063 that the appellant applied to reduce its tax liability for its 2001 taxation year.

[8] By reassessments issued on March 8, 2006, these losses were denied by the Minister on the basis that no economic loss was incurred and the GAAR applied to

FAITS ET PROCÉDURES

[4] Les dispositions de la Loi utiles à mon analyse sont reproduites à l'annexe de la présente décision. Les faits de l'affaire sont exposés en détail par le juge de la C.C.I. et je n'ai donc pas à les répéter. Il suffit, aux fins de la présente procédure, de présenter le bref résumé suivant.

[5] Pendant son année d'imposition 2001, qui a pris fin le 31 août, l'appelante a réalisé un gain en capital de 7 799 545 \$ lors de la disposition d'un immeuble commercial au prix de 32 650 000 \$ dans le cadre d'une vente à distance ou sans lien de dépendance.

[6] À l'instigation de Peter Cohen, l'actionnaire majoritaire de l'appelante, les opérations suivantes ont ensuite été effectuées :

- le 25 juillet 2002, Rcongold Systems Inc. (Rcongold), comptant Peter Cohen comme seul administrateur, a été constituée en personne morale;

- le 20 août 2002, la fiducie Peter Cohen a été constituée au bénéfice de Peter Cohen par une personne non liée à ce dernier;

- le 27 août 2002, l'appelante a souscrit à 8 000 actions ordinaires de Rcongold pour une contrepartie de 8 000 000 \$;

- le 28 août 2002, Rcongold a déclaré un dividende en actions de 1 \$ payable à l'appelante, en tant qu'actionnaire détenant toutes les actions ordinaires émises ou en circulation, au moyen de l'émission de 80 000 actions privilégiées ayant un prix de rachat de 100 \$ chacune;

- le 29 août 2002, l'appelante a vendu à la fiducie Peter Cohen les 8 000 actions ordinaires de Rcongold qu'elle détenait au prix de 65 \$, ce qui a donné lieu à une perte en capital de 7 999 935 \$.

[7] Lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2002, l'appelante a déclaré une perte en capital déductible de 3 932 998 \$, ce qui donnait lieu à une perte en capital nette de 143 063 \$ que l'appelante a inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2001.

[8] En établissant les nouvelles cotisations le 8 mars 2006, le ministre a refusé ces pertes au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ

deny the tax benefit claimed by the appellant, i.e. the capital loss and the carryover to the preceding year.

DECISION OF THE TAX COURT JUDGE

[9] It was conceded before the Tax Court Judge that the transactions in issue gave rise to a tax benefit within the meaning of subsection 245(1). At issue was whether the transactions which led to the claimed loss were “avoidance transaction[s]” within the meaning of subsection 245(3) and whether there was a misuse or abuse of the provisions relied upon to achieve the tax benefit.

[10] The Tax Court Judge held that the transactions in issue were “avoidance transaction[s]” (reasons, paragraphs 70 to 83) and that the result achieved defeats the underlying rationale of the provisions relied upon (reasons, paragraphs 84 to 102). This last conclusion is the only one being challenged on appeal.

[11] In coming to this conclusion, the Tax Court Judge reviewed the history of the legislation beginning with the introduction of the capital gains system back in 1972. He also considered specific anti-avoidance provisions relating to capital losses, namely former subsection 55(1) [of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24)], paragraph 40(2)(g) and section 54 (reasons, paragraphs 85 to 94).

[12] According to the Tax Court Judge, the repeal of former subsection 55(1) in 1988 upon the introduction of the GAAR “did not signal a policy shift” but “confirmed the continued intention of Parliament” that capital losses not be deducted where the loss is created artificially (reasons, paragraph 89). He relied in particular on the Technical Notes issued in conjunction with the enactment of the GAAR back in 1988 which state that “Because the scope of the [GAAR] is broad enough to cover the transactions to which subsection 55(1) was intended to apply, that subsection is no longer necessary” (reasons, paragraph 88).

s’appliquait de manière à faire obstacle à l’avantage fiscal demandé par l’appelante, c.-à-d. la perte en capital et le report sur l’année antérieure.

DÉCISION DU JUGE DE LA COUR DE L’IMPÔT

[9] Il n’était pas controversé entre les parties devant le juge de la C.C.I. que les opérations en cause donnaient lieu à un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(1). La question en litige était de savoir si les opérations ayant donné lieu à la perte déclarée étaient des « opérations d’évitement » au sens du paragraphe 245(3), et s’il y avait eu abus dans l’application des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal en cause.

[10] Le juge de la C.C.I. a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d’évitement » (paragraphes 70 à 83 des motifs) et que le résultat atteint n’était pas conforme à la raison d’être des dispositions sur lesquelles se fondait l’appelante (paragraphes 84 à 102 des motifs). Cette dernière conclusion est la seule contestée en appel.

[11] Pour tirer sa conclusion, le juge de la C.C.I. a passé en revue l’historique des dispositions législatives applicables depuis l’instauration en 1972 du régime des gains en capital. Il a également examiné des dispositions anti-évitement se rapportant précisément aux pertes en capital, à savoir l’ancien paragraphe 55(1) [de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24)], l’alinéa 40(2)(g) et l’article 54 (paragraphes 85 à 94 des motifs).

[12] D’après le juge de la C.C.I., l’abrogation de l’ancien paragraphe 55(1) en 1988 lorsque la RGAÉ a été édictée n’indiquait « pas un changement de politique »; au contraire, « cela confirmait l’intention continue du législateur » que les pertes en capital ne soient pas déduites lorsqu’elles ont été créées artificiellement (paragraphe 89 des motifs). Le juge de la C.C.I. s’est particulièrement appuyé sur les Notes techniques publiées lors de l’adoption de la RGAÉ en 1988, qui précisaient : « Comme [la RGAÉ] a un champ d’application suffisamment large pour englober les opérations visées au paragraphe 55(1), celui-ci n’est plus nécessaire » (paragraphe 88 des motifs).

[13] The Tax Court Judge further held that a reading of the relevant provisions show that there is an overarching policy preventing the deduction of artificial capital losses realized “within the same economic unit”, and that this policy was being abused by the appellant (reasons, paragraph 98). According to the Tax Court Judge, the amendment of section 251.1 in 2005 [S.C. 2005, c. 19, s. 54] which brought trusts within the definition of “affiliated persons” is a clear indication that the result achieved by the appellant was contrary to the object, spirit and purpose of the Act (reasons, paragraph 97).

[14] The essence of the Tax Court Judge’s reasoning for dismissing the appeal is captured by the following paragraph (reasons, paragraph 100):

The transactions undertaken by the appellant amount to abusive tax avoidance because they defeat the underlying rationale of the capital loss provisions in the *Act*. Through the manipulation of the fiscal “amount” of the Rcongold common shares, the appellant created artificially devalued property that was transferred to a person within the same economic unit to create an artificial capital loss without incurring any real economic loss. On August 27, 2002, the appellant owned shares of Rcongold which had a fair market value of \$8 million (the common shares). On August 28, 2002, the appellant continued to own shares of Rcongold which had a fair market value of \$8 million (the Class “E” shares) and after the disposition of the common shares of Rcongold to the [Peter Cohen Trust], the appellant continued to own shares in Rcongold having a fair market value of \$8 million.

POSITION OF THE PARTIES ON APPEAL

– *The appellant*

[15] The appellant argues that the relevant provisions of the Act operate in a purely mechanical fashion (appellant’s memorandum, paragraphs 19 and 31). It submits that upon the application of sections 3, 38, 39 and 40 of the Act, there can be no doubt that the capital loss is deductible. The requirement that this loss be a “true” or “real” economic loss is nowhere to be found in the Act and cannot be inferred from the statutory context

[13] Le juge de la C.C.I. a en outre conclu que l’on pouvait constater, à la lecture des dispositions pertinentes, l’existence d’une politique globale empêchant la déduction des pertes en capital artificielles subies « au sein de la même unité économique », et que l’appelante avait contourné abusivement cette politique (paragraphe 98 des motifs). Selon le juge de la C.C.I., la modification apportée en 2005 à l’article 251.1 [L.C. 2005, ch. 19, art. 54] — pour inclure les fiducies dans la définition de l’expression « personnes affiliées » — révèle clairement que les résultats obtenus par l’appelante étaient contraires à l’objet et à l’esprit de la Loi (paragraphe 97 des motifs).

[14] Le paragraphe suivant (paragraphe 100 des motifs) saisit l’essence du raisonnement adopté par le juge de la C.C.I. pour rejeter l’appel :

Les opérations que l’appelante a effectuées constituent un évitement fiscal abusif parce qu’elles contrecarrent les motifs sous-tendant les dispositions de la Loi concernant les pertes en capital. En manipulant le « montant » comptable des actions ordinaires de Rcongold, l’appelante a créé un bien artificiellement dévalué qui a été transféré à une personne au sein de la même unité économique en vue de créer une perte en capital artificielle sans subir de perte économique réelle. Le 27 août 2002, l’appelante détenait des actions de Rcongold dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars (les actions ordinaires). Le 28 août 2002, l’appelante détenait encore des actions de Rcongold, dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars (les actions de la catégorie E) et, après la disposition des actions ordinaires de Rcongold [en faveur de la Fiducie Peter Cohen], l’appelante a continué à posséder des actions de Rcongold dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars.

THÈSES DES PARTIES EN APPEL

– *L’appelante*

[15] L’appelante soutient que les dispositions pertinentes de la Loi sont d’application purement mécanique (paragraphe 19 et 31 du mémoire de l’appelante). Si l’on applique les articles 3, 38, 39 et 40 de la Loi, il ne fait aucun doute que la perte en capital subie est déductible. La Loi ne requiert nulle part que cette perte soit une perte économique « véritable », et l’on ne peut déduire une telle obligation du contexte législatif,

especially in light of the fact that the Act itself produces results that can be labeled as “artificial” but which are nevertheless given effect to (appellant’s memorandum, paragraph 32). For example, the appellant points to the rules governing flow-through shares in section 66.3 of the Act.

[16] The appellant also contends that the Tax Court Judge did not follow the proper interpretative approach under section 245 of the Act as established in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 (*Canada Trustco*) and *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3. *Canada Trustco* clearly stands for the proposition that any overarching policy must be rooted in specific provisions of the Act. It contends that it is not possible to find such an overarching policy in the provisions referred to by the Tax Court Judge.

[17] Specifically, the appellant contends that it was not possible to ground an overarching policy against “artificial capital loss” on former subsection 55(1), as it was repealed [by S.C. 1985, c. 45, s. 141]. It submits that it would be incongruous if Parliament had sought to retain this concept while repealing the provision providing for it (appellant’s memorandum, paragraphs 37 and 38). With regard to the Technical Notes which were central to the analysis of the Tax Court Judge, the appellant submits that the fact that they were drafted a decade before the transactions in issue took place and that the relevant provisions have since been the subject of numerous amendments, diminishes their relevance.

[18] The appellant further contends that the Tax Court Judge erred in holding that the Act embodies a general policy against the deduction of capital losses on dispositions within an “economic unit”. The appellant points out that neither the stop-loss rules in subparagraph 40(2)(g)(i) or subsection 40(3.4) refer to that concept. Rather, they refer to the term “affiliated persons” as defined in section 251.1 to suspend, but not deny, capital losses realized between affiliated persons (appellant’s memorandum, paragraphs 48 and 49).

compte tenu particulièrement du fait que la Loi elle-même produit des résultats qu’on pourrait qualifier d’« artificiels », mais auxquels on donne néanmoins effet (paragraphe 32 du mémoire de l’appelante). L’appelante donne comme exemple les règles régissant les actions accréditives prévues à l’article 66.3 de la Loi.

[16] L’appelante soutient également que le juge de la C.C.I. n’a pas respecté la méthode d’interprétation qu’il convenait d’utiliser pour l’article 245 de la Loi consacrée par les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (*Trustco Canada*) et *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3. La jurisprudence *Trustco Canada* enseigne clairement que toute politique globale doit s’appuyer sur des dispositions précises de la Loi. Or, soutient l’appelante, il n’est pas possible de dégager une telle politique globale des dispositions auxquelles le juge de la C.C.I. a renvoyé.

[17] L’appelante soutient plus particulièrement qu’il n’était pas possible de se fonder sur l’ancien paragraphe 55(1), celui-ci ayant été abrogé [par L.C. 1985, ch. 45, art. 141], pour faire valoir l’existence d’une politique globale contre les « pertes en capital artificielles ». Il serait incongru que le législateur ait voulu conserver ce principe tout en abrogeant la disposition qui la concrétisait (paragraphe 37 et 38 du mémoire de l’appelante). Pour ce qui est des Notes techniques au centre même de l’analyse du juge de la C.C.I., l’appelante estime qu’elles ont perdu de leur pertinence vu qu’on les a rédigées une décennie avant le déroulement des opérations en cause et que les dispositions pertinentes ont depuis fait l’objet de nombreuses modifications.

[18] L’appelante ajoute que le juge de la C.C.I. a décidé incorrectement que la Loi concrétise une politique générale défavorable à la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions de biens au sein d’une même « unité économique ». L’appelante souligne ainsi que les règles sur la minimisation des pertes prévues tant au sous-alinéa 40(2)(g)(i) qu’au paragraphe 40(3.4) ne renvoient pas à une telle notion. C’est plutôt à l’expression « personnes affiliées » définie à l’article 251.1 qu’elles renvoient pour suspendre, et non

[19] Furthermore, the definition of “affiliated persons” as introduced in 1985 does not to this day apply to siblings, or to parents, or their children. According to the appellant, the reasoning of the Tax Court Judge if it goes unchecked would result in the suspension of capital losses realized between siblings and between parent and child even though they were deliberately excluded from the definition of “affiliated persons” (appellant’s memorandum, paragraphs 50 to 54).

[20] The appellant also takes issue with the Tax Court Judge’s reliance on the 2005 amendment to the definition of “affiliated persons” at section 251.1 of the Act. It contends that the fact that trusts were added to the definition in 2005 shows that Parliament had made a deliberate policy decision not to include trusts in the definition before hand. Had Parliament rather sought to correct or revise a statutory misstatement, it would have made the 2005 retroactive (appellant’s memorandum, paragraphs 56 and 57).

[21] Finally, the appellant relies on the decision of the Tax Court in the companion’s case in which Justice Paris “respectfully disagreed” with the conclusion reached by the Tax Court Judge based on the notion of “economic unit”.

– *The respondent*

[22] The respondent for her part supports the conclusion reached by the Tax Court Judge relying essentially on the reasons that he gave. She rejects the contention that the computation of capital losses (or gains) under the Act gives rise to a purely mechanical exercise. According to the respondent, the question whether a loss has in fact occurred is central to the computation of capital losses under the Act (respondent’s memorandum, paragraph 31).

[23] The respondent also relies on former subsection 55(1) of the Act and the case law which interpreted

pour refuser, les pertes en capital subies lors d’opérations entre des personnes affiliées (paragraphes 48 et 49 du mémoire de l’appelante).

[19] En outre, la définition de l’expression « personnes affiliées » ajoutée en 1985 ne vise toujours pas les frères et sœurs, les parents ou leurs enfants. Selon l’appelante, si on laissait libre cours au raisonnement du juge de la C.C.I., on arriverait à suspendre les pertes en capital subies lors d’opérations entre des frères et sœurs, ou entre un parent et son enfant, même si l’on a délibérément exclu ceux-ci de la définition de l’expression « personnes affiliées » (paragraphes 50 à 54 du mémoire de l’appelante).

[20] L’appelante fait également grief au juge de la C.C.I. de s’être fondé sur la modification apportée en 2005 à la définition de l’expression « personnes affiliées » à l’article 251.1 de la Loi. Si le législateur a ajouté les fiducies à cette définition en 2005, soutient l’appelante, cela montre qu’auparavant il avait délibérément pour politique de ne pas les y inclure. S’il avait plutôt voulu corriger une inexactitude dans la loi, le législateur aurait rendu rétroactive la modification de 2005 (paragraphes 56 et 57 du mémoire de l’appelante).

[21] Enfin, l’appelante invoque la décision rendue par la C.C.I. dans l’affaire connexe, où le juge Paris a déclaré qu’il ne retenait pas « avec égards » la conclusion du juge de la C.C.I. fondée sur la notion d’« unité économique ».

– *L’intimée*

[22] L’intimée appuie pour sa part la conclusion du juge de la C.C.I., essentiellement en retenant les motifs exposés par lui. Elle rejette la thèse portant que le calcul des pertes (ou des gains) en capital aux fins de la Loi constitue une opération purement mécanique. Selon l’intimée, la question de savoir s’il y a bien eu ou non une perte joue au contraire un rôle central dans le calcul des pertes en capital prévu par la Loi (paragraphe 31 du mémoire de l’intimée).

[23] L’intimée fonde également son argumentation sur l’ancien paragraphe 55(1) de la Loi et sur la

it in a way that disallowed the deduction of losses that were considered to have been artificially or unduly created by the taxpayer. She points to the 1988 Technical Notes for the proposition that the repeal of subsection 55(1) was simply a reflection of the fact that it was no longer necessary, as the new section 245 of the Act was broad enough to cover the transactions contemplated by former subsection 55(1). The respondent squarely challenges the appellant's argument that the repeal of subsection 55(1) signaled a change in legislative intent against artificial capital losses (respondent's memorandum, paragraphs 43 to 46).

[24] The respondent further submits that the Tax Court Judge properly referred to the stop-loss rules—although she recognizes that the applicable provision was subsection 40(3.4) rather than subparagraph 40(2)(g)(i)—as evidencing an overarching policy to deny losses where the economic interest in property disposed of is not truly relinquished.

[25] Finally, the respondent points to the decision of the Supreme Court in *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643, which confirmed the abusive nature of a transaction by reference to its artificial nature. The concept of artificiality as discussed in *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 (*Copthorne Holdings*), is also relied upon.

ANALYSIS AND DECISION

– Statutory context

[26] Before embarking on the analysis, it is useful to briefly review the provisions of the Act which deal with treatment of capital losses.

[27] Capital gains and losses are the subject of a lengthy and complex statutory scheme. The original version of these provisions came into effect in 1972. Before that time, capital gains were not subject to tax and capital losses were not recognized for income tax purposes.

jurisprudence qui l'a interprété de sorte que ne soit pas admise la déduction des pertes jugées avoir été artificiellement ou indûment créées par le contribuable. Selon elle, il ressort des Notes techniques de 1988 que le paragraphe 55(1) a été abrogé simplement parce qu'il n'était plus nécessaire, le nouvel article 245 de la Loi ayant une portée assez large pour englober les opérations visées par l'ancien paragraphe 55(1). L'intimée conteste entièrement la thèse de l'appelante portant que l'abrogation du paragraphe 55(1) traduit un changement dans l'intention du législateur de rejeter les pertes en capital artificielles (paragraphes 43 à 46 du mémoire de l'intimée).

[24] L'intimée ajoute que c'est avec raison que le juge de la C.C.I. a signalé les règles de minimisation des pertes — en reconnaissant toutefois que la disposition applicable était le paragraphe 40(3.4) et non le sous-alinéa 40(2)(g)(i) — comme preuve de l'existence d'une politique globale de refus des pertes lorsque la personne disposant d'un bien ne se départit pas véritablement de sa participation économique dans celui-ci.

[25] Enfin, l'intimée invoque l'arrêt *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643, par lequel la Cour suprême du Canada a déclaré que le caractère abusif d'une opération était confirmé par sa nature factice. Elle fait également valoir les observations sur le caractère artificiel exposées dans l'arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 (*Copthorne Holdings*).

ANALYSE ET DÉCISION

– Les textes législatifs pertinents

[26] Avant de procéder à l'analyse, il est utile de passer brièvement en revue les dispositions de la Loi sur le traitement fiscal des pertes en capital.

[27] Un régime législatif élaboré et complexe encadre les gains et pertes en capital. Les dispositions en cause, en leur version originale, sont entrées en vigueur en 1972. Auparavant, les gains en capital n'étaient pas assujettis à l'impôt et les pertes en capital n'étaient pas reconnues aux fins de l'impôt sur le revenu.

[28] It has always been the case that capital gains are taxed at a lower rate than income. That result is achieved by means of a statutory inclusion rate. The taxable portion of a capital gain (or the deductible portion of a capital loss) is determined by multiplying the inclusion rate by the amount of the capital gain (or capital loss). The inclusion rate for the period relevant to this appeal was 50 percent. Thus, a taxpayer who realized a \$100 capital gain during that period would include only \$50 in income, and a taxpayer who suffered a \$100 capital loss during that period would be entitled to tax relief for only \$50.

[29] The determination for income tax purposes of the capital gain or loss on the disposition of property is dictated by the interaction of numerous specific provisions in Part I, Division B, Subdivision c [sections 38–55] of the Act. Many of those provisions are definitions that include or consist of a mathematical formula, which can be difficult to follow. Fortunately, there is in this case no dispute as to the computation of the capital loss in issue. Therefore, the application of the Act to the facts can be sufficiently understood by reference to only a few general provisions.

[30] Generally, a capital loss arises for income tax purposes when capital property is sold for “proceeds of disposition” that are less than the “adjusted cost base” of the property sold (paragraphs 39(1)(b) and 40(1)(b) of the Act).

[31] The terms “proceeds of disposition” and “adjusted cost base” are defined in section 54 of the Act. The definitions are long and complex, but for the purposes of this appeal only the most general part of each definition is relevant. As mentioned above, the capital losses in issue in this appeal arose from the sale of corporate shares. The “proceeds of disposition” of those sales should be understood to mean the sale price of the shares as determined under the contract of sale, and the “adjusted cost base” of the shares should be understood to mean the amount originally laid out by the corporate taxpayer to acquire the shares that were sold. Section 53 of the Act lists a large number of potential positive and negative adjustments to that original cost that must be

[28] Le taux d'imposition des gains en capital a toujours été inférieur à celui du revenu. La loi y parvient en fixant un taux d'inclusion. On établit la partie imposable d'un gain en capital (ou déductible d'une perte en capital) en multipliant ce taux d'inclusion par le montant du gain (ou de la perte) en capital. Le taux d'inclusion pour la période visée par l'appel était de 50 p. 100. Ainsi, le contribuable ayant réalisé un gain en capital de 100 \$ pendant cette période ajoute seulement 50 \$ dans le calcul de son revenu, tandis que le contribuable ayant subi une perte en capital de 100 \$ n'a droit à un allègement fiscal que pour 50 \$.

[29] Il faut appliquer concurremment plusieurs dispositions précises de la partie I, section B, sous-section c [articles 38 à 55] de la Loi pour établir, aux fins de l'impôt, le gain ou la perte en capital qui découle de la disposition d'un bien. Bon nombre de ces dispositions sont des définitions qui consistent en une formule mathématique, ou qui comprennent une telle formule, souvent difficile à comprendre. Heureusement, il n'y a pas de controverse en l'espèce quant au calcul de la perte en capital. Par conséquent, on peut avoir une compréhension suffisante de la façon dont la Loi s'applique aux faits de l'affaire en ne renvoyant qu'à quelques dispositions générales.

[30] Habituellement, une perte en capital est subie, aux fins de l'impôt, lorsqu'une immobilisation est vendue pour un « produit de disposition » inférieur à son « prix de base rajusté » (alinéas 39(1)(b) et 40(1)(b) de la Loi).

[31] Les expressions « produit de disposition » et « prix de base rajusté » sont définies à l'article 54 de la Loi. Ces définitions sont longues et complexes, mais pour chacune seul l'élément le plus général est utile à nos fins. Comme nous l'avons vu, les pertes en capital en cause dans le présent appel ont découlé de la vente d'actions de la société. Le « produit de disposition » pour ces ventes est le prix de vente des actions prévu au contrat de vente, et que le « prix de base rajusté » des actions est le montant versé à l'origine par la société pour acquérir les actions vendues. On dresse à l'article 53 de la Loi une liste importante d'éventuels rajustements à ajouter ou à soustraire au prix initial pour en arriver au « prix de base rajusté », mais il ne ressort

made in determining “adjusted cost base”, but the record in this case does not indicate that any such adjustments are required.

[32] A capital loss is not, *per se*, deductible in computing income. Rather, paragraph 38(b) provides that ½ of capital losses realized in a particular taxation year (referred to as the “allowable capital loss”) may be applied to offset taxable capital gains (generally, ½ of capital gains) realized in the same year, or in a subsequent taxation year or any of the previous three taxation years (see paragraph 111(1)(b) and the definition of “net capital loss” in subsection 111(8)).

[33] Numerous specific anti-avoidance provisions in the Act preclude a taxpayer from claiming tax relief for a capital loss. They are referred to colloquially as “stop-loss rules”. Generally, a stop-loss rule deems a particular loss to be nil. For example, subparagraph 40(2)(g)(iii) of the Act provides that with certain exceptions, a loss from the disposition of personal use property is deemed to be nil.

[34] Some stop-loss rules are paired with relieving provisions that, in effect, result only in the suspension of a capital loss arising on a particular disposition of property. For example, subsection 40(3.4) of the Act provides (among other things) that a corporation’s loss on the disposition of capital property is deemed to be nil if the corporation or an affiliated person acquires the same or an identical property within 30 days before or after the disposition, and at the end of that period the corporation or an affiliated person owns the substituted property. However, the same provision specifies that the loss may be recognized by the corporation later if, for example, the property ceases to be owned by the corporation or an affiliated person.

[35] Similarly, subparagraph 40(2)(g)(i) of the Act deems a capital loss to be nil if it meets the statutory definition of “superficial loss” (generally, a loss arising on the disposition of property where the same taxpayer or an affiliated person acquires the same or an identical

pas du dossier que de tels rajustements sont nécessaires en l’espèce.

[32] Une perte en capital n’est pas, en soi, déductible dans le calcul du revenu. L’alinéa 38b) prévoit plutôt que la moitié de la perte en capital subie lors d’une année d’imposition donnée (la « perte en capital déductible ») peut servir à compenser les gains en capital imposables (généralement la moitié des gains en capital) réalisés la même année, ou encore lors d’une année d’imposition postérieure ou d’une des trois années d’imposition antérieures (voir l’alinéa 111(1)b) et la définition de « perte en capital nette » au paragraphe 111(8)).

[33] De nombreuses dispositions anti-évitement précises de la Loi empêchent le contribuable d’obtenir un allègement en raison d’une perte en capital. Ces dispositions sont communément appelées les « règles sur la minimisation des pertes ». Ces règles prévoient généralement qu’une perte donnée est réputée nulle. Le sous-alinéa 40(2)g)(iii) de la Loi prévoit par exemple, sous réserve de certaines exceptions, qu’est nulle la perte résultant de la disposition d’un bien à usage personnel.

[34] Certaines règles sur la minimisation des pertes sont associées à des dispositions d’allègement et ont pour résultat la simple suspension de la perte en capital qui découle de la disposition d’un bien particulier. Par exemple, le paragraphe 40(3.4) de la Loi prévoit (notamment) que la perte subie par une société lors de la disposition d’une immobilisation est réputée nulle si la société ou une personne affiliée acquiert le même bien ou un bien identique dans les 30 jours précédant ou suivant la disposition, et si à la fin de cette période la société ou la personne affiliée détient le bien de remplacement. Le même paragraphe prévoit toutefois que la société peut se prévaloir plus tard de la perte si, par exemple, le bien cesse d’être sa propriété ou celle de la personne affiliée.

[35] De même, une perte en capital est réputée nulle, en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(i), si elle répond à la définition dans la Loi de « perte apparente » (généralement une perte résultant de la disposition d’un bien dans le cas où le même contribuable ou une personne affiliée

property—the “substituted property”—within 30 days and the taxpayer or an affiliated person owns the substituted property at the end of the 30-day period). Subject to certain conditions, paragraph 53(1)(f) of the Act may apply to add the amount of the disallowed loss to the adjusted cost base of the substituted property. The result would be that the previously disallowed loss is recognized in the computation of any gain or loss on the disposition of the substituted property. This could be a deferral of a capital loss, or it could be a transfer of a capital loss from the original transferor of the property to the affiliated person who acquired it.

[36] Of significance for our purpose is the amendment to the definition of “affiliated persons” in 2005 to include trusts. This amendment, had it been applicable when the transactions in issue took place, would have resulted in the suspension of the capital loss claimed by the appellant. It is useful to point out that the definition of “affiliated persons” to this date does not operate to suspend losses resulting from transactions between parent and child or between siblings. It follows that subject to the application of the GAAR, the loss resulting from a value shift could still be claimed if triggered by a sale between such persons.

– *The GAAR analysis*

[37] As noted, the appellant conceded before the Tax Court Judge that the claimed loss results in a “tax benefit” within the meaning of subsection 245(1). Before us, the appellant does not challenge the Tax Court Judge’s conclusion that the transactions, including the payment of the stock dividend, the creation of the Peter Cohen Trust and the sale of the common shares to this trust, were “avoidance transaction[s]” within the meaning of subsection 245(3).

[38] The remaining issue is whether the avoidance transactions give rise to misuse or abuse. This in turn depends on whether the transactions, if given effect to,

acquiert le même bien ou un bien identique — le « bien de remplacement » — dans un délai de 30 jours et où le contribuable ou la personne affiliée est propriétaire du bien de remplacement à la fin de la période de 30 jours). L’alinéa 53(1)f) de la Loi pourrait alors donner lieu, si certaines conditions sont respectées, à la prise en compte de la perte refusée dans le calcul du prix de base rajusté du bien de remplacement. Ceci équivaudrait à la reconnaissance de la perte précédemment refusée dans le calcul du gain réalisé ou de la perte subie à la disposition du bien de remplacement. Il pourrait s’agir au final du report d’une perte en capital, ou encore du transfert d’une perte en capital du cédant initial du bien à la personne affiliée qui l’a acquis.

[36] La modification de la définition de « personnes affiliées » en 2005 pour y inclure les fiducies est importante en l’espèce. Si cette modification avait été en vigueur lorsque les opérations en cause ont été effectuées, il y aurait eu suspension de la perte en capital déclarée par l’appelante. Il convient de noter que, à l’heure actuelle, l’application de la définition de « personnes affiliées » ne donne pas toujours lieu à la suspension des pertes découlant d’opérations entre un parent et son enfant ou entre des frères et sœurs. Il s’ensuit que, sous réserve de l’application de la RGAÉ, la perte résultant d’un transfert de valeur pourrait toujours être déclarée si elle découlait d’une vente effectuée entre de telles personnes.

– *L’analyse relative à la RGAÉ*

[37] Comme nous l’avons vu, l’appelante a concédé devant le juge de la C.C.I. que les pertes déclarées résultaient d’un « avantage fiscal » au sens du paragraphe 245(1). L’appelante n’attaque pas devant nous la conclusion du juge de la C.C.I. selon laquelle les opérations effectuées, y compris le paiement du dividende en actions, la constitution de la fiducie Peter Cohen et la vente des actions ordinaires à cette fiducie étaient des « opérations d’évitement » au sens du paragraphe 245(3).

[38] Il reste à rechercher si ces opérations d’évitement ont donné lieu ou non à un abus. Il faut rechercher si ces opérations, si on leur donne effet, contrecarreraient

would defeat the underlying rationale of the provisions relied upon to obtain the tax benefit (i.e. subparagraph 3(b)(ii), paragraph 38(b), paragraph 39(1)(b), subparagraph 40(1)(b)(ii) and section 54). The burden of establishing the existence of this underlying rationale rests on the respondent.

[39] It is common ground that the loss generated by the appellant as a result of the value shift is a loss on paper only in the sense that no economic loss was suffered (the term “paper loss” is used in that sense throughout these reasons). All that happened is that the high inherent value of the common shares was moved to the preferred shares—because they are paid in priority—with the result that the common shares were left with a nominal value and a high cost, thereby allowing for the loss to be realized on the disposition of these shares to the Peter Cohen Trust. The appellant was neither richer nor poorer after this disposition.

[40] According to the appellant, the loss should be given effect to despite the fact that no economic loss was suffered. It maintains that the application of the provisions of the Act on which it relied to trigger this loss gives rise to a mechanical exercise and that their effect, when so applied, is to recognize the claimed loss despite the fact that no economic loss was suffered and no dollars were lost.

[41] The result proposed by the appellant is fundamentally counter-intuitive as the capital gain system is generally understood to apply to real gains and real losses. In this regard, the comment of the House of Lords in *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865, although it was made by reference to capital gain under U.K. Law, is entirely apposite (page 873):

The capital gains tax was created to operate in the real world, not that of make-believe. As I said in *Aberdeen Construction Ltd. v. Inland Revenue Comrs*, [1978] 1 All ER 962 at 996, [1978] AC 885 at 893, [1978] STC 127 at 131, it is a tax on gains (or, I might have added, gains less losses), it is not a tax on arithmetical differences.

l’objet des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal (c.-à-d. le sous-alinéa 3b)(ii), l’alinéa 38b), l’alinéa 39(1)b), le sous-alinéa 40(1)b)(ii) et l’article 54). C’est à l’intimée qu’il incombe de démontrer la réalité de cet objet.

[39] Il n’est pas controversé entre les parties que la perte subie par l’appelante lors du transfert de valeur est une perte uniquement théorique, en ce sens qu’il n’y a eu aucune perte économique (l’expression « perte théorique » a cette acception tout au long des présents motifs). Tout ce qui s’est produit en fait a été un transfert de la valeur inhérente élevée des actions ordinaires aux actions privilégiées (en raison de leur priorité de paiement), ce qui a eu pour résultat d’enlever aux actions ordinaires toute la valeur tout en préservant leur coût élevé, permettant ainsi qu’une perte soit subie lors de leur disposition en faveur de la fiducie Peter Cohen. L’appelante n’était toutefois ni plus riche ni plus pauvre une fois la disposition effectuée.

[40] L’appelante soutient qu’il faudrait prendre en compte sa perte même s’il n’y a eu aucune perte économique. Selon elle, il convient d’appliquer de manière mécanique les dispositions de la Loi dont elle s’est prévaluée pour arriver à cette perte. L’effet de ces dispositions, si on les appliquait ainsi, serait la reconnaissance de l’existence de la perte déclarée bien qu’aucune perte économique n’ait été subie et qu’aucune somme d’argent n’ait été perdue.

[41] La solution défendue par l’appelante semble fondamentalement troublante, étant donné qu’il est généralement admis que le régime des gains en capital s’applique aux gains et aux pertes véritables. Les observations suivantes formulées par la Chambre des lords par l’arrêt *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] UKHL 1 (BAILII), [1981] 1 All E.R. 865, même s’ils avaient trait aux gains en capital en droit britannique, sont à cet égard tout à fait à propos (à la page 873) :

[TRADUCTION] L’impôt sur les gains en capital a été institué pour s’appliquer dans un monde réel et non dans un monde fictif. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *Aberdeen Construction Ltd. c. Inland Revenue Comrs*, [1978] 1 All ER 962, à la page 996, [1978] AC 885, à la page 893, [1978] STC 127, à la page 131, il s’agit d’un impôt sur les gains (j’aurais pu ajouter

[42] In Canada, the capital gain system has been understood, since a time that pre-dates its creation, to be aimed at taxing increases in “economic power” (Carter Commission Report, 1966 [*Report of the Royal Commission on Taxation*], page 325) and “economic power” is unaffected by paper losses.

[43] Nevertheless, the appellant submits that the matter is not so simple. It points to the fact that the Act does contemplate, in some instances, that tax be paid on capital gains when no economic gain is realized and losses be allowed when no economic loss is incurred.

[44] The most apt illustration is subsection 45(1) of the Act—under Subdivision c “Taxable Capital Gains and Allowable Capital Losses”—which provides that when property is acquired for the purpose of earning income, and begins to be used for some other purpose (or vice versa), it is deemed to be disposed of at that time for an amount equal to its fair market value, and to be reacquired at a cost equal to that amount. Subsection 13(2) of the Act operates much the same way with respect to depreciable property. The effect of these provisions is that paper gains or losses may be made or incurred, and when that happens, they are treated to as though they are real.

[45] The appellant also points to the flow-through share regime which permits corporations to renounce “Canadian exploration expense” for the benefit of the holders of the flow-through shares. The cost to a shareholder of a flow-through share is deemed to be nil by virtue of subsection 66.3(3) of the Act. On a sale of the flow-through share, the deemed cost is picked up by the definition of “adjusted cost base” in section 54 to arrive at the relevant gain or loss. This again can lead to a capital gain being imposed when no economic gain has been realized.

sur les gains moins les pertes), il ne s’agit pas d’un impôt sur des différences mathématiques.

[42] Au Canada, on a toujours considéré que le régime des gains en capital, même avant qu’il ne soit créé, visait à assujettir à l’impôt l’accroissement du « pouvoir économique » (Rapport de la Commission Carter, 1966 [*Rapport de la Commission royale d’enquête sur la fiscalité*], à la page 325) et que les pertes théoriques n’ont aucune incidence sur ce pouvoir.

[43] L’appelante soutient néanmoins que la question n’est pas si simple. Elle relève le fait que la Loi prévoit, dans certains cas, que les gains en capital sont imposables même en l’absence de gain économique, et que certaines pertes en capital sont déductibles même en l’absence de perte économique.

[44] L’illustration la plus claire est donnée au paragraphe 45(1) de la Loi (à la sous-section c — « Gains en capital imposables et pertes en capital déductibles »), lequel dispose que lorsqu’un bien est acquis en vue de gagner un revenu, et commence plus tard à être utilisé à une autre fin, ou inversement, le contribuable est réputé en avoir disposé à ce moment postérieur pour un montant égal à sa juste valeur marchande, et l’avoir acquis de nouveau à un coût égal à ce montant. Le paragraphe 13(2) de la Loi vise les biens amortissables de manière assez semblable. Il résulte de ces dispositions que les gains ou pertes théoriques peuvent être générés ou encourues auxquels cas, ils sont assimilés à des gains ou pertes véritables.

[45] L’appelante fait également état du régime des actions accréditives qui autorise les sociétés à renoncer aux « frais d’exploration au Canada » au profit de détenteurs d’actions accréditives. Le coût d’une action accréditive est réputé être nul pour son détenteur selon le paragraphe 66.3(3) de la Loi. Lors de la vente de l’action accréditive, le coût réputé est pris en compte dans le calcul du « prix de base rajusté », défini à l’article 54, en vue de la détermination de la perte ou du gain pertinent, ce qui peut encore une fois rendre un gain en capital imposable alors qu’aucun gain économique n’a en fait été réalisé.

[46] In weighing the impact of provisions such as subsection 45(1) and section 66.1—there are other similar provisions—it is important to understand that they are policy oriented and that the treatment which they provide is dictated solely by the policy objective which they seek to achieve.

[47] The change of use provisions are intended to facilitate the transition when a taxpayer ceases to use property for one purpose and begins to use it for another. They do so by deeming a disposition and an immediate reacquisition at a price that is tracked until the asset is actually disposed of. In the meantime, this provides flexibility from a taxpayer perspective while insuring the integrity of the tax system.

[48] Flow-through shares are intended to encourage oil and mineral exploration. The cost of these shares is fully deducted in computing income while the shares get capital gain treatment when they are sold. This is a highly advantageous treatment which explains why the adjusted cost base of these shares is set at 0.

[49] While these provisions are of interest, I do not believe that they detract from the underlying policy preventing the deduction of paper losses if indeed such a policy can be gleaned from the provisions relied upon by the appellant to obtain the tax benefit.

[50] Addressing this question, Justice Paris in the companion case conducted a textual, contextual and purposive analysis of the provisions relied upon by the appellant in order to obtain the tax benefit (*1207192 Ontario Limited*, paragraphs 63 to 68 and 84 to 93). He properly identified each of the relevant provisions and their reason for being. I agree with his conclusion that these provisions, in particular paragraph 38(b), provide relief as an offset against capital gain where a taxpayer has suffered an economic loss on the disposition of property. I also agree with his further conclusion that offsetting a capital gain with the paper loss that was claimed results in an abuse and a misuse of the relevant provisions, specifically paragraphs 38(b),

[46] Lorsqu'on apprécie l'incidence de dispositions telles que le paragraphe 45(1) et l'article 66.1 — et il en existe d'autres semblables —, il importe de bien comprendre que celles-ci sont axées sur un objectif de politique et que le traitement qu'elles prévoient vise uniquement l'atteinte de cet objectif.

[47] Les dispositions relatives au changement d'utilisation visent à faciliter la transition qui s'opère lorsque le contribuable cesse d'utiliser un bien pour une fin et commence à l'utiliser pour une autre. On y parvient par le recours à la disposition et à la réacquisition immédiates réputées d'un bien, selon un prix qu'on suit jusqu'à la disposition véritable du bien. Dans l'intervalle, cela offre la souplesse requise au contribuable tout en assurant l'intégrité du système fiscal.

[48] L'objet des actions accréditatives est d'encourager l'exploration pétrolière et minière. Le coût de ces actions est déduit intégralement dans le calcul du revenu, alors que la plus-value qui découle de leur vente éventuelle est traitée comme gain en capital. Ce traitement est très avantageux, ce qui explique pourquoi le prix de base rajusté de ces actions est réputé nul.

[49] Bien que ces dispositions ne soient pas dépourvues d'intérêt, je ne crois pas qu'elles dévient de la politique du législateur, laquelle exclut la déduction de pertes théoriques, si tant est qu'on puisse dégager une telle politique des dispositions invoquées par l'appelante pour obtenir l'avantage fiscal.

[50] Lorsqu'il a abordé cette question dans l'affaire connexe, le juge Paris a procédé à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées par l'appelante en vue d'obtenir un avantage fiscal (*1207192 Ontario Limited*, paragraphes 63 à 68 et 84 à 93). Il a correctement précisé quelles étaient les dispositions pertinentes ainsi que leur philosophie. Je retiens la conclusion du juge Paris selon laquelle l'objet de ces dispositions, particulièrement de l'alinéa 38b), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien. Je retiens également sa conclusion selon laquelle la compensation d'un gain en capital

39(1)(b) and 40(1)(b) (*1207192 Ontario Limited*, paragraphs 92 and 93).

[51] The appellant correctly points out that the words “economic loss” on which Justice Paris relied in identifying the underlying rationale do not appear in any of the relevant provisions. However, there is no objection at this stage of the analysis to departing from the bare meaning of the words provided that the reading proposed is supported by a textual, contextual and purposive reading of the relevant provisions (*Copthorne Holdings*, paragraph 70). Given their purpose—i.e. to tax the net realized increase in the value of capital assets—it is not possible, in my view, to read the relevant provisions otherwise.

– *Former subsection 55(1)*

[52] There was a lengthy debate before us about whether subsection 55(1) can be relied upon to establish an overarching policy aimed at defeating “artificial transactions” despite its removal. As noted earlier the removal of this provision was accompanied by the publication of Technical Notes indicating that subsection 55(1) was abrogated because the void created by the removal of that provision was filled by the implementation of the GAAR.

[53] For the reasons already given, it is not necessary to rely on former subsection 55(1) to decipher the existence of a policy which prevents the deduction of the loss claimed in this case. That said, former subsection 55(1) forms part of the legislative history and as it is clear that the paper loss that was claimed in this case would have “artificially” or “unduly” reduced the appellant’s tax liability under that provision, the fact that Department of Finance officials believed that the GAAR would fill the void is consistent with the continued existence of the overarching policy that I have identified.

par la perte théorique déclarée donne lieu au recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement des alinéas 38b), 39(1)b) et 40(1)b) de la Loi (*1207192 Ontario Limited*, paragraphes 92 et 93).

[51] L’appelante souligne à juste titre que les mots « perte économique » utilisés par le juge Paris pour désigner la raison d’être des dispositions pertinentes ne figurent dans aucune de celles-ci. À ce stade de l’analyse, rien ne s’oppose toutefois à ce qu’on s’écarte de la seule signification des mots eux-mêmes, dans la mesure où l’interprétation proposée s’appuie sur l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions en cause (*Copthorne Holdings*, paragraphe 70). Étant donné l’objet des dispositions pertinentes — c.-à-d. assujettir à l’impôt l’augmentation nette de la valeur d’immobilisations —, il n’est pas possible selon moi de les interpréter autrement.

– *Ancien paragraphe 55(1)*

[52] On a longuement débattu devant nous la question de savoir si le paragraphe 55(1) pouvait servir à établir, malgré son abrogation, l’existence d’une politique globale visant à contrer les « opérations artificielles ». Comme il a déjà été dit, on a publié au moment de l’abrogation du paragraphe des Notes techniques précisant qu’on avait procédé à celle-ci parce que le vide créé était comblé par l’instauration de la RGAÉ.

[53] Pour les motifs déjà exposés, il n’est pas nécessaire de se fonder sur l’ancien paragraphe 55(1) pour constater l’existence d’une politique empêchant la déduction de la perte déclarée en l’espèce. Cela dit, l’ancien paragraphe 55(1) est un élément de l’historique de la Loi et, puisque la perte théorique déclarée en l’espèce aurait manifestement réduit « artificiellement » ou « indûment » la dette fiscale de l’appelante aux termes de ce paragraphe, le fait que les fonctionnaires du ministère des Finances aient estimé que la RGAÉ comblerait le vide laissé par son abrogation confirme le maintien de la politique globale que j’ai mentionnée.

– *Alternative conclusion*

[54] I now turn to the Tax Court Judge’s conclusion in the present case that the transactions in issue also defeat the object, spirit and purpose of the anti-avoidance rules in subparagraph 40(2)(g)(i). In his view, this provision reveals the existence of a policy against the deduction of capital losses on dispositions “within an economic unit”. Furthermore, the amendment brought to the definition of “affiliated persons” in 2005 to include trusts is “a clear indication that the results achieved by the appellant were contrary to the object, spirit and purpose of the *Act* when read as a whole” (reasons, paragraph 97).

[55] Justice Paris disagreed with the conclusion reached by the Tax Court Judge in this regard (*1207192 Ontario Limited*, paragraphs 73 to 83).

[56] I agree with Justice Paris that a reading of the relevant provisions does not support the existence of the policy identified by the Tax Court Judge essentially for the reasons that he gave. When Parliament introduced the notion of “affiliated persons” back in 1995, it had to be aware that trusts could be used to counter the operation of subparagraph 40(2)(g)(i) and subsection 40(3.4). It is therefore reasonable to infer that a deliberate choice was made not to bring trusts within the definition. The fact that Parliament decided to alter this policy by including trusts on a prospective basis in 2005 cannot be relied on to infer that a policy to that effect was in place before the amendment (compare *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25, paragraph 47, where in contrast an amendment was held to be relevant because it had been enacted in order to close a blatant loophole).

– *Novel argument*

[57] The appellant argued for the first time during the course of the hearing of the appeal that the disallowance of the claimed loss gives rise to a form of unfairness given that it remains the holder of the preferred shares.

– *Autre conclusion*

[54] Je vais maintenant examiner la conclusion tirée par le juge de la C.C.I. dans la présente affaire selon laquelle les opérations en cause sont également contraires à l’objet et à l’esprit des règles anti-évitement du sous-alinéa 40(2)(g)(i). À son avis, cette disposition révèle l’existence d’une politique excluant la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions « au sein de la même unité économique ». En outre, la modification apportée en 2005 à la définition de l’expression « personnes affiliées » pour y inclure les fiducies « indique clairement que les résultats obtenus par l’appelante étaient contraires à l’objet et à l’esprit de la Loi lue dans son ensemble » (paragraphe 97 des motifs).

[55] Le juge Paris a rejeté la conclusion tirée par le juge de la C.C.I. sur ce point (*1207192 Ontario Limited*, paragraphes 73 à 83).

[56] J’estime, comme le juge Paris, essentiellement pour les mêmes motifs que lui, que la lecture des dispositions pertinentes ne démontre pas l’existence de la politique dégagée par le juge de la C.C.I. Lorsque le législateur a introduit la notion de « personnes affiliées » en 1995, il devait être conscient de la possibilité d’un recours aux fiducies pour échapper à l’application du sous-alinéa 40(2)(g)(i) et du paragraphe 40(3.4). Il est donc raisonnable d’inférer que le législateur a fait le choix délibéré de ne pas inclure les fiducies dans la définition. On ne peut par ailleurs déduire de la décision prise par le législateur de modifier la politique par l’ajout de manière prospective des fiducies, en 2005, l’existence avant cette modification d’une politique allant déjà en ce sens (voir l’affaire *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25, paragraphe 47, où on a plutôt statué qu’une modification était pertinente parce qu’on l’avait adoptée afin de supprimer une échappatoire flagrante).

– *Nouvelle thèse*

[57] Lors de l’audience, l’appelante a soutenu pour la première fois que refuser la perte déclarée était d’une certaine manière inéquitable parce qu’elle était toujours détentrice des actions privilégiées. Elle fait ainsi valoir

It points out that since these shares have tax characteristics which inversely mirror those of the common shares—i.e. a correspondingly high value and low cost—their disposition would trigger a gain tantamount to the loss claimed.

[58] I need only observe that many years have passed since the loss was claimed, and there is no suggestion that the preferred shares have been sold. This is not surprising since the purpose of the transactions was to avoid paying taxes on the gain resulting from the sale of the commercial building back in 2001. I note in this respect that contrary to individuals, a corporation can maintain ownership of capital assets without any time limitation.

[59] That said, had the appellant been able to put forth a credible scenario indicating that the preferred shares were to be sold, thereby reducing the extent of the tax benefit obtained, it would have been open to it to request that the tax consequences resulting from the application of the GAAR be adjusted pursuant to subsection 245(5). No such request was made.

[60] I would dismiss the appeal with costs.

SHARLOW J.A.: I agree.

MAINVILLE J.A.: I agree.

ANNEX

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

– Paragraph 3(b)(ii) of the Act:

Income for
taxation
year

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is the taxpayer's income for the year determined by the following rules:

...

(b) determine the amount, if any, by which

que, puisque ces actions sont dotées de caractéristiques fiscales qui sont l'image miroir inverse de celles des actions ordinaires — c.-à-d., en proportion inverse, une valeur élevée et un faible coût —, leur disposition entraînerait un gain équivalent à la perte déclarée.

[58] Je dois simplement constater que bien des années ont passé depuis que la perte a été déclarée, et que rien ne laisse croire que les actions privilégiées ont été vendues. On ne saurait s'en surprendre puisque le but des opérations était d'éviter de payer de l'impôt sur le gain réalisé lors de la vente, en 2001, de l'immeuble commercial. Je relève à cet égard que, contrairement aux particuliers, une société commerciale peut conserver indéfiniment la propriété d'immobilisations.

[59] Cela dit, si l'appelante avait pu présenter un scénario crédible de vente des actions privilégiées, laquelle vente aurait réduit l'avantage fiscal obtenu, il lui aurait été loisible de demander que les attributs fiscaux découlant de l'application de la RGAÉ soient rajustés conformément aux dispositions du paragraphe 245(5). Or, elle n'a pas fait une telle demande.

[60] Je rejetterais l'appel avec dépens.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

– Sous-alinéa 3b)(ii) de la Loi :

3. Pour déterminer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, pour l'application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer :

Revenu
pour
l'année
d'imposition

[...]

b) le calcul de l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii):

...

(ii) the amount, if any, by which the taxpayer's allowable capital losses for the year from dispositions of property other than listed personal property exceed the taxpayer's allowable business investment losses for the year,

– Section 38 of the Act:

Taxable
capital gain
and
allowable
capital loss

38. For the purposes of this Act,

(a) [taxable capital gain—general]—subject to paragraphs (a.1) to (a.3), a taxpayer's taxable capital gain for a taxation year from the disposition of any property is $\frac{1}{2}$ of the taxpayer's capital gain for the year from the disposition of the property;

...

(b) [allowable capital loss]—a taxpayer's allowable capital loss for a taxation year from the disposition of any property is $\frac{1}{2}$ of the taxpayer's capital loss for the year from the disposition of that property; and

– Paragraph 39(1)(b) of the Act:

Meaning of
capital gain
and capital
loss [and
business
investment
loss]

39. (1) For the purposes of this Act,

...

(b) a taxpayer's capital loss for a taxation year from the disposition of any property is the taxpayer's loss for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (a) of this subsection and without reference to the expression "or the taxpayer's allowable business investment loss for the year" in paragraph 3(d), be deductible in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than

[...]

(ii) l'excédent éventuel de ses pertes en capital déductibles pour l'année, résultant de la disposition de biens autres que des biens meubles déterminés sur les pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, subies par le contribuable;

– Article 38 de la Loi :

38. Pour l'application de la présente loi :

Sens de gain
en capital
imposable et
de perte en
capital
déductible

a) [Gain en capital imposable — général] — sous réserve des alinéas a.1) à a.3), le gain en capital imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, tiré de la disposition d'un bien, est égal à la moitié du gain en capital qu'il a réalisé pour l'année à la disposition du bien;

[...]

b) [Perte en capital déductible] — la perte en capital déductible d'un contribuable, pour une année d'imposition, résultant de la disposition d'un bien est égale à la moitié de la perte en capital que le contribuable a subie, pour l'année, à la disposition du bien;

– Alinéa 39(1)(b) de la Loi :

39. (1) Pour l'application de la présente loi :

Sens de gain
en capital
et de perte
en capital
[et des pertes
au titre d'un
placement
d'entreprise]

[...]

b) une perte en capital subie par un contribuable, pour une année d'imposition, du fait de la disposition d'un bien quelconque est la perte qu'il a subie au cours de l'année, déterminée conformément à la présente sous-section (jusqu'à concurrence du montant de cette perte qui ne serait pas déductible, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa a) du présent paragraphe et compte non tenu du passage « et des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise subies par le contribuable pour l'année » à l'alinéa 3d), dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition) du fait de la disposition d'un bien quelconque de ce contribuable, à l'exception :

(i) depreciable property, or

(ii) property described in any of subparagraphs (a)(i), (ii) to (iii) and (v); and

– Subsection 40(b) of the Act:

General
rules [gain
and loss
calculation]

40. (1) Except as otherwise expressly provided in this Part

...

(b) a taxpayer's loss for a taxation year from the disposition of any property is,

(i) if the property was disposed of in the year, the amount, if any, by which the total of the adjusted cost base to the taxpayer of the property immediately before the disposition and any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by the taxpayer for the purpose of making the disposition, exceeds the taxpayer's proceeds of disposition of the property, and

(ii) in any other case, nil.

– Former subsection 55(1) of the Act was repealed upon the enactment of section 245 of the Act. Prior to the repeal, it provided as follows:

Avoidance

55. (1) For the purposes of this subdivision, where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a taxpayer has disposed of property under circumstances such that he may reasonably be considered to have artificially or unduly

(a) reduced the amount of his gain from the disposition,

(b) created a loss from the disposition, or

(c) increased the amount of his loss from the disposition,

the taxpayer's gain or loss, as the case may be, from the disposition of the property shall be computed as if such reduction, creation or increase, as the case may be, had not occurred.

(i) d'un bien amortissable,

(ii) d'un bien visé à l'un des sous-alinéas a)(i), (ii) à (iii) et (v);

– Alinéa 40b) de la Loi :

40. (1) Sauf indication contraire expresse de la présente partie :

[...]

b) la perte d'un contribuable résultant, pour une année d'imposition, de la disposition d'un bien est :

(i) en cas de disposition du bien au cours de l'année, l'excédent éventuel du total du prix de base rajusté du bien, pour le contribuable, immédiatement avant la disposition, et des dépenses dans la mesure où celles-ci ont été engagées ou effectuées par lui en vue de réaliser la disposition sur le produit de disposition du bien qu'il en a tiré,

(ii) dans les autres cas, nulle

– L'ancien paragraphe 55(1) de la Loi a été abrogé lors de l'édiction de l'article 245 de la Loi. Avant son abrogation il prévoyait ce qui suit :

55. (1) Aux fins de la présente sous-section, lorsque les circonstances dans lesquelles ont été effectuées une ou plusieurs opérations de vente ou d'échange, ou autres transactions de quelque nature que ce soit, permettent de croire raisonnablement que le contribuable a disposé d'un bien de façon à artificiellement ou indûment

a) réduire le montant de son gain résultant de la disposition,

b) occasionner une perte résultant de la disposition, ou

c) augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition,

le gain ou la perte du contribuable, selon le cas, résultant de la disposition du bien, est calculée comme si une telle réduction, perte ou augmentation, selon le cas, ne s'était pas produite.

Règles
générales
[calcul du
gain et de
la perte]

Fait d'éluider
l'impôt

– Section 245 of the Act:

Definitions

245. (1) In this section,

“tax benefit”
« *avantage fiscal* »

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;

“tax consequences”
« *attribut fiscal* »

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction”
« *opération* »

“transaction” includes an arrangement or event.

General anti-avoidance provision

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

Avoidance transaction

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

– Article 245 de la Loi :

245. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« *attribut fiscal* » S’agissant des attributs fiscaux d’une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l’impôt ou l’autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

« *avantage fiscal* » Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application de la présente loi ou augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l’évitement ou le report d’impôt ou d’un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l’absence d’un traité fiscal ainsi que l’augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi qui découle d’un traité fiscal.

« *opération* » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) En cas d’opération d’évitement, les attributs fiscaux d’une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d’une série d’opérations dont cette opération fait partie.

(3) L’opération d’évitement s’entend :

a) soit de l’opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable;

Définitions

« *attribut fiscal* »
“*tax consequences*”

« *avantage fiscal* »
“*tax benefit*”

« *opération* »
“*transaction*”

Disposition générale anti-évitement

Opération d’évitement

	<p>(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit.</p>	<p>b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.</p>	
<p>Application of subsection (2)</p>	<p>(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction</p> <p>(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of</p> <p>(i) this Act,</p> <p>(ii) the <i>Income Tax Regulations</i>,</p> <p>(iii) the <i>Income Tax Application Rules</i>,</p> <p>(iv) a tax treaty, or</p> <p>(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or</p> <p>(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.</p>	<p>(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :</p> <p>a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :</p> <p>(i) la présente loi,</p> <p>(ii) le <i>Règlement de l'impôt sur le revenu</i>,</p> <p>(iii) les <i>Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu</i>,</p> <p>(iv) un traité fiscal,</p> <p>(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;</p> <p>b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.</p>	<p>Application du par. (2)</p>
<p>Determination of tax consequences</p>	<p>(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,</p> <p>(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,</p>	<p>(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :</p> <p>a) toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;</p>	<p>Attributs fiscaux à déterminer</p>

(b) any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction. [Emphasis added.]

b) tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte. [Non souligné dans l'original.]

A-379-11
2012 FCA 324

A-379-11
2012 CAF 324

Luis Alberto Hernandez Febles (*Appellant*)

Luis Alberto Hernandez Febles (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: HERNANDEZ FEBLES v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : HERNANDEZ FEBLES c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Evans, Sharlow and Stratas JJ.A.—Toronto, November 19; Ottawa, December 7, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Sharlow et Stratas, J.C.A.—Toronto, 19 novembre; Ottawa, 7 décembre 2012.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision denying appellant's judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision applicant excluded from refugee status on ground having committed "serious" crime within meaning of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) — Appellant coming to Canada after completing prison sentences in United States, claiming refugee status — Appellant arguing now rehabilitated — RPD concluding gravity of appellant's crime excluding him from refugee protection, even though most recent crime committed 17 years ago — Federal Court, relying on Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), concluding RPD precluded from taking rehabilitation into account in assessing seriousness of crimes — RPD not fettering exercise of discretion — Question certified as to whether, when applying Art. 1F(b), relevant for RPD to consider fact that refugee claimant rehabilitated since commission of crime at issue — Question answered in negative — RPD correctly concluding not relevant for determining seriousness of crime for purpose of Art. 1F(b) to consider whether refugee claimant who has served his sentence posing present danger to Canadian public — Jayasekara not wrongly decided, should be followed — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant le contrôle judiciaire de l'appelant de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et de la protection des réfugiés selon laquelle l'appelant ne répondait pas à la définition de réfugié au motif qu'il avait commis un crime « grave » au sens de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — L'appelant est arrivé au Canada après avoir purgé des peines d'emprisonnement aux États-Unis et il a demandé l'asile — L'appelant faisait valoir qu'il s'est depuis réadapté — La SPR a conclu que la gravité du crime de l'appelant l'excluait du régime de protection des réfugiés, même si son crime le plus récent remontait à 17 ans — La Cour fédérale, s'appuyant sur l'arrêt Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), a conclu que la SPR ne pouvait pas tenir compte de la réadaptation pour apprécier la gravité des crimes — La SPR n'a pas restreint illégalement son pouvoir discrétionnaire — La question de savoir si, lorsque la SPR applique l'art. 1Fb), la réhabilitation du demandeur d'asile depuis la perpétration des crimes en cause est un facteur pertinent à prendre en considération a été certifiée — La Cour a répondu à cette question par la négative — La SPR a conclu à bon droit que la question de savoir si le demandeur d'asile qui a purgé sa peine constitue un danger actuel pour la population canadienne n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer la gravité d'un crime aux fins de l'art. 1Fb) — L'arrêt Jayasekara n'est pas mal fondé et doit être suivi — Appel rejeté.

This was an appeal from a decision of the Federal Court denying the appellant's application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (RPD). The RPD

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant visant la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de

held that the appellant was excluded from refugee status on the ground that he had committed a “serious” crime within the meaning of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention).

The appellant is a citizen of Cuba who was convicted in the United States of assault with a deadly weapon. He came to Canada after completing his prison sentences and claimed refugee status. The appellant argued that he is now rehabilitated and that the purposes of Article 1F(b) are to prevent ordinary criminals from escaping local criminal justice by acquiring refugee status and to protect the public of a receiving state from convicted criminals who are dangerous. Since he served his sentence, he was not a fugitive from justice and therefore, the RPD was obliged to consider whether, despite his criminal record, he represents a danger to the Canadian public.

The RPD noted that that the appellant’s conviction had been for an offence for which a maximum sentence of at least 10 years’ imprisonment could be imposed if committed in Canada, and that this raised a presumption that the crime was “serious”. The RPD concluded that the gravity of the appellant’s crime excluded him from refugee protection, even though he had committed the more recent of the crimes 17 years ago, was remorseful, had served his sentence, and had chosen “to follow a straighter path” since 1993.

The Federal Court relied on *Jayasekara* for the proposition that in determining whether a refugee claim is excluded by Article 1F(b) a court should not balance the seriousness of the crime as indicated by the maximum punishment that it carries if committed in Canada against “factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction such as, for example, the risk of persecution in the state of origin”. Accordingly, the Federal Court held that the appellant’s completion of his sentence was relevant only to the seriousness of the crime, not to “rehabilitation, expiation, recidivism and on-going danger.” The RPD was precluded from taking rehabilitation into account in assessing the seriousness of the crimes committed by the appellant. It had therefore not unlawfully fettered the exercise of its discretion by failing to address whether the appellant currently posed a danger to the Canadian public.

A question was certified as to whether, when applying Article 1F(b), it is relevant for the RPD to consider the fact that the refugee claimant has been rehabilitated since the commission of the crime at issue.

Held, the appeal should be dismissed.

l’immigration et de la protection des réfugiés. La SPR a statué que l’appelant était exclu du régime de protection des réfugiés au motif qu’il avait commis un crime « grave » au sens de l’alinéa Fb) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention).

L’appelant, un citoyen de Cuba, a été reconnu coupable aux États-Unis de voies de fait avec une arme meurtrière. Il est arrivé au Canada après avoir purgé ses peines d’emprisonnement et il a demandé l’asile. L’appelant a fait valoir qu’il s’est depuis réadapté et que l’alinéa Fb) de l’article premier a pour objet d’empêcher les criminels de droit commun de se servir du droit d’asile pour échapper à la justice locale et qu’elle vise à protéger la population de l’État d’accueil contre les criminels qui ont été reconnus coupables de leurs crimes et sont considérés comme dangereux. Comme il avait purgé sa peine, il n’était plus un fugitif, et par conséquent, la SPR avait l’obligation de chercher à savoir si, malgré son casier judiciaire, il représentait un danger pour le public canadien.

La SPR a observé que l’appelant avait été reconnu coupable d’un crime qui, s’il avait été commis au Canada, aurait été punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans, ce qui laissait supposer qu’il s’agissait d’un crime « grave ». La SPR a conclu que la gravité du crime de l’appelant l’excluait du régime de protection des réfugiés, et ce, même si son crime le plus récent remontait à 17 ans, qu’il avait exprimé des remords, qu’il avait purgé sa peine et qu’il avait choisi de « marcher dans le droit chemin » depuis 1993.

La Cour fédérale a cité l’arrêt *Jayasekara*, qui enseigne que, pour décider si la demande d’asile est irrecevable par application de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention, le juge ne doit pas mettre en balance la gravité du crime appréciée au regard de la peine maximale dont il est passible au Canada, avec « des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité comme, par exemple, le risque de persécution dans le pays d’origine ». Par conséquent, la Cour fédérale a conclu que le fait que l’appelant avait purgé sa peine n’était pertinent que pour apprécier la gravité du crime et non pour se prononcer sur « la réhabilitation, l’expiation, la récidive et la persistance du danger ». La SPR ne pouvait pas tenir compte de la réadaptation pour apprécier la gravité des crimes commis par l’appelant. La SPR n’a donc pas restreint illégalement son pouvoir discrétionnaire en ne cherchant pas à savoir si l’appelant constituait un danger actuel pour le public canadien.

La question de savoir si, lorsque la SPR applique l’alinéa Fb) de l’article premier, la réhabilitation du demandeur d’asile depuis la perpétration des crimes en cause est un facteur pertinent à prendre en considération a été certifiée.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

The RPD correctly concluded that it is not relevant for determining the seriousness of a crime for the purpose of Article 1F(b) to consider whether a refugee claimant who has served his sentence poses a present danger to the Canadian public. It follows from the reasoning in *Jayasekara* that the mitigating circumstances to be considered by the RPD when determining whether a crime is “serious” for the purpose of Article 1F(b) do not include whether the claimant is rehabilitated and a danger to the public in Canada. *Jayasekara* was not wrongly decided and should be followed. This was sufficient to dispose of the appeal. Nonetheless, the appellant’s broader argument that *Jayasekara* should not be followed was addressed because it rests on a fundamental misunderstanding of the purposes of Article 1F(b) and renders incoherent the scheme of IRPA with respect to criminality.

On the basis of the text of Article 1F(b), its known purposes, the scheme of IRPA, and international case law, Article 1F(b) should be interpreted as excluding rehabilitation and present dangerousness from the assessment of the seriousness of a crime committed by a refugee claimant before coming to Canada. The ordinary meaning of the text of Article 1F(b) is that whether a crime is serious for exclusion purposes is to be determined on the basis of the facts listed in *Jayasekara*. The seriousness of a crime is to be assessed as of the time of its commission; its seriousness does not change over time, depending on whether the claimant is subsequently rehabilitated and ceases to pose a danger to the public. The purposes underlying Article 1F(b) do not so clearly limit its intended scope to protecting the state of refuge from currently dangerous criminals as to warrant an interpretation that is markedly narrower than the ordinary meaning of the text. There is no inconsistency between a broad interpretation of Article 1F(b) and other provisions of the IRPA dealing with criminality that would warrant interpreting the broad language of Article 1F(b) in the limited manner urged by the appellant. The scheme of IRPA suggests that when Parliament intends to make rehabilitation relevant, it says so expressly.

La SPR a conclu à bon droit que la question de savoir si le demandeur d’asile qui a purgé sa peine constitue un danger actuel pour la population canadienne n’est pas une question pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer la gravité d’un crime aux fins de l’alinéa Fb) de l’article premier. Il découle du raisonnement suivi dans l’arrêt *Jayasekara* que les questions de savoir si le demandeur d’asile s’est réadapté ou s’il constitue un danger pour le public au Canada ne sont pas des circonstances atténuantes dont la SPR doit tenir compte pour décider si le crime est « grave » au sens de l’alinéa Fb) de l’article premier. L’arrêt *Jayasekara* n’était pas mal fondé et doit être suivi. Voilà qui a suffi pour trancher l’appel. Néanmoins, la thèse plus générale de l’appelant portant que l’arrêt *Jayasekara* ne doit pas être suivi a été abordée parce qu’elle repose sur une compréhension fondamentalement erronée des objectifs de l’alinéa Fb) de l’article premier et qu’il rend incohérent l’économie de la LIPR en matière de criminalité.

Compte tenu du libellé de l’alinéa Fb) de l’article premier, de ses objectifs connus, de l’économie de la LIPR et de la jurisprudence internationale, on doit interpréter ce texte de manière à ne pas tenir compte de la réadaptation et de la dangerosité actuelle du demandeur d’asile lorsqu’on apprécie la gravité du crime qu’il a commis avant son arrivée au Canada. Le sens ordinaire du libellé de l’alinéa Fb) de l’article premier est le suivant : pour décider si le crime est grave, lorsqu’il s’agit d’exclure, ou non, le demandeur d’asile, il faut tenir compte des faits énumérés par l’arrêt *Jayasekara*. La gravité du crime doit être appréciée en fonction du moment où il a été commis. La gravité du crime ne change pas avec le temps et le fait que le demandeur d’asile s’est par la suite réadapté et qu’il a cessé de représenter un danger pour la société n’y change rien non plus. Les objectifs de l’alinéa Fb) de l’article premier ne restreignent pas de façon aussi claire la portée prévue de cette disposition à la protection de l’État d’accueil contre les criminels qui représentent un danger actuel pour l’État d’accueil de manière à justifier une interprétation nettement plus étroite que celle que commande le sens ordinaire du texte. Il n’existe aucune contradiction entre une interprétation large de l’alinéa Fb) de l’article premier et d’autres dispositions de la LIPR portant sur la criminalité qui appelleraient une lecture restrictive de l’alinéa Fb) de l’article premier dont la portée est large, de la manière avancée par l’appelant. Vu l’économie de la LIPR, il semble que, si le législateur entendait faire de la réadaptation un facteur pertinent, il l’aurait dit expressément.

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], s. 7.

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.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1),(3)(c), 74(d), 96, 97, 98, 101, 112(3), 113(d)(i), 114(1).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1),(3)c), 74d), 96, 97, 98, 101, 112(3), 113d(i), 114(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).

CASES CITED

FOLLOWED:

Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164; *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS SUIVIES :

Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761.

NOT FOLLOWED:

Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2000] 4 F.C. 390, (2000), 190 D.L.R. (4th) 128 (C.A.).

DÉCISION NON SUIVIE :

Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] 4 C.F. 390 (C.A.).

APPLIED:

Rojas Camacho v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 789.

DÉCISION APPLIQUÉE :

Rojas Camacho c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 789.

CONSIDERED:

Feimi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2012 FC 262, [2013] 4 F.C.R. 435; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *B (Area of Freedom, Security and Justice)*, [2010] EUECJ C-57/09; *BVerwG 10 C 48.07 OVG 8 A 2632/06.A* (October 14, 2008).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Feimi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2012 CF 262, [2013] 4 R.C.F. 345; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *B (Espace Liberté, Sécurité et Justice)*, [2010] CEJUE C-57/09; *BVerwG 10 C 48.07 OVG 8 A 2632/06.A* (14 octobre 2008).

REFERRED TO:

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007); *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, (1995), 95 C.C.C. (3d) 481; *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.); *Harris v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 235, [2001] 4 F.C. 495; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.

DÉCISIONS CITÉES :

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007); *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.); *Harris c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 235, [2001] 4 C.F. 495; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

AUTHORS CITED

European Community. *Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless*

DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Agence des Nations Unies pour les Réfugiés (UNHCR). *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion :*

persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, OJL 304/12, online <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:EN:PDF>>.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1, reedited, Geneva, January 1992, online <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>>.

United Nations. Refugee Agency (UNHCR). *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses : Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003, online <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=3f7d48514&query=Guidelines on International Protection>>

APPEAL from a decision of the Federal Court (2011 FC 1103, 397 F.T.R. 179) denying the appellant's application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (*X (Re)*, 2010 CanLII 98086) holding that the appellant was excluded from refugee status on the ground that he had committed a "serious" crime within the meaning of Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Jared Will for appellant.
Peter Shams for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Jared Will, Montréal, for the appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, en ligne <<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=4ad2f7f8e&query=Principes directeurs sur la protection>>.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV.1, réédité, Genève, janvier 1992, en ligne <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=4ad2f7fa383&query=Guide des procédures et critères>.

Union européenne. *Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, JOL 304/12, en ligne <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:FR:PDF>>.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1103) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et de la protection des réfugiés (*X (Re)*, 2010 CanLII 98086) selon laquelle l'appelant ne répondait pas à la définition de réfugié au motif qu'il avait commis un crime « grave » au sens de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Jared Will pour l'appelant.
Peter Shams pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jared Will, Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Luis Alberto Hernandez Febles, a national of Cuba, was convicted in the United States in 1984 and 1993 of assault with a deadly weapon. He came to Canada in 2008 after completing his prison sentences and claimed refugee status.

[2] The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD) held that Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Convention) excluded him from the definition of a refugee. This was because his convictions in the United States provided serious reasons for considering that he had committed “a serious non-political crime” outside Canada.

[3] Mr. Febles says that alcohol was a factor that led to his commission of these crimes, he has served his sentences, and is now rehabilitated. He argues that the purposes of Article 1F(b) are to prevent ordinary criminals from escaping local criminal justice by acquiring refugee status, and to protect the public of a receiving state from convicted criminals who are dangerous. Since Mr. Febles had served his sentence, he was not a fugitive from justice. Consequently, he says, the RPD was obliged to consider whether, despite his criminal record, he represents a danger to the Canadian public.

[4] The question to be decided in this appeal is whether the RPD erred in law because, in determining if Mr. Febles was excluded from refugee status on the ground that he had committed a “serious” crime within the meaning of Article 1F(b), it failed to consider whether he was rehabilitated and posed a present danger.

[5] In my view, the RPD correctly concluded that whether a refugee claimant who has served his sentence poses a present danger to the Canadian public is not relevant for determining the seriousness of a crime for

A. INTRODUCTION

[1] Luis Alberto Hernandez Febles, un ressortissant cubain, a été reconnu coupable aux États-Unis en 1984 et 1993 de voies de fait avec une arme meurtrière. Il est arrivé au Canada en 2008 après avoir purgé ses peines d’emprisonnement et il a demandé l’asile.

[2] La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et de la protection des réfugiés (la SPR) a conclu qu’il ne répondait pas à la définition de réfugié par application de l’alinéa Fb) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention) au motif que, vu les déclarations de culpabilité dont il avait fait l’objet aux États-Unis, on avait des raisons sérieuses de penser qu’il avait commis un « crime grave de droit commun » à l’extérieur du Canada.

[3] M. Febles soutient que l’alcool est un facteur qui a joué un rôle dans la perpétration des crimes en question; il ajoute qu’il a purgé ses peines et qu’il s’est depuis réadapté. Il signale que l’alinéa Fb) de l’article premier a pour objet d’empêcher les criminels de droit commun de se servir du droit d’asile pour échapper à la justice locale et qu’elle vise à protéger la population de l’État d’accueil contre les criminels qui ont été reconnus coupables de leurs crimes et sont considérés comme dangereux. Comme il avait purgé sa peine, il n’était plus un fugitif. Il affirme par conséquent que la SPR avait l’obligation de chercher à savoir si, malgré son casier judiciaire, il représentait un danger pour le public canadien.

[4] La question à trancher dans le présent appel est de savoir si la SPR a commis une erreur de droit parce que, pour décider si M. Febles était exclu du régime de protection des réfugiés au motif qu’il avait commis un crime « grave » au sens de l’alinéa Fb) de l’article premier, elle n’a pas cherché à savoir s’il s’était réadapté et s’il représentait un danger actuel.

[5] À mon avis, c’est à bon droit que la SPR a conclu que la question de savoir si le demandeur d’asile qui a purgé sa peine constitue un danger actuel pour la population canadienne n’est pas une question pertinente

the purpose of Article 1F(b). Accordingly, I would dismiss the appeal from the decision of the Federal Court (*Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*) 2011 FC 1103, 397 F.T.R. 179), in which Justice Scott (application Judge) denied Mr. Febles' application for judicial review to set aside the RPD's decision.

B. FACTUAL BACKGROUND

[6] Mr. Febles left Cuba in 1980 and was accepted by the United States as a refugee by virtue of his fear of persecution as a political dissident. However, he subsequently lost his refugee status as a result of his criminal convictions, and is subject to an administrative warrant of removal from the United States.

[7] Mr. Febles entered Canada illegally on October 12, 2008, and two days later applied for refugee protection on the ground of a well-founded fear of persecution in Cuba for his political beliefs. During his interview with an officer of the Canada Border Services Agency (CBSA) to determine whether the claim was eligible to be referred to the RPD, Mr. Febles revealed his criminal convictions in the United States.

[8] On the basis of a report filed by a CBSA officer, Mr. Febles was referred to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board for an inadmissibility hearing. Following that hearing, Mr. Febles was found to be inadmissible and a deportation order was issued dated June 3, 2010. The basis of the inadmissibility finding was that he had been convicted of an offence outside Canada for which he could have been sentenced to a maximum of at least 10 years' imprisonment if it had been committed in Canada.

[9] Despite Mr. Febles' criminal record, a CBSA officer decided not to request the Minister of Citizenship and Immigration (MCI) for an opinion as to whether his claim was ineligible to be referred to the RPD on the ground that he posed a danger to the public in Canada. Nonetheless, on August 10, 2010, the Minister of Public

lorsqu'il s'agit de déterminer la gravité d'un crime aux fins de l'alinéa Fb) de l'article premier. Par conséquent, je rejetterais l'appel de la décision de la Cour fédérale (*Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*) 2011 CF 1103) par laquelle le juge Scott (le juge de première instance) a rejeté la demande en contrôle judiciaire de M. Febles visant à faire annuler la décision de la SPR.

B. LES FAITS

[6] M. Febles a quitté Cuba en 1980. Il a été admis aux États-Unis en qualité de réfugié sur le fondement de sa crainte d'être persécuté en tant que dissident politique. Il a toutefois perdu par la suite son statut de réfugié en raison de ses condamnations pénales et il fait l'objet d'une mesure de renvoi des États-Unis.

[7] M. Febles est entré au Canada illégalement le 12 octobre 2008. Le surlendemain, il a présenté une demande d'asile, invoquant une crainte fondée d'être persécuté à Cuba du fait de ses convictions politiques. Au cours d'une entrevue avec un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), afin de décider si sa demande pouvait être déférée à la SPR, M. Febles a révélé les condamnations pénales dont il avait fait l'objet aux États-Unis.

[8] Sur la foi d'un rapport produit par un agent de l'ASFC, M. Febles a été déféré à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vue d'une enquête. À l'issue de l'enquête, M. Febles a été déclaré interdit de territoire et une mesure d'expulsion a été prise contre lui le 3 juin 2010. L'interdiction de territoire était fondée sur le fait qu'il avait été reconnu coupable à l'extérieur du Canada d'un crime qui, s'il avait été commis au Canada, aurait été punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans.

[9] En dépit du casier judiciaire de M. Febles, un agent de l'ASFC a décidé de ne pas demander au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (MCI) son avis sur la question de savoir si la demande de M. Febles était irrecevable parce que ce dernier constituait un danger pour le public au Canada. Néanmoins, le 10 août 2010,

Safety and Emergency Preparedness (MPSEP) filed a notice of intervention in Mr. Febles' hearing before the RPD, alleging that Article 1F(b) excluded him from the definition of a refugee because there were serious reasons for considering that he had committed a serious non-political crime outside Canada.

C. DECISION OF THE RPD

[10] In its reasons for decision, dated October 27, 2010 [*X (Re)*, 2010 CanLII 98086], the RPD described the circumstances surrounding the crimes of which Mr. Febles had been convicted in 1984 and 1993, that is, assaults with a deadly weapon other than a firearm. He had been sentenced to two years in prison and three years on probation for each of these offences. He testified that he served just over a year of the first sentence, and then spent more time in prison for breaching the conditions of his probation. He served the entirety of the second sentence and observed his probation conditions. He said that since 1993 he has been sober and has not re-offended.

[11] Focussing on the second offence, the RPD noted that Mr. Febles' conviction had been for an offence for which a maximum sentence of at least 10 years' imprisonment could be imposed if committed in Canada, and that this raised a presumption that the crime was "serious". However, it also stated that this presumption could be rebutted by other factors. Nonetheless, the RPD concluded that the gravity of Mr. Febles' crime excluded him from refugee protection, even though he had committed the more recent of the crimes 17 years ago, was remorseful, had served his sentence, and has chosen "to follow a straighter path" since 1993 (RPD reasons, at paragraph 24).

D. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[12] The application Judge relied on *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164 (*Jayasekara*), at

le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le MSPPC) a déposé un avis d'intervention à l'audience de la SPR pour faire valoir que M. Febles ne répondait pas à la définition de réfugié par application de l'alinéa Fb) de l'article premier parce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada.

C. DÉCISION DE LA SPR

[10] Dans ses motifs de décision du 27 octobre 2010 [*X (Re)*, 2010 CanLII 98086], la SPR a relaté les circonstances entourant les crimes desquels M. Febles avait été reconnu coupable en 1984 et 1993, en l'occurrence voies de fait avec une arme meurtrière autre qu'une arme à feu. Il avait été condamné à deux ans d'emprisonnement et à trois ans de probation pour chacune des infractions en question. Il a témoigné qu'il avait purgé à peine plus d'un an en ce qui concerne la première peine et qu'il avait passé plus de temps en prison pour avoir violé les conditions de sa probation. Il a purgé en totalité sa seconde peine et a respecté les conditions de sa probation. Il a expliqué qu'il n'a pas bu et n'a pas récidivé depuis 1993.

[11] S'attardant sur la seconde infraction, la SPR a observé que M. Febles avait été reconnu coupable d'un crime qui, s'il avait été commis au Canada, aurait été punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans, ce qui laissait supposer qu'il s'agissait d'un crime « grave ». La SPR a toutefois déclaré que cette présomption pouvait être combattue par d'autres facteurs. La SPR a néanmoins conclu que la gravité du crime de M. Febles l'excluait du régime de protection des réfugiés, et ce, même si son crime le plus récent remontait à 17 ans, qu'il avait exprimé des remords, qu'il avait purgé sa peine et qu'il avait choisi de « marcher dans le droit chemin » depuis 1993 (motifs de la SPR, au paragraphe 24).

D. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[12] Le juge de première instance a cité l'arrêt *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164

paragraph 44 for the proposition that in determining whether a refugee claim is excluded by Article 1F(b) a court should not balance the seriousness of the crime as indicated by the maximum punishment that it carries if committed in Canada against “factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction such as, for example, the risk of persecution in the state of origin”.

[13] Accordingly, the application Judge held (at paragraph 50) that Mr. Febles’ completion of his sentence was relevant only to the seriousness of the crime, not to “rehabilitation, expiation, recidivism and on-going danger.” The RPD was precluded from taking rehabilitation into account in assessing the seriousness of the crimes committed by Mr. Febles. It had therefore not unlawfully fettered the exercise of its discretion by failing to address whether he currently posed a danger to the Canadian public.

[14] The application Judge certified the following question for appeal to this Court pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA):

When applying Article 1F(b) of the United Nations *Convention relating to the Status of Refugees*, is it relevant for the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board to consider the fact that the refugee claimant has been rehabilitated since the commission of the crime at issue?

[15] For the reasons that follow I would answer the certified question in the negative and dismiss the appeal.

E. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[16] An understanding of the issue raised in this appeal depends in part on locating it within the complex statutory scheme created by IRPA for the consideration of criminality in a variety of contexts.

[17] Paragraph 36(1)(b) of IRPA applies to all non-nationals and describes the circumstances in which they

(*Jayasekara*), au paragraphe 44 qui enseigne que, pour décider si la demande d’asile est irrecevable par application de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention, le juge ne doit pas mettre en balance la gravité du crime appréciée au regard de la peine maximale dont il est passible au Canada, avec « des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité comme, par exemple, le risque de persécution dans le pays d’origine ».

[13] Le juge de première instance a par conséquent conclu (au paragraphe 50) que le fait que M. Febles avait purgé sa peine n’était pertinent que pour apprécier la gravité du crime et non pour se prononcer sur « la réhabilitation, l’expiation, la récidive et la persistance du danger ». La SPR ne pouvait pas tenir compte de la réadaptation pour apprécier la gravité des crimes commis par M. Febles. La SPR n’avait donc pas restreint illégalement son pouvoir discrétionnaire en ne cherchant pas à savoir si M. Febles constituait un danger actuel pour le public canadien.

[14] Le juge de première instance a certifié la question suivante en vue d’un appel devant notre Cour conformément à l’alinéa 74d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) :

Lorsque la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié applique la section Fb) de l’article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés* des Nations Unies la réhabilitation de l’intéressé depuis la perpétration des crimes en cause est-elle un facteur pertinent à prendre en considération?

[15] Par les motifs qui suivent, je répondrais par la négative à la question certifiée et je rejetterais l’appel.

E. CADRE LÉGISLATIF

[16] La compréhension de la question soulevée dans le présent appel dépend en partie de la place qu’on lui assigne au sein du régime législatif complexe créé par la LIPR en matière de criminalité dans divers contextes.

[17] L’alinéa 36(1)b) de la LIPR vise tous les étrangers et expose les cas dans lesquels ils sont interdits

are inadmissible to Canada on the basis of criminal convictions outside Canada. However, paragraph 36(3)(c) provides that persons to whom paragraph 36(1)(b) applies are not inadmissible if, after the prescribed period, they satisfy the MCI that they have been rehabilitated.

Serious
criminality

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

...

(b) 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; or

...

Application

(3) The following provisions govern subsections (1) and (2):

...

(c) the matters referred to in paragraphs (1)(b) and (c) and (2)(b) and (c) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or foreign national who, after the prescribed period, satisfies the Minister that they have been rehabilitated or who is a member of a prescribed class that is deemed to have been rehabilitated. [Emphasis added.]

[18] Section 101 of IRPA describes claims that are not eligible to be referred to the RPD. These include claims for refugee protection by claimants who are inadmissible to Canada for serious criminality under subsection 36(1) and whom the MCI believes are a danger to the public in Canada.

Ineligibility

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

de territoire au Canada en raison des crimes dont ils ont été reconnus coupables à l'extérieur du Canada. L'alinéa 36(3)c prévoit toutefois que les personnes visées par l'alinéa 36(1)b ne sont pas interdites de territoire si, après l'expiration du délai réglementaire, elles convainquent le ministre de leur réadaptation.

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

Grande
criminalité

[...]

b) 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;

[...]

(3) Les dispositions suivantes régissent l'application des paragraphes (1) et (2) :

Application

[...]

c) les faits visés aux alinéas (1)b) ou c) et (2)b) ou c) n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui, à l'expiration du délai réglementaire, convainc le ministre de sa réadaptation ou qui appartient à une catégorie réglementaire de personnes présumées réadaptées; [Soulignement ajouté.]

[18] L'article 101 de la LIPR vise les demandes qui sont irrecevables, notamment parce que le demandeur d'asile est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité au titre du paragraphe 36(1) et constitue, de l'avis du MCI, un danger pour le public au Canada.

101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

Irrecevabilité

[...]

f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) — , grande criminalité ou criminalité organisée.

Serious
criminality

(2) A claim is not ineligible by reason of serious criminality under paragraph (1)(f) unless

...

(b) in the case of inadmissibility by reason of a conviction outside Canada, the Minister is of the opinion that the person is a danger to the public in Canada and the conviction is for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years. [Emphasis added.]

[19] Even when a claim is not ineligible to be referred to the RPD under section 101, in some situations the RPD must reject it. Article 1F(b) of the Convention, which section 98 of IRPA incorporates into IRPA by reference, sets out the situation relevant to the present appeal.

Exclusion –
Refugee
Convention

98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

[20] Article 1F(b) of the Refugee Convention provides as follows.

Article 1

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

...

(b) He has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee. [Emphasis added.]

[21] Although excluded from refugee status by the above provisions and subject to a removal order on the ground of inadmissibility, a claimant may apply to the MCI for a pre-removal risk assessment (PRRA). However, paragraph 112(3)(c) provides that applicants

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité visée à l'alinéa (1)f) n'emporte irrecevabilité de la demande que si elle a pour objet :

[...]

b) une déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada, pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans, le ministre estimant que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada. [Soulignement ajouté.]

[19] Même lorsque la demande n'est pas irrecevable aux termes de l'article 101, la SPR doit, dans certains cas, la rejeter. L'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, que l'article 98 de la LIPR incorpore dans la LIPR par renvoi, vise le cas qui nous intéresse dans le présent appel :

98. La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[20] L'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés dispose :

Article premier

[...]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

[...]

b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés; [Soulignement ajouté.]

[21] Même s'il est exclu du régime de protection des réfugiés en raison des dispositions susmentionnées et qu'il fait l'objet d'une mesure de renvoi pour cause d'interdiction de territoire, le demandeur d'asile peut s'adresser au MCI pour demander l'examen des risques

Grande
criminalité

Exclusion
par
application
de la
Convention
sur les
réfugiés

for protection on a PRRA cannot be granted protection as refugees as defined by section 96 if their claim for refugee protection was rejected pursuant to Article 1F. Subparagraph 113(d)(i) states that an immigration officer will consider the PRRA of these applicants for protection on the basis of the risk factors set out in section 97 (death, torture, or cruel and unusual treatment or punishment) and whether they are a danger to the public in Canada. Even if denied refugee status by subsection 112(3), successful applicants for a PRRA can obtain a stay of removal by virtue of subsection 114(1).

avant le renvoi (ERAR). Toutefois, l'alinéa 112(3)c) dispose que l'asile ne peut être conféré au demandeur qui a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention. Le sous-alinéa 113d)(i) prévoit que l'agent d'immigration procède à l'ERAR du demandeur d'asile en fonction des éléments relatifs au risque mentionnés à l'article 97 (mort, torture ou traitement ou peine cruelle et inusitée) et en fonction de la question de savoir s'il constitue un danger pour le public au Canada. Le demandeur d'asile qui a été débouté en vertu du paragraphe 112(13), mais qui a obtenu gain de cause dans sa demande d'ERAR peut obtenir le sursis à l'exécution de son renvoi en vertu du paragraphe 114(1).

Application
for
protection

112. ...

...

112. [...]

[...]

Demande de
Protection

Restriction

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

...

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

[...]

Restriction

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence 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;

...

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

[...]

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention;

...

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

[...]

Consideration of
application

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

...

113. Il est disposé de la demande comme il suit :

[...]

Examen de la
demande

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

...

Effect of
decision

114. (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection. [Emphasis added.]

F. ANALYSIS

(i) Standard of review

[22] Mr. Febles argues that correctness is the standard of review applicable to the RPD's interpretation of Article 1F(b) of the Convention, which is incorporated into IRPA by section 98, the RPD's enabling statute. Although reasonableness is now presumed to be the standard of review normally applied to a tribunal's interpretation of its enabling statute (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 39), Mr. Febles submits that the presumption of reasonableness is rebutted in this case.

[23] The Minister takes no position on this issue, arguing that the appeal must fail whichever standard of review applies, and that it is therefore unnecessary for the Court to decide the issue. Federal Court jurisprudence on the standard of review applicable to the RPD's interpretation of Article 1F(b) is not settled. For example, the application Judge in the present case applied the reasonableness standard, while in *Feimi v. Canada*

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

[...]

Effet de la
décision

114. (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant. [Soulignement ajouté.]

F. ANALYSE

i) Norme de contrôle

[22] M. Febles soutient que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique quant à l'interprétation que la SPR a faite de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, laquelle est incorporée par l'article 98 à la LIPR, la loi habilitante de la SPR. Bien que la norme de la décision raisonnable soit désormais présumée être la norme de contrôle qui s'applique normalement quant à l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa loi habilitante (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 39), M. Febles soutient que la présomption de l'application de la norme de la décision raisonnable est réfutée en l'espèce.

[23] Le ministre n'a pas pris position sur cette question, se contentant de soutenir que l'appel doit être rejeté peu importe la norme de contrôle qui s'applique et qu'il est donc inutile que la Cour statue sur cette question. La jurisprudence de la Cour fédérale n'est pas fixée en ce qui concerne la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier par la SPR. Par exemple, en l'espèce, le juge de première instance a

(*Minister of Citizenship and Immigration*), 2012 FC 262, [2013] 4 F.C.R. 345, the companion case before us, a different application Judge applied correctness. The existence of this kind of uncertainty is sufficient reason for this Court to decide the standard of review applicable to the RPD's interpretation of Article 1F(b).

[24] I agree with Mr. Febles that the normal presumption that reasonableness is the standard of review applicable to tribunals' interpretation of their enabling statute does not apply in this case. Article 1F(b) is a provision of an international Convention that should be interpreted as uniformly as possible: see, for example, *Jayasekara*, at paragraph 4. Correctness review is more likely than reasonableness review to achieve this goal, and is therefore the standard to be applied for determining whether the RPD erred in law by interpreting Article 1F(b) as precluding consideration of Mr. Febles' post-conviction rehabilitation and his present dangerousness. Further, the interpretation of Article 1F(b) does not give rise to any ambiguity.

[25] Accordingly, the prior jurisprudence of this Court applying the correctness standard of review to the RPD's interpretation of Article 1F(b) should be regarded as having satisfactorily resolved the issue: *Dunsmuir* [*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190], at paragraph 62.

(ii) Is rehabilitation or present dangerousness relevant to deciding if a non-political crime is "serious"?

[26] Mr. Febles concedes that a crime punishable by a maximum of 10 years' imprisonment if committed in Canada is presumed by Canadian courts to be "serious" for the purpose of Article 1F(b), and that the crimes of

appliqué la norme de la décision raisonnable, tandis que, dans l'affaire *Feimi c. Canada* (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2012 CF 262, [2013] 4 R.C.F. 345, l'affaire connexe qui nous a été déférée, un juge de première instance différent a appliqué la norme de la décision correcte. L'existence de ce genre d'incertitude constitue une raison suffisante pour que notre Cour se prononce sur la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention par la SPR.

[24] Je retiens la thèse de M. Febles portant que la présomption habituelle suivant laquelle la norme de contrôle applicable à l'interprétation de leur loi habilitante par les tribunaux administratifs — la norme de la décision raisonnable — ne s'applique pas en l'espèce. L'alinéa Fb) de l'article premier est une disposition d'une convention internationale qui doit être interprétée de façon aussi uniforme que possible (voir, par exemple, l'arrêt *Jayasekara*, au paragraphe 4). Il est plus probable que cet objectif soit atteint par le recours à la norme de la décision correcte qu'à la norme de la décision raisonnable, et c'est donc la norme qui doit être appliquée pour décider si la SPR a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que l'alinéa Fb) de l'article premier excluait la prise en compte de la réadaptation M. Febles depuis sa déclaration de culpabilité et de l'existence d'un danger actuel. De plus, le texte de l'alinéa Fb) de l'article premier ne comporte aucune ambiguïté.

[25] Par conséquent, on peut dire que la jurisprudence antérieure par laquelle notre Cour a appliqué la norme de contrôle de la décision correcte en ce qui concerne l'interprétation faite par la SPR de l'alinéa Fb) de l'article premier a répondu de manière satisfaisante à la question (*Dunsmuir* [*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190], au paragraphe 62).

ii) La réadaptation et la dangerosité actuelle sont-ils des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de décider si un crime de droit commun est « grave »?

[26] M. Febles admet que le crime punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans s'il était commis au Canada est présumé par les tribunaux canadiens être un crime « grave » au sens de l'alinéa Fb) de

which he was convicted in the United States fall into this category.

[27] However, he argues that the seriousness of a crime must be assessed as of the time when the exclusion issue comes to be decided. Mr. Febles submits that the purpose of Article 1F(b) relevant to the present case is to protect receiving states from having to grant refugee status to dangerous criminals. Consequently, a crime should not normally be regarded as “serious” if the claimant has served the sentence imposed and is no longer dangerous. Accordingly, the RPD erred in law when it failed to consider his rehabilitation after 1993 and whether he currently posed a danger to the Canadian public.

[28] The application Judge regarded *Jayasekara* as precluding the RPD from considering whether Mr. Febles was rehabilitated and currently dangerous. Mr. Febles argues that *Jayasekara* does not resolve the issue because it is either distinguishable or wrong and should not be followed.

(a) What *Jayasekara* decided

[29] The certified question put to the Court in *Jayasekara* was whether the fact that a refugee claimant who had committed a serious crime outside Canada had served his sentence enabled him to avoid the application of Article 1F(b). After examining Canadian and international jurisprudence on the issue, the Court answered the question in the negative.

[30] In my view, the heart of the Court’s reasoning in *Jayasekara* is contained in paragraph 44 of the reasons where, writing for the Court, Létourneau J.A. said:

I believe there is a consensus among the courts that the interpretation of the exclusion clause in Article 1F (b) of the Convention, as regards the seriousness of a crime, requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and

l’article premier et que les crimes dont il a été reconnu coupable aux États-Unis relèvent de cette catégorie.

[27] Il soutient toutefois que la gravité du crime doit être appréciée au moment où la question de l’exclusion se pose. M. Febles soutient que l’objet de l’alinéa Fb) de l’article premier qui nous intéresse en l’espèce est celui qui vise à empêcher l’État d’accueil d’être obligé d’accorder l’asile à des criminels dangereux. Par conséquent, un crime ne doit pas normalement être considéré comme « grave » si le demandeur d’asile a purgé la peine qui lui a été infligée et n’est plus dangereux. Par conséquent, la SPR a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de sa réadaptation depuis 1993 et en ignorant le fait qu’il ne représente plus un danger pour le public canadien.

[28] Le juge de première instance a conclu que, vu l’arrêt *Jayasekara*, la SPR ne pouvait examiner la question de savoir si M. Febles s’était réadapté et représentait un danger actuel. M. Febles soutient que l’arrêt *Jayasekara* ne donne pas de réponse parce qu’il se distingue de la présente espèce ou est mal fondé, et qu’il ne doit pas être suivi.

a) L’enseignement de l’arrêt *Jayasekara*

[29] La question certifiée qui avait été soumise à la Cour dans l’arrêt *Jayasekara* était celle de savoir si le fait que le demandeur d’asile avait purgé sa peine avant d’arriver au Canada pour le crime grave qu’il avait commis lui permettait d’échapper à l’application de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention. Après avoir examiné la jurisprudence canadienne et internationale sur le sujet, la Cour a répondu par la négative à cette question.

[30] À mon avis, l’essentiel du raisonnement suivi par la Cour dans l’arrêt *Jayasekara* se trouve au paragraphe 44, où le juge Létourneau a observé au nom de la Cour :

Je crois que les tribunaux s’entendent pour dire que l’interprétation de la clause d’exclusion de la section Fb) de l’article premier de la Convention exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l’on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les

aggravating circumstances underlying the conviction. ... In other words, whatever presumption of seriousness may attach to a crime internationally or under the legislation of the receiving state, that presumption may be rebutted by reference to the above factors. There is no balancing, however, with factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction such as, for example, the risk of persecution in the state of origin [Emphasis added.]

[31] An argument that a crime may be regarded as less serious years after its commission because the claimant is rehabilitated and is no longer a danger to the public would seem inconsistent with this passage. Rehabilitation is indisputably a factor “extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction”. It is therefore not to be balanced against the presumed seriousness of the crime arising from the fact that, if committed in Canada, the crime is punishable by a maximum of at least 10 years’ imprisonment.

[32] However, Mr. Febles says that, while *Jayasekara* decides that completing a sentence does not in itself remove a claimant from the application of Article 1F(b), it is still a factor that the RPD may consider. If the RPD may consider sentence completion, he argues, it may also consider other post-conviction facts, including rehabilitation.

[33] In this regard, Mr. Febles points to paragraph 41 of the reasons of Létourneau J.A., where he stated that if the length or completion of a sentence is to be considered under Article 1F(b), “it should not be considered in isolation.” However, I cannot attach the same significance as Mr. Febles to this single reference to the completion of a sentence.

[34] First, the discussion following paragraph 41 explains why the length of a sentence is an unreliable guide to the seriousness of a crime, and hence is often of little value on assessing the seriousness of the crime. The completion of a sentence is not even mentioned in

circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité [...] En d’autres termes, peu importe la présomption de gravité qui peut s’appliquer à un crime en droit international ou selon la loi de l’État d’accueil, cette présomption peut être réfutée par le jeu des facteurs précités. On ne met toutefois pas en balance des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité comme, par exemple, le risque de persécution dans le pays d’origine [...] [Non souligné dans l’original.]

[31] La thèse portant que le crime peut être considéré comme étant moins grave des années après avoir été commis parce que le demandeur d’asile s’est réadapté et qu’il ne représente plus un danger pour le public semble démentie par ces observations. La réadaptation est incontestablement un facteur « étranger aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité ». Il ne doit donc pas être mis en balance avec la présumée gravité du crime découlant du fait que, s’il avait été commis au Canada, il constituerait un crime punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans.

[32] M. Febles soutient toutefois que, bien que l’arrêt *Jayasekara* décide que le fait d’avoir purgé sa peine ne permet pas au demandeur d’asile de se soustraire à l’application de l’alinéa *Fb*) de l’article premier, il s’agit quand même d’un facteur dont la SPR peut tenir compte. Si la SPR peut tenir compte du fait que le demandeur d’asile a purgé sa peine, elle peut, à son avis, également tenir compte de faits survenus depuis sa déclaration de culpabilité, y compris sa réadaptation.

[33] À cet égard, M. Febles attire notre attention sur le paragraphe 41 des motifs du juge Létourneau dans lequel ce dernier observe que, si l’on doit tenir compte de la durée de la peine pour l’application de l’alinéa *Fb*) de l’article premier ou encore du fait que la peine a été purgée, « il ne faut pas considérer ces facteurs isolément ». Je ne puis toutefois accorder la même importance que M. Febles à cette observation isolée du fait que la peine a été purgée.

[34] Tout d’abord, dans l’analyse qui suit le paragraphe 41, le juge Létourneau explique pourquoi la durée de la peine n’est pas un indice fiable de la gravité du crime, ajoutant que ce facteur a une valeur limitée pour apprécier la gravité du crime. Le juge ne mentionne

this discussion. Second, neither the length nor completion of a sentence is included in the factors listed in paragraph 44 that may rebut the presumption of seriousness arising from the maximum sentence that could be imposed if the crime had been committed in Canada. Third, to interpret *Jayasekara* as allowing members of the RPD the discretion to consider completion of a sentence would likely lead to a lack of consistency in RPD decision making bordering on arbitrariness.

[35] In short, I agree with Justice Mosley in *Rojas Camacho v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 789, at paragraph 16, that it follows from the reasoning in *Jayasekara* that the mitigating circumstances to be considered by the RPD when determining whether a crime is “serious” for the purpose of Article 1F(b) do not include whether the claimant is rehabilitated and a danger to the public in Canada. These considerations are “extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction”.

(b) Should *Jayasekara* be followed?

[36] In the alternative, Mr. Febles says that the reasoning in *Jayasekara* is flawed and should not be followed. He identifies what he says are two errors in the Court’s reasoning. First, the Court erred in distinguishing *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.) (*Chan*) on the ground that there had been a material amendment to the legislation after *Chan* was decided. Second, the authorities cited for the propositions contained in paragraph 44 do not in fact support them.

[37] In order to deal with the first point, it is necessary to briefly retrace the history of the interpretation of Article 1F(b) by this Court.

même pas l’importance que revêt le fait que le détenu a purgé ou non sa peine. En deuxième lieu, la durée de la peine ou le fait que l’intéressé l’a purgée ne font pas partie des facteurs énumérés au paragraphe 44 et qui sont susceptibles de réfuter la présomption de gravité découlant de la peine maximale qui pourrait être infligée si le crime avait été commis au Canada. Troisièmement, interpréter l’arrêt *Jayasekara* de manière à conférer au commissaire de la SPR le pouvoir discrétionnaire de tenir compte du fait que l’intéressé a purgé sa peine favoriserait probablement un manque d’uniformité dans la jurisprudence de la SPR, voire une tendance à l’arbitraire.

[35] En résumé, j’abonde dans le sens du juge Mosley lorsqu’il affirme, dans la décision *Rojas Camacho c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 789, au paragraphe 16, qu’il découle du raisonnement suivi dans l’arrêt *Jayasekara* que les questions de savoir si le demandeur d’asile s’est réadapté ou s’il constitue un danger pour le public au Canada ne sont pas des circonstances atténuantes dont la SPR doit tenir compte pour décider si le crime est « grave » au sens de l’alinéa Fb) de l’article premier. Ces facteurs sont « étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité ».

b) L’arrêt *Jayasekara* doit-il être suivi?

[36] À titre subsidiaire, M. Febles soutient que le raisonnement suivi dans l’arrêt *Jayasekara* est erroné et qu’on ne devrait pas le suivre. Il relève ce qu’il affirme être deux erreurs dans le raisonnement suivi par la Cour. En premier lieu, la Cour aurait commis une erreur en faisant une distinction entre les faits de la présente espèce et ceux de l’arrêt *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.) (*Chan*), au motif que des modifications importantes avaient été apportées à la loi depuis le prononcé de l’arrêt *Chan*. En second lieu, la jurisprudence citée à l’appui des observations du paragraphe 44 ne va pas, en fait, dans le sens de celles-ci.

[37] Pour pouvoir discuter le premier point, il est nécessaire de relater brièvement l’historique de l’interprétation que notre Cour a faite de l’alinéa Fb) de l’article premier.

[38] *Chan* held that Article 1F(b) applied to refugee claimants who were seeking to avoid extradition from Canada, and not to those who had been convicted of a crime outside Canada and had served their sentence before arriving here. To interpret the exclusion clause as applicable to the latter category of claimants would, said the Court, conflict with the scheme of the legislation, and (at paragraph 15):

... operate to automatically deny that person's right to a refugee hearing, regardless of the person's attempts at rehabilitation and whether or not they constitute a danger to the Canadian public.

In particular, the Court noted that criminality does not automatically render individuals inadmissible if the MCI is satisfied that they are rehabilitated. In the passage quoted above the Court may have left open the possibility that convicted criminals who have served their sentence could be excluded by Article 1F(b) if they were a danger to the public in Canada.

[39] This Court subsequently took a broader view of Article 1F(b) than that advanced in *Chan*. Thus, in *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 178, [2003] 3 F.C. 761, the claimant relied on *Chan* to argue that Article 1F(b) did not apply to him because he could not be extradited for the crimes that there were serious reasons for considering that he had committed, namely, being complicit by association in serious non-political crimes committed by an organization in which he had a leadership role.

[40] The Court did not agree. Writing for the majority, Nadon J.A. said (at paragraphs 66 and 79 in particular) that a refugee claimant could be excluded under Article 1F(b) when there were serious reasons for considering that he had committed a serious non-political crime. It was not relevant for this purpose, he said, that the claimant could not be extradited because, for example, Canada had not concluded an extradition treaty with the state where the claimant's crime was allegedly

[38] L'arrêt *Chan* a décidé que l'alinéa Fb) de l'article premier visait le demandeur d'asile qui tentait de se soustraire à son extradition du Canada et non celui qui avait été reconnu coupable d'un crime à l'extérieur du Canada et qui avait purgé sa peine avant d'être admis au Canada. La Cour a déclaré qu'interpréter la clause d'exclusion comme visant cette dernière catégorie de demandeurs d'asile serait contraire à l'économie de la loi et [au paragraphe 15] :

[...] la personne [...] serait automatiquement privée de son droit de revendiquer le statut de réfugiée, quand bien même elle aurait tenté de se réadapter, et peu importe qu'elle constitue ou non un danger pour le public au Canada.

En particulier, la Cour a observé que le fait d'avoir commis un crime ne rend pas automatiquement son auteur interdit de territoire si le MCI conclut qu'il s'est réadapté. Dans le passage précité, la Cour laisse peut-être entendre que les criminels condamnés qui ont purgé leur peine peuvent être exclus par application de l'alinéa Fb) de l'article premier s'ils représentent un danger pour le public au Canada.

[39] Notre Cour a, par la suite, retenu une conception plus large de l'alinéa Fb) de l'article premier que celle proposée par l'arrêt *Chan*. Ainsi, dans l'arrêt *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, le demandeur d'asile se fondait sur l'arrêt *Chan* pour soutenir que l'alinéa Fb) de l'article premier ne s'appliquait pas dans son cas parce qu'il ne pouvait être extradé pour les crimes à l'égard desquels il existait des raisons sérieuses de penser qu'il les avait commis, en l'occurrence, complicité par association relativement à des crimes graves de droit commun commis par une organisation au sein de laquelle il jouait un rôle de dirigeant.

[40] La Cour ne retient pas cette thèse. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Nadon a observé (aux paragraphes 66 et 79 en particulier) que le demandeur d'asile pouvait être exclu par application de l'alinéa Fb) de l'article premier lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il a commis un crime grave de droit commun. Le juge a expliqué qu'à cette fin, il importe peu que le demandeur ne puisse pas être extradé parce que, par exemple, le Canada n'avait pas conclu de traité

committed, or a specific crime could not be attributed to the claimant.

[41] In concurring reasons, Décary J.A. (at paragraphs 118–129) reviewed the various purposes that Article 1F(b) was intended to serve, including (at paragraph 118):

... ensuring that the country of refuge can protect its own people by closing its borders to criminals whom it regards as undesirable because of the seriousness of the ordinary crimes which it suspects such criminals of having committed.

He further explained this purpose by saying (at paragraph 119):

... [it] indicates that while the signatories were prepared to sacrifice their sovereignty, even their security, in the case of the perpetrators of political crimes, they wished on the contrary to preserve them for reasons of security and social peace in the case of the perpetrators of serious ordinary crimes. This ... purpose also indicates that the signatories wanted to ensure that the Convention would be accepted by the people of the country of refuge, who might be in danger of having to live with especially dangerous individuals under the cover of a right of asylum.

[42] I should point out that, unlike Mr. Febles, Zrig had not been convicted of any crime, much less served a sentence. Hence, in formulating his understanding of the purposes of Article 1F(b), Décary J.A. was not addressing the specific question at issue in the present appeal, namely, whether Article 1F(b) applies to a refugee claimant who has completed a sentence for a crime which, if committed in Canada, is punishable by a maximum of at least 10 years' imprisonment, but who poses no danger to the public.

[43] It is thus clear from *Zrig* that, even before *Jayasekara* was decided, the Court had disavowed the holding in *Chan* that Article 1F(b) only extends to preventing a refugee claimant from avoiding extradition. *Jayasekara* hammered another nail into *Chan*'s coffin by deciding that Article 1F(b) does not cease to apply because the claimant has been convicted of a serious crime and has completed the sentence. This conclusion had been foreshadowed by Décary J.A. in *Zrig*, where

d'extradition avec l'État où le demandeur d'asile aurait commis son crime ou encore parce qu'un crime précis ne pouvait être attribué au demandeur d'asile.

[41] Dans ses motifs concourants, le juge Décary (aux paragraphes 118 à 129) a passé en revue les divers objectifs que l'alinéa *Fb* de l'article premier était censé viser, y compris (au paragraphe 118) :

[...] s'assurer que le pays d'accueil puisse protéger sa propre population en fermant ses frontières à des criminels qu'il juge indésirables en raison de la gravité des crimes ordinaires qu'il les soupçonne d'avoir commis.

Il a ainsi explicité cet objectif (au paragraphe 119) :

[...] [cet objectif] indique que les signataires, s'ils sont prêts à sacrifier leur souveraineté, voire leur sécurité, quand il s'agit d'auteurs de crimes politiques, entendent au contraire les préserver, pour des raisons de sécurité et de paix sociale, quand il s'agit d'auteurs de crimes ordinaires graves. [II] indique aussi que les signataires ont voulu s'assurer que la Convention soit acceptée par la population d'accueil qui ne risque pas d'être forcée, sous le couvert du droit d'asile, à côtoyer des individus particulièrement dangereux.

[42] Je tiens à préciser qu'à la différence de M. Febles, M. Zrig n'avait été reconnu coupable d'aucun crime et, à plus forte raison, n'avait pas purgé de peine. Ainsi, pour expliquer sa conception des objectifs de l'alinéa *Fb* de l'article premier, le juge Décary n'était pas appelé à se prononcer sur la question précise en litige dans le présent appel, à savoir, celle de savoir si l'alinéa *Fb* de l'article premier vise le demandeur d'asile qui a purgé sa peine pour un crime qui, s'il avait été commis au Canada, serait punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans, mais ne représente plus de danger pour le public.

[43] Il ressort donc à l'évidence de l'arrêt *Zrig* que, même avant que l'arrêt *Jayasekara* soit rendu, la Cour avait écarté l'enseignement de l'arrêt *Chan* portant que l'alinéa *Fb* de l'article premier sert uniquement à empêcher le demandeur d'asile d'éviter l'extradition. L'arrêt *Jayasekara* a donné le coup de grâce à l'arrêt *Chan* en décidant que l'alinéa *Fb* de l'article premier ne cesse pas de s'appliquer parce que le demandeur d'asile a été reconnu coupable d'un crime grave et a purgé sa peine.

he said (at paragraph 129) that Article 1F(b) enabled a state to exclude perpetrators of serious crimes, whether or not they had been convicted and served the sentences imposed on them.

[44] Further, by excluding facts “extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction” from the factors to be considered in assessing the seriousness of the crime, the Court in *Jayasekara* in effect overruled the holding in *Chan* that Article 1F(b) does not exclude a claimant who has completed his sentence, unless, perhaps, the claimant poses a danger to the public in Canada.

[45] I am willing to assume for present purposes that the Court in *Jayasekara* erred in saying that statutory amendments had undermined the conclusion in *Chan* that a wider reading of Article 1F(b) was inconsistent with the scheme of the statute. Nonetheless, this error is an insufficient basis for finding that the decision in *Jayasekara* was wrongly decided and should not be followed. Having approved the multiple purposes of Article 1F(b) that Décary J.A. identified in *Zrig* and having reviewed international jurisprudence, the Court clearly intended to restate the applicable law. In these circumstances, the error alleged is not material. In the light of *Zrig* and *Jayasekara*, it is clear that *Chan* is no longer good law.

[46] Nor do I agree with Mr. Febles’ second ground for saying that *Jayasekara* was wrongly decided, namely that the cases cited by the Court in *Jayasekara* do not support the propositions in paragraph 44 of the reasons. In my view, only one of those cases (*Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007)) was arguably not directly on point. This is not a basis on which *Jayasekara* can be said to have been wrongly decided.

Cet enseignement était en germe dans les observations du juge Décary dans l’arrêt *Zrig*; il a déclaré (au paragraphe 129) que l’alinéa Fb) de l’article premier permettait à un État d’exclure les auteurs de crimes graves, qu’ils aient été ou non reconnus coupables et qu’ils aient ou non purgé les peines qui leur avaient été infligées.

[44] De plus, en excluant les faits « étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité » des facteurs dont les tribunaux peuvent tenir compte pour apprécier la gravité d’un crime, la Cour a, par l’arrêt *Jayasekara*, effectivement rejeté l’enseignement de l’arrêt *Chan* suivant lequel l’alinéa Fb) de l’article premier n’exclut pas le demandeur d’asile qui a purgé sa peine à moins, peut-être, qu’il constitue un danger pour le public au Canada.

[45] Je suis disposé à présumer, aux fins du présent appel, que, par l’arrêt *Jayasekara*, la Cour a commis une erreur en déclarant que les modifications apportées à la loi ont affaibli l’enseignement de l’arrêt *Chan* suivant lequel une interprétation plus large de l’alinéa Fb) de l’article premier est incompatible avec l’économie de la loi. Quoi qu’il en soit, cette erreur ne constitue pas une raison suffisante pour conclure que l’arrêt *Jayasekara* est mal fondé et ne doit pas être suivi. Après avoir approuvé les objectifs multiples visés par l’alinéa Fb) de l’article premier que le juge Décary a énumérés dans l’arrêt *Zrig* et après avoir passé en revue la jurisprudence internationale, la Cour entendait de toute évidence reformuler les règles de droit applicables. Dans ces conditions, cette présumée erreur est sans conséquence. À la lumière des arrêts *Zrig* et *Jayasekara*, il est évident que la jurisprudence *Chan* n’est plus d’actualité.

[46] Je ne retiens pas non plus le second moyen soulevé par M. Febles pour soutenir que l’arrêt *Jayasekara* est mal fondé en ce sens que la jurisprudence citée par la Cour dans cette décision ne va pas dans le sens des thèses formulées au paragraphe 44 des motifs. À mon avis, on pourrait soutenir qu’une seule de ces décisions (*Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007)) n’était pas directement pertinente, ce qui n’est pas une raison pour conclure que l’arrêt *Jayasekara* est mal fondé.

(c) Interpreting Article 1F(b)

[47] This is sufficient to dispose of the appeal. Nonetheless, because the parties have fully canvassed the meaning of Article 1F(b) as it appears in IRPA, and the issue is important, I shall address Mr. Febles' broader argument that *Jayasekara* should not be followed because it rests on a fundamental misunderstanding of the purposes of Article 1F(b) and renders incoherent the scheme of IRPA with respect to criminality.

[48] Mr. Febles' argument is that Article 1F(b) applies first and foremost to refugee claims by fugitives from justice in the country where they are suspected of having committed a serious non-political crime. It was intended to apply only exceptionally to those who have completed their sentence, that is, when they pose a continuing danger to the receiving state.

[49] This position is supported by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* (HCR/GIP/03/05, 4 September, 2003) (Guidelines). Paragraph 23 of the Guidelines states that a claimant's expression of regret for the crime may be considered in determining whether exclusion is justified. The UNHCR's *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (HCR/IP/4/Eng/REV.1, reedited, Geneva, January 1992), also indicates that Article 1F(b) was intended to protect receiving states from having to afford refugee protection to dangerous criminals: see paragraphs 148 and 157.

[50] These documents are not determinative of the interpretation of the Convention. In my view, on the basis of the text of Article 1F(b), its known purposes, the scheme of IRPA, and international jurisprudence, Article 1F(b) should be interpreted as excluding rehabilitation and present dangerousness from the assessment

c) Interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier

[47] Voilà qui suffit pour trancher l'appel. Néanmoins, comme les parties ont longuement débattu le sens de l'alinéa Fb) de l'article premier dans le contexte de la LIPR et comme cette question est importante, je discuterai la thèse plus générale de M. Febles portant que l'arrêt *Jayasekara* ne doit pas être suivi parce qu'elle repose sur une compréhension fondamentalement erronée des objectifs de l'alinéa Fb) de l'article premier et qu'il rend incohérent l'économie de la LIPR en matière de criminalité.

[48] La thèse de M. Febles est que l'alinéa Fb) de l'article premier vise d'abord et avant tout les demandes d'asile présentées par les personnes qui fuient la justice dans un pays où elles sont soupçonnées avoir commis un crime grave de droit commun. Cette disposition est censée ne viser qu'exceptionnellement les personnes qui ont purgé leur peine et qui continuent à représenter un danger pour l'État d'accueil.

[49] Cette thèse est confirmée par les *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR) (HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003) (les principes directeurs). Suivant le paragraphe 23 de ces principes directeurs, on peut tenir compte de toute manifestation de regret exprimée par la personne concernée pour déterminer si son exclusion est justifiée ou non. Le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du HCNUR (HCR/IP/4/FRE/REV.1, réédité, Genève, janvier 1992) précise également que l'alinéa Fb) de l'article premier a pour objet d'accorder aux États d'accueil la possibilité de refuser l'asile aux criminels dangereux (paragraphes 148 et 157).

[50] Ces documents ne peuvent commander l'interprétation de la Convention. À mon avis, compte tenu du libellé de l'alinéa Fb) de l'article premier, de ses objectifs connus, de l'économie de la LIPR et de la jurisprudence internationale, on doit interpréter ce texte de manière à ne pas tenir compte de la réadaptation et de la

of the seriousness of a crime committed by a refugee claimant before coming to Canada.

(i) *Text*

[51] Article 1F(b) applies to “a serious crime of a non-political nature”. It is drafted in very broad terms. Unlike other provisions of IRPA, Parliament has not expressly limited the application of the Article to claimants who pose a current danger to the Canadian public. Courts should normally avoid an interpretation of legislation that requires words to be read into it: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paragraph 26; and see *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.) applying this interpretative principle to Article 1F(b).

[52] In my view, the ordinary meaning of the text of Article 1F(b) is that whether a crime is serious for exclusion purposes is to be determined on the basis of the facts listed by this Court in *Jayasekara*. The seriousness of a crime is to be assessed as of the time of its commission; its seriousness does not change over time, depending on whether the claimant is subsequently rehabilitated and ceases to pose a danger to the public.

(ii) *Purposes*

[53] The interpretation of statutory language must always be considered in light of the purposes of the provision in question. However, when the meaning of a statute seems clear and unequivocal from its text, statutory purpose may be less important in the interpretative exercise, although “the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole”: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10.

dangérosité actuelle du demandeur d’asile lorsqu’on apprécie la gravité du crime qu’il a commis avant son arrivée au Canada.

i) *Libellé*

[51] L’alinéa *Fb* de l’article premier vise les « crimes graves de droit commun ». Il est libellé en termes très généraux. À la différence d’autres dispositions de la LIPR, le législateur n’a pas expressément limité l’application de l’article premier de la Convention aux demandeurs d’asile qui représentent un danger actuel pour la population canadienne. Le juge doit, en principe, écarter toute interprétation qui l’amènerait à ajouter des termes à la loi : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au paragraphe 26; voir également *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.), dans lequel ce principe d’interprétation a été appliqué à l’alinéa *Fb* de l’article premier.

[52] À mon avis, le sens ordinaire du libellé de l’alinéa *Fb* de l’article premier est le suivant : pour décider si le crime est grave, lorsqu’il s’agit d’exclure, ou non, le demandeur d’asile, il faut tenir compte des faits énumérés par notre Cour par l’arrêt *Jayasekara*. La gravité du crime doit être appréciée en fonction du moment où il a été commis. La gravité du crime ne change pas avec le temps et le fait que le demandeur d’asile s’est par la suite réadapté et qu’il a cessé de représenter un danger pour la société n’y change rien non plus.

ii) *Objectifs*

[53] L’interprétation d’une disposition législative doit toujours se faire en fonction des objectifs de la disposition en question. Toutefois, lorsque le sens du texte de la loi semble clair et non équivoque, l’objectif visé par la loi perd un peu de son importance dans ce processus interprétatif bien que « les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10).

[54] Mr. Febles' central argument is that because he has served his sentence, and is therefore not a fugitive from justice in the United States, the only purpose of Article 1F(b) relevant to the facts of this case is the protection of the public in Canada from currently dangerous criminals.

[55] Accordingly, he says, the RPD could only have found that he was excluded from refugee status after considering whether he was rehabilitated and currently posed a danger to the public in Canada. An interpretation of Article 1F(b) to include non-fugitives who are rehabilitated and pose no danger to the host state would, he argues, be inequitable.

[56] I do not agree. In my view, Mr. Febles' argument oversimplifies the purposes underlying Article 1F(b). In *Jayasekara*, Létourneau J.A. quoted with approval (at paragraph 28) the description of the various purposes of Article 1F(b) identified by Décary J. A. in *Zrig*, which I have set out at paragraph 41 of these reasons.

[57] Décary J.A. was not, of course, dealing with the issue raised by the present appeal. It is not altogether clear whether he was of the view that the purposes of Article 1F(b) requires a discrete consideration of the claimant's present dangerousness, or whether he considered that the dangerousness of a claimant was inherent in the nature of the crime committed.

[58] However, the issue now before us has recently been addressed by the European Court of Justice and the German Federal Administrative Court in a case involving a refugee claimant who had not completed his sentence in Turkey before he went to Germany and claimed refugee status. The courts stated that Article 1F(b), which is incorporated into the law of the European Union by Directive 2004/83/EC [*Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted*, OJL 304/12], does not require

[54] L'argument central de M. Febles est que, comme il a purgé sa peine, et qu'il ne fuit donc plus la justice américaine, le seul objectif de l'alinéa Fb) de l'article premier qui est pertinent, en ce qui concerne les faits de l'espèce, est celui de la protection du public canadien contre les individus qui sont actuellement des criminels dangereux.

[55] Il soutient, par conséquent, que la SPR ne pouvait l'exclure du régime de protection des réfugiés qu'après avoir recherché s'il s'était réadapté et s'il représentait un danger actuel pour le public au Canada. Il soutient que toute interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier qui engloberait les personnes qui ne sont pas des fugitifs et qui se sont réadaptées et ne représentent pas un danger pour le pays d'accueil serait inéquitable.

[56] Je rejette cette thèse. Selon moi, l'argument de M. Febles simplifie à l'excès les objectifs qui sous-tendent l'alinéa Fb) de l'article premier. Dans l'arrêt *Jayasekara*, le juge Létourneau a cité et approuvé (au paragraphe 28) la définition des divers objectifs de l'alinéa Fb) de l'article premier proposée par le juge Décary dans l'arrêt *Zrig*, que j'ai déjà reproduite au paragraphe 41 des présents motifs.

[57] Le juge Décary n'était évidemment pas saisi de la question soulevée dans le présent appel. On ne sait pas avec certitude s'il était d'avis que les objectifs de l'alinéa Fb) de l'article premier commandaient l'examen distinct de la dangerosité actuelle du demandeur d'asile ou s'il estimait que la dangerosité du demandeur d'asile était un aspect inhérent du crime commis.

[58] Toutefois, la question dont nous sommes présentement saisis a récemment été examinée par la Cour européenne de justice et par la Cour administrative fédérale allemande dans une affaire mettant en cause un demandeur d'asile qui n'avait pas fini de purger sa peine en Turquie lorsqu'il est arrivé en Allemagne, où il a demandé l'asile. Les tribunaux ont déclaré que l'alinéa Fb) de l'article premier, qui est incorporé aux lois de l'Union européenne par la Directive 2004/83/CE [*Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de*

that a refugee claimant with a serious criminal conviction must also pose a present danger to the receiving state. Because international law should be interpreted as uniformly as possible, this Court should attach significant weight to pronouncements by senior courts in other jurisdictions on the very issue that is before us.

[59] Thus, in *B (Area of Freedom, Security and Justice)*, [2010] EUECJ C-57/09 (*B*), the European Court wrote (at paragraph 104):

... the grounds for exclusion at issue were introduced with the aim of excluding from refugee status persons who are deemed to be undeserving of the protection which that status entails and of preventing that status from enabling those who have committed certain serious crimes to escape criminal liability. Accordingly, it would not be consistent with that dual objective to make exclusion from refugee status conditional upon the existence of a present danger to the host Member State. [Emphasis added.]

[60] The German Federal Administrative Court (BVerwG 10 C 48.07 OVG 8 A 2632/06.A, October 14, 2008), which had referred *B* to the European Court, delved deeper into the purposes underlying Article 1F(b) by examining its legislative history. Thus, it wrote (at paragraphs 29–30):

[The exclusion clauses] are intended to protect refugee status from abuse, by keeping it from being granted to undeserving applicants. ...

According to the Travaux Préparatoires [of the Convention], the fundamental difference between reasons for exclusion – tied to previous personal misconduct – and the exceptions from the non-refoulement imperative – intended to protect the host state – was evident in the deliberations. In the case of the exclusion clauses, the deciding factor for the representatives of the states was not whether the refugee currently posed a danger, but the distinction between ‘bona fide’ and ‘criminal’ refugees. ... The group of persons covered by the exclusion clauses, because of their misconduct, was not to be set on a par with ‘bona fide refugees’ The intent was to prevent refugee status from being discredited by including criminals in the group of recognised refugees (‘refugees whose actions might bring discredit on that status’...). There is no support in either

réfugié ou les personnes qui, pour d’autres raisons, ont besoin d’une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOL 304/12], n’exige pas que le demandeur d’asile qui a été condamné pour un crime grave représente par ailleurs un danger actuel pour l’État d’accueil. Comme le droit international doit être interprété de façon aussi uniforme que possible, notre Cour doit accorder une grande importance au jugement prononcé par les juridictions supérieures d’autres pays sur la question précise qui nous est déférée en l’espèce.

[59] Ainsi, dans l’arrêt *B (Espace Liberté, Sécurité et Justice)*, [2010] CEJUE C-57/09 (*B*), la Cour européenne dit, au paragraphe 104 :

[...] les causes d’exclusion dont il est question ont été instituées dans le but d’exclure du statut de réfugié les personnes jugées indignes de la protection qui s’y attache et d’éviter que l’octroi de ce statut permette à des auteurs de certains crimes graves d’échapper à une responsabilité pénale. Dès lors, il ne serait pas conforme à ce double objectif de subordonner l’exclusion dudit statut à l’existence d’un danger actuel pour l’État membre d’accueil. [Non souligné dans l’original.]

[60] La Cour fédérale administrative allemande (BVerwG 10 C 48.07 OVG 8 A 2632/06.A, 14 octobre 2008), qui avait déféré *B* à la Cour européenne, a examiné en profondeur les objectifs de l’alinéa Fb) de l’article premier en examinant les travaux préparatoires. Voici ses observations (aux paragraphes 29 et 30) :

[TRADUCTION] [Les clauses d’exclusion] visent à empêcher le recours abusif au droit d’asile en empêchant qu’il soit accordé à des demandeurs qui ne le méritent pas [...]

Suivant les Travaux Préparatoires [de la Convention], la différence fondamentale entre les motifs d’exclusion – rattachés à une inconduite personnelle antérieure – et les exceptions au principe du non-refoulement – censées protéger le pays d’accueil – ressortait à l’évidence des délibérations. Dans le cas des clauses d’exclusion, le facteur décisif aux yeux des représentants des États n’était pas la question de savoir si le réfugié représentait un danger actuel pour l’État d’accueil, mais bien la distinction à faire entre les réfugiés « authentiques » et les criminels [...] Les personnes visées par les clauses d’exclusion en raison de leur inconduite ne devaient pas être mises sur le même pied que les « réfugiés authentiques ». L’objectif visé était d’éviter de discréditer le statut de réfugié en englobant des criminels dans le groupe des réfugiés reconnus (des

the background materials to the Geneva Refugee Convention or the international practice of nations for the UNHCR's opinion that the aim and purpose of considering a serious non-political crime as a reason for exclusion is to protect the community of a receiving country from the danger as admitting a refugee who has committed a serious common crime. [Emphasis added.]

[61] The Court stated its conclusion succinctly (at paragraph 28):

Mere 'unworthiness for protection' on the basis of prior acts suffices for the application of the exclusion clauses; it is not necessary that the foreigner should still pose such dangers as he manifested in his previous conduct.

[62] I agree that it is clear from the Travaux Préparatoires that the drafters did not intend to limit the exclusion provision to fugitives from justice. However, I am less sure than the courts in *B* that the Travaux Préparatoires conclusively demonstrate that the drafters intended to exclude other refugee claimants with a serious criminal record, even though they were rehabilitated and not a danger. Much of the discussion involved the definition of the crimes that would exclude a claimant from refugee status, and the concern of the United Kingdom Delegate that individuals who had committed a minor offence should not be excluded. On the other hand, I do not see in the Travaux Préparatoires evidence of an intention on the part of the Delegates only to exclude from refugee status criminals convicted of a serious crime who have served their sentence if they remain dangerous.

[63] I conclude, therefore, that the purposes underlying Article 1F(b) do not so clearly limit its intended scope to protecting the state of refuge from currently dangerous criminals as to warrant an interpretation that is markedly narrower than the ordinary meaning of the text.

réfugiés dont les actes seraient susceptibles de discréditer le statut de réfugié [...] On ne trouve dans les documents de base de la Convention de Genève sur le statut de réfugié ou dans la coutume internationale rien qui confirme l'avis de l'UNHCR suivant lequel la raison pour laquelle on considère que la commission d'un crime grave de droit commun justifie l'exclusion s'explique par l'objectif de protéger la population du pays d'accueil contre le danger que représente l'admission d'un réfugié qui a commis un crime grave de droit commun. [Non souligné dans l'original.]

[61] La Cour a formulé sa conclusion de façon succincte (au paragraphe 28) :

[TRADUCTION] Le simple fait de considérer que quelqu'un est « indigne de protection » en raison d'actes commis dans le passé suffit pour faire jouer les clauses d'exclusion; il n'est pas nécessaire que l'étranger représente le même danger que celui qu'il représentait antérieurement par ses agissements.

[62] En effet, il ressort à l'évidence des Travaux préparatoires que les rédacteurs n'avaient pas l'intention de limiter la clause d'exclusion aux seuls fugitifs recherchés par la justice. Je suis toutefois moins certain que ne l'étaient les tribunaux dans l'arrêt *B* que les Travaux préparatoires démontrent de façon concluante que les rédacteurs avaient l'intention d'exclure les autres demandeurs d'asile ayant de lourds antécédents judiciaires, même s'ils se sont réadaptés et qu'ils ne représentent plus un danger. Une grande partie du débat portait sur la définition des crimes qui auraient pour effet d'exclure le demandeur du régime de protection des réfugiés, et de la préoccupation du représentant du Royaume-Uni suivant laquelle les auteurs de délits mineurs ne devaient pas être exclus. En revanche, je ne relève dans les Travaux préparatoires aucune indication d'une intention des délégués de n'exclure du régime de protection des réfugiés que les criminels reconnus coupables de crimes graves qui ont purgé leur peine et qui représentent toujours un danger.

[63] Je conclus donc que les objectifs de l'alinéa Fb) de l'article premier ne restreignent pas de façon aussi claire la portée prévue de cette disposition à la protection de l'État d'accueil contre les criminels qui représentent un danger actuel pour l'État d'accueil de manière à justifier une interprétation nettement plus étroite que celle que commande le sens ordinaire du texte.

(iii) Statutory context

[64] Mr. Febles argues that a theme running through IRPA is that the adverse consequences that flow from serious criminality can be mitigated if the claimant satisfies the MCI that he is rehabilitated. Thus, he says, it would be inconsistent with the statutory scheme of IRPA to interpret Article 1F(b) as excluding from refugee status those who have committed serious crimes outside Canada, regardless of how long ago the crimes were committed or whether they are rehabilitated and currently pose no danger to the public.

[65] The problem with this argument, in my view, is that it pays insufficient attention to the different purposes served by the provisions in question. A claim is ineligible even to be referred to the RPD for adjudication if the claimant is inadmissible for serious criminality by virtue of a conviction outside Canada and the Minister is of the opinion that the claimant is a danger to the public in Canada: IRPA, paragraphs 101(1)(f) and (2)(b). A purpose of this provision is to enable the speedy removal from Canada of dangerous persons: *Harris v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 235, [2001] 4 F.C. 495, at paragraph 28.

[66] There is no inconsistency between a CBSA officer's decision not to seek an opinion from the MCI on whether Mr. Febles' claim was ineligible to be referred to the RPD because of his present dangerousness, and the decision of the MPSEP to intervene at the RPD to argue that Article 1F(b) excludes Mr. Febles from the refugee definition because of his convictions. The tests for ineligibility and exclusion are simply not the same.

[67] Dangerousness to the Canadian public is also relevant under IRPA's provisions on pre-removal risk assessment. Thus, under the statutory provisions relevant to the present case, a claim for protection by Mr. Febles, a person inadmissible by reason of serious criminality, would be considered by the MCI on the

iii) Contexte législatif

[64] M. Febles soutient qu'un des thèmes qui revient le plus fréquemment dans la LIPR est que les conséquences néfastes auxquelles donne lieu la grande criminalité peuvent être atténuées si le demandeur d'asile convainc le MCI qu'il s'est réadapté. Il serait donc à son avis incompatible avec le régime législatif de la LIPR d'interpréter l'alinéa Fb) de l'article premier de manière à exclure du régime de protection des réfugiés les personnes qui ont commis des crimes graves à l'extérieur du Canada peu importe le temps écoulé depuis que ces crimes ont été commis ou indépendamment de la question de savoir s'ils se sont réadaptés ou s'ils ne représentent plus un danger pour le public.

[65] Le problème que pose cet argument réside, à mon avis, dans le fait qu'il n'accorde pas suffisamment d'importance aux divers objectifs visés par les dispositions en question. La demande est irrecevable si le demandeur d'asile est interdit de territoire pour grande criminalité parce qu'il a été reconnu coupable d'un crime à l'extérieur du Canada et que le ministre estime qu'il constitue un danger pour le public au Canada (LIPR, alinéas 101(1)f) et 101(2)b)). Ces dispositions visent notamment à faciliter le renvoi rapide des personnes dangereuses du Canada *Harris c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 235, [2001] 4 C.F. 495, au paragraphe 28.

[66] Il n'y a aucune contradiction entre la décision de l'agent de l'ASFC de ne pas demander au MCI son avis au sujet de la recevabilité de la demande d'asile de M. Febles en raison de la dangerosité de celui-ci et la décision du MSPPC d'intervenir devant la SPR pour plaider que l'alinéa Fb) de l'article premier exclut M. Febles de la définition de réfugié en raison des déclarations de culpabilité dont il a fait l'objet. Les critères régissant la recevabilité et l'exclusion ne sont tout simplement pas les mêmes.

[67] Le fait de représenter un danger pour le public canadien est également un facteur pertinent suivant les dispositions de la LIPR lorsqu'il s'agit de procéder à l'examen des risques avant le renvoi. Ainsi, selon les dispositions législatives applicables en l'espèce, pour examiner la demande de protection présentée par

basis of the risks set out in section 97 of IRPA, and whether he is a danger to the public: paragraph 112(3)(b) and subparagraph 113(d)(i). Thus, protecting the public from convicted criminals who still pose a danger to Canada may trump a claim for protection.

[68] If an application by Mr. Febles for protection were allowed on a PRRA, on the ground that the personal risks that he would face if returned outweighed the risk to the Canadian public if he remained, his removal would be stayed: paragraph 114(1)(b). Further, section 7 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) will normally also prevent the MCI from removing an individual to a country where their Charter-protected rights may be in jeopardy: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 58.

[69] Applying for and obtaining a stay of removal from the MCI under the PRRA provisions may not be as satisfactory to Mr. Febles on grounds of process and substance as an application to the RPD for the grant of refugee protection and the rights attached to that status. Nonetheless, protection would comply with the non-refoulement principle for those who are excluded from refugee status for serious criminality, but if removed are at risk of death, torture, cruel and unusual treatment or punishment, or the deprivation of other rights guaranteed by section 7 of the Charter.

[70] The availability of protection under the PRAA provisions for non-dangerous criminals thus goes a long way to answering Mr. Febles' argument that it is inequitable to exclude individuals from refugee protection on the basis of their criminal record and the surrounding

M. Febles, qui est interdit de territoire pour grande criminalité, le MCI tiendrait compte des risques énumérés à l'article 97 de la LIPR et de la question de savoir s'il représente un danger pour le public (alinéa 112(3)b) et sous-alinéa 113d(i)). Ainsi, la protection du public contre les criminels reconnus coupables qui représentent un danger actuel pour le Canada est susceptible de l'emporter sur la demande de protection.

[68] Si la demande de protection de M. Febles était accueillie dans le cadre de l'ERAR, au motif que les risques auxquels il serait personnellement exposé s'il devait retourner dans son pays l'emportent sur ceux auxquels le public canadien ferait face s'il demeurait au Canada, il y aurait sursis de la mesure de renvoi le visant (alinéa 114(1)b)). En outre, l'article 7 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) empêchera normalement le MCI de renvoyer une personne dans un pays où les droits qu'elle tire de la Charte risquent d'être mis en péril (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 58).

[69] Il se peut que le fait pour M. Febles de demander au MCI, en vertu des dispositions de la LIPR relatives aux ERAR, de lui accorder un sursis à l'exécution de son renvoi, et de l'obtenir, ne soit pas aussi satisfaisant pour lui sur le plan tant de la forme que du fond qu'une demande présentée à la SPR en vue d'obtenir le droit d'asile avec tous les droits afférents à ce statut. Néanmoins, cette protection serait conforme au principe du non-refoulement qui s'applique dans le cas des personnes qui sont exclues du régime de protection des réfugiés pour grande criminalité, mais qui risquent, si elles sont expulsées, la mort, la torture, ou des traitements ou peines cruels et inusités, ou encore d'être privées d'autres droits garantis par l'article 7 de la Charte.

[70] La possibilité pour des criminels jugés non dangereux de bénéficier d'une protection en vertu des dispositions relatives à l'ERAR permet, dans une large mesure, de répondre à l'argument de M. Febles suivant lequel il est inéquitable de refuser le droit d'asile à des

facts without any consideration of whether they are currently dangerous.

[71] Mr. Febles also argues that the broad interpretation of Article 1F(b) is inconsistent with the provision that individuals are not inadmissible under subsection 36(1) of the IRPA if they satisfy the MCI that they are rehabilitated and meet the criteria prescribed in paragraph 36(3)(c). It suffices to say that the purposes served by the inadmissibility provisions are different from those of Article 1F(b).

[72] For example, one reason for the exclusion of claims for refugee protection by those who have committed serious crimes appears to be to protect the integrity of refugee status, a purpose for which an assessment of their current dangerousness is irrelevant. In addition, as already noted, those excluded from refugee status on the ground of serious criminality may still be permitted to remain in Canada if facing any of the specified risks in the country to which they would otherwise be removed.

[73] In summary, there is, in my view, no inconsistency between a broad interpretation of Article 1F(b) and other provisions of the IRPA dealing with criminality that would warrant interpreting the broad language of Article 1F(b) in the limited manner urged by Mr. Febles. The scheme of IRPA suggests to me that when Parliament intends to make rehabilitation relevant, it says so expressly.

G. CONCLUSIONS

[74] For these reasons, I would dismiss the appeal and answer the certified question as follows.

Question: When applying Article 1F(b) of the *United Nations Convention relating to the Status of Refugees*, is it relevant for the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board to

personnes en raison de leurs antécédents judiciaires et du contexte factuel sans se demander si elles représentent toujours un danger.

[71] M. Febles soutient également qu'une interprétation large de l'alinéa 1Fb) est incompatible avec l'alinéa 36(3)c), lequel dispose que l'intéressé n'est pas interdit de territoire s'il convainc le MCI de sa réadaptation et s'il satisfait aux critères énumérés à l'alinéa 36(3)c). Qu'il suffise de dire que les objectifs visés par les dispositions relatives à l'interdiction de territoire sont différents de ceux que l'on trouve à l'alinéa Fb) de l'article premier.

[72] Par exemple, une des raisons invoquées pour exclure les demandeurs d'asile qui ont commis des crimes graves semble être la protection de l'intégrité du processus d'asile. Or, il n'est pas nécessaire de savoir si l'intéressé représente un danger actuel pour la société pour atteindre cet objectif. De plus, comme nous l'avons déjà signalé, les personnes exclues du régime de protection des réfugiés pour grande criminalité peuvent quand même être autorisées à demeurer au Canada si elles sont exposées à des risques précis dans le pays où elles pourraient par ailleurs être renvoyées.

[73] En résumé, il n'existe à mon avis aucune contradiction entre une interprétation large de l'alinéa Fb) de l'article premier et d'autres dispositions de la LIPR portant sur la criminalité qui appelleraient une lecture restrictive de l'alinéa Fb) de l'article premier dont la portée est large, de la manière avancée par M. Febles. Vu l'économie de la LIPR, il me semble que, si le législateur entendait faire de la réadaptation un facteur pertinent, il l'aurait dit expressément.

G. DÉCISION

[74] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel et je répondrais comme suit à la question certifiée.

Question : Lorsque la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié applique l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des*

consider the fact that the refugee claimant has been rehabilitated since the commission of the crime at issue?

Answer: No.

SHARLOW J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[75] STRATAS J.A. (concurring): I wish to comment on my colleague's discussion of the standard of review (paragraphs 22–25 of his reasons). In particular, I wish to address the suggestion that the need for uniformity in the interpretation of Article 1F(b) is a factor in favour of correctness review.

[76] World-wide uniform interpretations of the provisions in international conventions may be desirable. However, that depends on the nature of the provision being interpreted and the quality and acceptability of the interpretations adopted by foreign jurisdictions. For example, foreign interpretations may not always embody values and principles to which we subscribe. I do not read paragraph 4 of *Jayasekara*, above, as saying something different on this.

[77] In particular cases, our courts are well-placed to assess whether their decisions should conform to foreign decisions. But some of our tribunals are equally well-placed to assess that—sometimes even better-placed—armed as they are with specialized understandings, policy appreciation, and expertise. In some cases, reasonableness review, not correctness review, may be warranted.

réfugiés, la réhabilitation de l'intéressé depuis la perpétration des crimes en cause est-elle un facteur pertinent à prendre en considération?

Réponse : Non.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

* * *

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

[75] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (motifs concourants) : Je tiens à formuler quelques observations au sujet de l'analyse de mon collègue sur la norme de contrôle applicable (aux paragraphes 22 à 25 de ses motifs). Je tiens notamment à commenter son idée que la nécessité d'uniformité, s'agissant de l'interprétation de l'alinéa Fb) de l'article premier, constitue un facteur qui milite en faveur du contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

[76] Une interprétation universelle uniforme des dispositions des conventions internationales est peut-être souhaitable. Toutefois, tout dépend de la nature des dispositions à interpréter ainsi que de la qualité et de l'acceptabilité des interprétations retenues par les juridictions étrangères. Ainsi, il est possible que les interprétations faites par des tribunaux étrangers ne correspondent pas toujours aux valeurs et aux principes auxquels nous adhérons. À mon avis, le paragraphe 4 de l'arrêt *Jayasekara*, précité, ne dit rien de différent à ce sujet.

[77] Dans des situations particulières, nos cours de justice sont bien placées pour décider si leurs décisions devraient être conformes à celles des juridictions étrangères. Mais certains de nos tribunaux administratifs sont tout aussi bien placés pour procéder à cette évaluation — et sont parfois mieux placés que les cours de justice —, forts de leurs connaissances spécialisées, de leur familiarité avec les politiques et de leur expertise. Dans certains cas, il se peut qu'ils soient justifiés de procéder au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable plutôt que suivant la norme de la décision correcte.

[78] In *Dunsmuir*, above, the Supreme Court has developed certain categories of questions which require correctness review. The interpretation of provisions in international conventions is not yet one of them. Nor should it be. International conventions address many subjects, some quite technical and narrow. Some of those subjects can benefit from interpretations and applications by tribunals with specialized understandings, policy appreciation, and expertise. Again, on occasion, reasonableness review, not correctness review, may be warranted.

[79] In the end, the choice of standard of review makes no practical difference in this case:

- *Reasonableness review.* The cogent reasons offered by my colleague amply demonstrate that the RPD's interpretation of Article 1F(b) is well within the range of the acceptable and defensible and, therefore, passes muster under reasonableness review.

- *Correctness review.* The standard of review was not specifically addressed in *Jayasekara*, above, but I agree that the reasoning in it smacks of correctness review. If, as my colleague suggests, the standard of correctness review is to be adopted in this case in accordance with paragraph 62 of *Dunsmuir*, above, his reasoning amply demonstrates the correctness of the RPD's decision.

[80] For this reason, I agree with the Minister's submission that we need not determine the standard of review in this case.

[81] Subject to these comments, I concur with my colleague's reasons.

[78] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité, la Cour suprême a défini certaines catégories de questions qui commandent l'application de la norme de contrôle judiciaire de la décision correcte. L'interprétation des dispositions des conventions internationales n'en fait pas partie et ne devrait pas en faire partie. Les conventions internationales portent sur de nombreux sujets, dont certains sont fort techniques et pointus. Certains de ces sujets peuvent bénéficier des interprétations et des lumières des tribunaux administratifs, compte tenu de leurs connaissances spécialisées, de leur familiarité avec les politiques et de leur expertise. Là encore, on est parfois justifié de procéder au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable plutôt que suivant la norme de la décision correcte.

[79] En dernière analyse, le choix de la norme de contrôle ne change rien, en pratique, dans le cas qui nous occupe :

- *Contrôle selon la norme de la décision raisonnable.* Les motifs convaincants avancés par mon collègue démontrent amplement que l'interprétation que la SPR a faite de l'alinéa Fb) de l'article premier fait largement partie des issues acceptables et défendables; elle résiste donc au contrôle fondé sur la norme de la décision raisonnable.

- *Contrôle selon la norme de la décision correcte.* La question de la norme de contrôle n'a pas été expressément abordée dans l'arrêt *Jayasekara*, précité, mais je suis d'accord pour dire que le raisonnement suivi dans cet arrêt évoque un contrôle selon la norme de la décision correcte. Si, comme mon collègue le laisse entendre, on doit adopter en l'espèce la norme de la décision correcte conformément au paragraphe 62 de l'arrêt *Dunsmuir*, précité, son raisonnement démontre amplement que la décision de la SPR est correcte.

[80] Pour ce motif, je souscris à l'argument du ministre suivant lequel nous n'avons pas à nous prononcer sur la norme de contrôle applicable en l'espèce.

[81] Sous réserve de ces observations, je souscris aux motifs exposés par mon collègue.

IMM-986-12
2012 FC 1291

IMM-986-12
2012 CF 1291

Maria Ilda Avila Rodriguez, Jose Aniceto Elias Cotlame Tepole (A.K.A. Jose Aniceto E Cotlame Tepole), Jose Omar Eduardo, Cotlame Zepahua (A.K.A. Jose Omar Eduar Cotlame Zepahua) (Applicants)

Maria Ilda Avila Rodriguez, Jose Aniceto Elias Cotlame Tepole (aussi appelé Jose Aniceto E Cotlame Tepole), Jose Omar Eduardo, Cotlame Zepahua (aussi appelé Jose Omar Eduar Cotlame Zepahua) (demandeurs)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)

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

INDEXED AS: AVILA RODRIGUEZ v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : AVILA RODRIGUEZ c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Shore J.—Toronto, October 31; Ottawa, November 5, 2012.

Cour fédérale, juge Shore—Toronto, 31 octobre; Ottawa, 5 novembre 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 denying principal applicant's refugee claim under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97 on basis of state protection — Claim of principal applicant's common-law spouse, son also denied since lacking Act, s. 96 nexus, based on generalized risk in Mexico — Principal applicant, Columbian, fearing persecution by paramilitaries in Columbia while spouse, spouse's son, Mexican, fearing persecution arising from criminality in Mexico — Before coming to Canada, principal applicant fleeing to U.S., returning to Columbia, then returning to U.S. — Whether RPD's finding that principal applicant having adequate, effective state protection in Columbia reasonable; whether RPD's finding that principal applicant lacking subjective fear since not applying for refugee protection in U.S., re-availing to Columbia reasonable; whether finding that principal applicant's spouse, spouse's son facing generalized risk in Mexico reasonable — Given clear, convincing evidence that Columbia cannot protect persons targeted by paramilitaries, not reasonable to find that Columbia's anti-criminality efforts outweighing evidence of human rights violations by paramilitaries — While principal applicant's failure to claim asylum in U.S. troubling, RPD not disputing principal applicant's general credibility; thus, RPD's decision that principal applicant lacking subjective fear not reasonable — RPD's finding that principal applicant's spouse, spouse's son facing generalized risk in Mexico reasonable — Not unreasonable to consider Mexicans having lived abroad or having non-Mexican spouses to constitute sub-groups more vulnerable to victimization — While RPD not expressly concluding that

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 (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile de la demanderesse principale en vertu des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) au motif que cette dernière pouvait bénéficier de la protection de l'État — La demande d'asile du conjoint de fait de la demanderesse et du fils de celui-ci a également été rejetée au motif qu'elle n'était fondée sur aucun des motifs prévus à l'art. 96 de la LIPR et qu'elle reposait sur l'existence d'un risque généralisé au Mexique — La demanderesse principale, d'origine colombienne, craignait d'être persécutée par les forces paramilitaires en Colombie tandis que son conjoint de fait et le fils de celui-ci, mexicains, craignaient d'être persécutés en raison de la criminalité qui sévit au Mexique — Avant d'arriver au Canada, la demanderesse principale s'est enfuie aux États-Unis, est retournée en Colombie, puis est revenue aux États-Unis — Il s'agissait de savoir si la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse principale avait accès à une protection de l'État adéquate et efficace en Colombie était raisonnable, si la conclusion de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif parce qu'elle n'avait pas demandé l'asile aux États-Unis et s'était réclamée à nouveau de la protection de l'État en Colombie était raisonnable et si la conclusion de la SPR selon laquelle le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique était raisonnable — Devant une preuve claire et convaincante que la Colombie ne peut protéger les personnes ciblées par les forces paramilitaires, il n'était pas raisonnable

principal applicant's spouse, spouse's son part of Mexican sub-group, deference requiring that attention be paid to reasons offered or which could have been offered in support of decision — Application allowed for principal applicant; application dismissed for principal applicant's spouse, spouse's son.

This was an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board denying the principal applicant's refugee claim under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* on the basis of state protection. The claim of her common-law spouse and his son were also denied since they lacked a section 96 nexus and it was based on generalized risk in Mexico. The principal applicant feared persecution by paramilitaries in Columbia while her spouse and his son feared persecution arising from criminality in Mexico. The principal applicant is Columbian while her spouse and his son are Mexican. While in Columbia, the principal applicant experienced problems with paramilitaries accusing her and her family of collaboration with Revolutionary Armed Forces of Columbia guerillas. She fled to the U.S., returned to Columbia and then returned to the U.S. where she claimed she waited for some family members in Columbia to join her there. Eventually, the principal applicant, her spouse and his son entered Canada where they claimed refugee status.

The RPD denied the principal applicant's claim on three grounds, namely, the principal applicant failed to claim asylum in the U.S.; she re-availed to Columbia; and she did not rebut the presumption of state protection. Specifically, the RPD considered the principal applicant's return to Colombia

pour la SPR de conclure que les efforts de la Colombie pour lutter contre la criminalité l'emportaient sur la preuve des violations des droits de la personne commises par les forces paramilitaires — Même s'il est troublant que la demanderesse principale n'ait pas demandé l'asile aux États-Unis, la SPR n'a pas mis en doute sa crédibilité générale; par conséquent, la décision de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif n'était pas raisonnable — La SPR a conclu de façon raisonnable que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique — Il n'est pas déraisonnable de considérer les Mexicains qui ont vécu à l'étranger ou qui ont un conjoint non mexicain comme étant l'un des sous-groupes susceptibles de devenir victimes — Bien que la SPR n'ait pas expressément conclu que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci appartenaient à un sous-groupe, la déférence exige que la Cour fasse preuve d'attention aux motifs donnés ou qui auraient pu être donnés à l'appui de la décision — Demande de la demanderesse principale accueillie; demande du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a rejeté la demande d'asile de la demanderesse principale en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) au motif que cette dernière pouvait bénéficier de la protection de l'État. La demande d'asile du conjoint de fait de la demanderesse et du fils de celui-ci a également été rejetée au motif qu'elle n'était fondée sur aucun des motifs prévus à l'article 96 de la LIPR et qu'elle reposait sur l'existence d'un risque généralisé au Mexique. La demanderesse principale craignait d'être persécutée par les forces paramilitaires en Colombie tandis que son conjoint de fait et le fils de celui-ci craignaient d'être persécutés en raison de la criminalité qui sévit au Mexique. La demanderesse principale est colombienne tandis que son conjoint et son fils sont mexicains. Alors qu'elle était en Colombie, la demanderesse principale a connu des problèmes avec les forces paramilitaires qui l'ont accusée, ainsi que les membres de sa famille, de collaborer avec les Forces armées révolutionnaires de Colombie (les FARC). Elle s'est enfuie aux États-Unis, est retournée en Colombie, puis est revenue aux États-Unis où, selon ce qu'elle a allégué, elle est demeurée en attendant que certains membres de sa famille viennent la rejoindre. La demanderesse principale, son conjoint de fait et le fils de celui-ci sont finalement entrés au Canada où ils ont demandé l'asile.

La SPR a rejeté la demande d'asile de la demanderesse principale pour trois motifs, notamment parce qu'elle n'a pas demandé l'asile aux États-Unis, elle s'est réclamée de nouveau de la protection de la Colombie et elle n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État. Plus précisément, la SPR

inconsistent with subjective fear of persecution. It also found that the principal applicant did not provide clear, convincing evidence to rebut the presumption of state protection. The claim of her spouse and his son failed because there was no nexus to a Convention ground and their risk was general.

The main issues were whether the RPD's finding that the principal applicant had adequate and effective state protection in Columbia was reasonable; whether its finding that the principal applicant lacked subjective fear since she did not apply for refugee protection in the U.S. and re-availed to Columbia was reasonable; and whether its finding that the principal applicant's spouse and his son faced a generalized risk in Mexico was reasonable.

Held, the application should be allowed for the principal applicant and dismissed for the principal applicant's spouse and his son.

The principal applicant submitted clear and convincing reports from reliable sources that appeared to demonstrate, on a balance of probabilities, that Columbia cannot protect those who have been targeted by paramilitaries. It was not reasonable to find that Columbia's anti-criminality efforts outweigh evidence of human rights violations by paramilitaries. The preponderance of evidence in the record and the National Documentation Package that was considered by the RPD suggested that Columbia cannot effectively protect those who are targets of paramilitaries. In the present case, the RPD's state protection finding was unreasonable since it did not weight the documentary evidence with consideration to the principal applicant's particular situation. Despite some inconsistency in the evidence regarding the success of the Colombian government in demobilizing the paramilitaries, the evidence was consistent on the question that the RPD should have been asking in weighing the evidence, i.e. whether Columbia can protect a person who has been targeted by paramilitaries. Instead, the RPD inferred state protection for the principal applicant from evidence of efforts to curb the paramilitaries generally. The RPD's decision showed that the RPD queried whether the principal applicant had been targeted directly by the paramilitaries but ultimately determined that she had been personally targeted by the paramilitaries and that Columbia could offer her state protection in these circumstances.

a estimé que le retour de la demanderesse principale en Colombie était incompatible avec une crainte subjective d'être persécutée. Elle a également conclu que la demanderesse principale n'a pas fourni de preuve claire et convaincante pour réfuter la présomption de protection de l'État. La demande d'asile de son conjoint et du fils de celui-ci a été rejetée parce qu'aucun lien avec l'un des motifs prévus par la Convention n'a été établi et que le risque auquel ceux-ci étaient exposés était un risque général.

Il s'agissait principalement de savoir si la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse principale avait accès à une protection de l'État adéquate et efficace en Colombie était raisonnable, si la conclusion de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif parce qu'elle n'a pas demandé l'asile aux États-Unis et s'est réclamée à nouveau de la protection de l'État en Colombie était raisonnable et si la conclusion de la SPR selon laquelle le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique était raisonnable.

Jugement : la demande de la demanderesse principale doit être accueillie et la demande du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci doit être rejetée.

La demanderesse principale a présenté des rapports clairs et convaincants provenant de sources dignes de foi, lesquels semblaient démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la Colombie ne peut protéger les personnes ciblées par les forces paramilitaires. Il n'était pas raisonnable pour la SPR de conclure que les efforts de la Colombie pour lutter contre la criminalité l'emportaient sur la preuve des violations des droits de la personne commises par les forces paramilitaires. La preuve prépondérante versée au dossier et le Cartable national de documentation examiné par la SPR indiquaient que la Colombie ne peut pas protéger de façon efficace les personnes ciblées par les forces paramilitaires. En l'espèce, la conclusion tirée par la SPR relativement à la protection de l'État était déraisonnable puisque la SPR n'a pas apprécié la preuve documentaire en fonction de la situation particulière de la demanderesse principale. Malgré certaines incohérences dans la preuve relative au succès des efforts entrepris par le gouvernement colombien pour démobiliser les forces paramilitaires, la preuve portant sur la question qu'aurait dû poser la SPR dans son analyse, c'est-à-dire si la Colombie peut protéger une personne qui a été ciblée par les forces paramilitaires, était quant à elle cohérente. La SPR a plutôt inféré de la preuve relative aux efforts entrepris pour freiner les forces paramilitaires en général que la demanderesse principale pouvait se prévaloir de la protection de l'État. La décision de la SPR a démontré que celle-ci s'est demandé si les forces paramilitaires avaient directement ciblé la demanderesse principale, mais qu'elle a finalement conclu que celle-ci avait

As to the issue of the principal applicant's subjective fear, the RPD rejected the principal applicant's claim that she did not seek asylum in the U.S. since it was too late to apply by the time she decided to claim. It also rejected her claim that she returned to Columbia to relocate her family. While failure to claim asylum in the U.S. despite living there for nine years is troubling, the RPD did not dispute the principal applicant's general credibility. It could therefore be presumed that the principal applicant's testimony was credible. Given that the RPD did not make a general negative credibility finding, its decision that the principal applicant lacked subjective fear was not reasonable. It did not dispute the principal applicant's credibility as to whether paramilitaries had attacked and continued to threaten her family; thus it was difficult to understand how it found that she lacked subjective fear.

The RPD was reasonable in finding that the principal applicant's spouse and his son faced a generalized risk in Mexico. The principal applicant's spouse and his son alleged, at their hearing, a fear of criminality in Mexico that both conceded was felt by everyone in the country. It was not unreasonable to consider Mexicans who have lived abroad or who have non-Mexican spouses to be sub-groups that are more vulnerable to victimization (*Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*). While the RPD did not expressly conclude that the principal applicant's spouse and his son were part of a sub-group of Mexicans, deference required that respectful attention be paid to the reasons offered or which could have been offered in support of a decision.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 96, 97.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Shanmugarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1992 CarswellNat 822, [1992] F.C.J. No. 583 (C.A.) (QL); *Sukhu v. Canada (Minister of*

été ciblée personnellement et que la Colombie pouvait lui offrir sa protection dans les circonstances.

Quant à la question de la crainte subjective de la demanderesse principale, la SPR a rejeté sa prétention voulant qu'elle n'ait pas demandé l'asile aux États-Unis parce qu'il était trop tard lorsqu'elle s'est décidée à présenter sa demande. Elle a également rejeté sa prétention selon laquelle elle était retournée en Colombie pour réinstaller sa famille. Il est certes troublant que la demanderesse principale n'ait pas demandé l'asile aux États-Unis, bien qu'elle y ait vécu pendant neuf ans, mais la SPR n'a pas mis en doute sa crédibilité générale. La Cour pouvait par conséquent présumer que le témoignage de la demanderesse principale était crédible. Étant donné que la SPR n'a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité générale de la demanderesse principale, il n'était pas raisonnable qu'elle ait conclu que sa crainte n'avait pas de fondement subjectif. La SPR n'a pas mis en doute la crédibilité de la demanderesse principale quant à savoir si les forces paramilitaires avaient attaqué sa famille et continué de la menacer. Il était donc difficile de comprendre comment elle a pu conclure que la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif.

La SPR a conclu de façon raisonnable que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique. À l'audience, le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci ont affirmé craindre la criminalité au Mexique, mais ils ont tous les deux reconnu que cette crainte était ressentie par l'ensemble de la population. Il n'était pas déraisonnable de considérer les Mexicains qui ont vécu à l'étranger ou qui ont un conjoint non mexicain comme étant l'un des sous-groupes susceptibles de devenir victimes (*Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*). Bien que la SPR n'ait pas expressément conclu que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci appartenaient à un sous-groupe de Mexicains, la déférence exigeait toutefois que la Cour fasse preuve d'une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui auraient pu être donnés à l'appui d'une décision.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 96, 97.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Shanmugarajah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 583 (C.A.) (QL); *Sukhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

Citizenship and Immigration), 2008 FC 427; *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 331, 70 Imm. L.R. (3d) 128, affd 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163.

DISTINGUISHED:

Aguilar Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kadenko, 1996 CanLII 3981, 143 D.L.R. (4th) 532 (F.C.A.); *Gonzalez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1292; *Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 629, (1991), 7 Admin. L.R. (2d) 86 (C.A.); *Cetinkaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 8, 403 F.T.R. 46; *Gonsalves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 844, 73 Imm. L.R. (3d) 311; *Ortiz Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1346; *Garavito Olaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 913; *Trigueros Ayala v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 183; *Kovacs v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1003; *Cervenakova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 525, 10 Imm. L.R. (4th) 73; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Huerta v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (F.C.A.); *Ruiz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 258; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.*, 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572, revg in part 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221.

REFERRED TO:

Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 154 N.R. 345 (F.C.A.); *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334, 18 Imm. L.R. (2d) 130 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; *Camacho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 830; *Castro Nino v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 506; *Serda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 356; *Yang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 930; *Fonnoll v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1461, 3 Imm. L.R. (4th) 112; *Samuel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 973; *Sanchez Hernandez v. Canada (Citizenship and Immigration)*,

l'Immigration), 2008 CF 427; *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 331, conf. par 2009 CAF 31.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 62.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kadenko, 1996 CanLII 3981 (C.A.F.); *Gonzalez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1292; *Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 629 (C.A.); *Cetinkaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 8; *Gonsalves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 844; *Ortiz Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1346; *Garavito Olaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 913; *Trigueros Ayala c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 183; *Kovacs c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1003; *Cervenakova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 525; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Huerta c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 271 (C.A.) (QL); *Ruiz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 258; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572, infirmant en partie 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221.

DÉCISIONS CITÉES :

Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL); *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Camacho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 830; *Castro Nino c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 506; *Serda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 356; *Yang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 930; *Fonnoll c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1461; *Samuel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 973; *Sanchez Hernandez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 197; *Camargo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1434.

2012 FC 197; *Camargo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1434.

AUTHORS CITED

Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed. *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

Human Rights Watch. *Paramilitaries’ Heirs: The New Face of Violence in Columbia*, New York: Human Rights Watch, 2010, online: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia0210webwcover_0.pdf>.

Immigration and Refugee Board of Canada. Research Directorate. “Response to Information Request COL103286.3”, 23 February 2010, online: <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/ResRec/RirRdi/Pages/index.aspx?doc=452854>>.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board denying the principal applicant’s refugee claim under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* on the basis of state protection. Application allowed for principal applicant; application dismissed for principal applicant’s spouse, spouse’s son.

APPEARANCES

Alla Kikinova for applicant.
Christopher Ezrin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Michael Loebach, London, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

SHORE J.:

DOCTRINE CITÉE

Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada. Direction des recherches. « Réponse à la demande d’information COL103286.EF », 23 février 2010, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/ResRec/RirRdi/Pages/index.aspx?doc=452854>>.

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir. *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997.

Human Rights Watch. *Paramilitaries’ Heirs: The New Face of Violence in Columbia*, New York : Human Rights Watch, 2010, en ligne : <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia0210webwcover_0.pdf>.

DEMANDE de 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 du Canada a rejeté la demande d’asile de la demanderesse principale en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* au motif que cette dernière pouvait bénéficier de la protection de l’État. Demande de la demanderesse principale accueillie; demande du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci rejetée.

ONT COMPARU

Alla Kikinova pour la demanderesse.
Christopher Ezrin pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Michael Loebach, London (Ontario), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE SHORE :

I. Introduction

[1] The principal applicant, her common-law spouse and his son seek refugee protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The principal applicant fears persecution by paramilitaries in Colombia; her spouse and his son fear persecution arising from criminality in Mexico. They seek judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board, which denied the claim of the principal applicant on the basis of state protection and the claim of her spouse and his son as they lacked a section 96 of the IRPA nexus and was based on generalized risk in Mexico.

II. Judicial Review

[2] This is an application under subsection 72(1) of the IRPA for judicial review of the RPD's decision, dated January 11, 2012.

III. Background

[3] The principal applicant, Ms. Maria Ilda Avila Rodriguez, a citizen of Colombia, was born in 1960. Her spouse, Mr. Jose Aniceto Elias Cotlame Tepole, and his son, Jose Omar Eduardo Cotlame Zepahua, are citizens of Mexico, born in 1965 and 1991, respectively.

[4] The principal applicant's brother and his business partner owned a restaurant in a town in Colombia and paid extortion fees to Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) guerillas.

[5] In 1999, the principal applicant claims paramilitaries attacked the town, destroying the restaurant. She

I. Introduction

[1] La demanderesse principale, son conjoint de fait et le fils de celui-ci demandent l'asile en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). La demanderesse principale craint d'être persécutée par les forces paramilitaires en Colombie; son conjoint de fait et le fils de celui-ci craignent d'être persécutés en raison de la criminalité qui sévit au Mexique. Tous trois sollicitent le contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de la demanderesse principale au motif que cette dernière pouvait bénéficier de la protection de l'État, ainsi que la demande d'asile du conjoint de fait de la demanderesse et du fils de celui-ci au motif qu'elle n'était fondée sur aucun des motifs prévus à l'article 96 de la LIPR et qu'elle reposait sur l'existence d'un risque généralisé au Mexique.

II. Contrôle judiciaire

[2] La Cour est saisie d'une demande présentée en application du paragraphe 72(1) de la LIPR sollicitant le contrôle judiciaire de la décision de la SPR, datée du 11 janvier 2012.

III. Contexte

[3] Née en 1960, la demanderesse principale, M^{me} Maria Ilda Avila Rodriguez, est citoyenne de la Colombie. Son conjoint, M. Jose Aniceto Elias Cotlame Tepole, et le fils de celui-ci, Jose Omar Eduardo Cotlame Zepahua, nés en 1965 et en 1991, respectivement, sont citoyens du Mexique.

[4] Le frère de la demanderesse principale et son associé en affaires étaient propriétaires d'un restaurant en Colombie et versaient de l'argent à des guérilleros des Forces armées révolutionnaires de Colombie (les FARC) qui les extorquaient.

[5] La demanderesse principale prétend qu'en 1999, les forces paramilitaires ont attaqué la ville et détruit le

alleges she and her family began to receive threatening telephone calls from paramilitaries accusing them of collaboration with FARC. She claims her brother complained to the judicial crown attorney and the Red Cross. They advised “that it was very difficult to do anything because nothing had happened to them yet” and “told him to take private security measures” (principal applicant’s Personal Information Form (PIF), at paragraph 14).

[6] The principal applicant fled to the United States (U.S.) on April 26, 1999. She travelled to Colombia on October 2, 1999 and returned to the U.S. on May 16, 2000.

[7] The principal applicant claims she remained in the U.S. waiting for her mother, sister, and son to obtain U.S. visas. She states that her family planned to seek protection in Canada, she worked in the U.S. to support them, and she consulted a lawyer about U.S. asylum who advised her that her claim would be late and she would likely be deported.

[8] The principal applicant’s brother was accepted as a refugee in Canada in 2001.

[9] The principal applicant alleges that the paramilitaries murdered three siblings of the business partner in 2001 and left a message saying: “this is what happens to accomplices of [FARC] guerillas” (decision, at paragraph 9); two children of the murdered siblings disappeared in 2003. In 2008, paramilitaries looking for her and her brother threatened her mother and buyers of the family home. In 2009, paramilitaries killed the business partner’s uncle for denouncing corruption; they also threatened her father and cousin’s daughter while looking for her brother and the business partner.

restaurant. Elle allègue que sa famille et elle ont commencé à recevoir des appels de menaces de la part des forces paramilitaires qui les accusaient de collaborer avec les FARC. Elle affirme que son frère s’est plaint au procureur du ministère public et à la Croix-Rouge. Ceux-ci l’ont informé [TRADUCTION] « qu’il était très difficile de faire quoi que ce soit parce que rien ne leur était encore arrivé » et [TRADUCTION] « ils lui ont dit de prendre des mesures de sécurité privées » (Formulaire de renseignements personnels (FRP) de la demanderesse principale, au paragraphe 14).

[6] La demanderesse principale s’est enfuie aux États-Unis le 26 avril 1999. Elle est retournée en Colombie le 2 octobre 1999 et est revenue aux États-Unis le 16 mai 2000.

[7] La demanderesse principale allègue qu’elle est demeurée aux États-Unis en attendant que sa mère, sa sœur et son fils obtiennent des visas américains. Elle déclare que les membres de sa famille avaient l’intention de demander l’asile au Canada, qu’elle avait travaillé aux États-Unis pour subvenir à leurs besoins et qu’elle s’était renseignée sur la possibilité de demander l’asile aux États-Unis auprès d’un avocat, qui lui aurait dit qu’il était trop tard et qu’elle serait vraisemblablement expulsée.

[8] Le frère de la demanderesse principale a obtenu le statut de réfugié au Canada en 2001.

[9] La demanderesse principale allègue qu’en 2001, les forces paramilitaires ont tué trois des frères et sœurs de l’associé de son frère et qu’elles ont laissé un message indiquant que « c’est ce qui arrive aux complices des guérilleros [des FARC] » (au paragraphe 9 de la décision); deux enfants des frères et sœurs assassinés ont disparu en 2003. En 2008, les forces paramilitaires, qui recherchaient alors la demanderesse principale et son frère, ont menacé leur mère et les acheteurs de la maison familiale. En 2009, les forces paramilitaires ont tué l’oncle de l’associé parce qu’il avait dénoncé la corruption. Elles ont également menacé le père de la demanderesse principale et la fille du cousin de celle-ci, alors qu’elles recherchaient le frère de la demanderesse principale et son associé.

[10] The principal applicant's spouse travelled to the U.S. in 2001, returning to Mexico in 2005. In Mexico, he was mugged three times. He and his son then travelled to the U.S. on September 17, 2006.

[11] The principal applicant and her spouse began a common-law relationship on March 3, 2008. They entered Canada with his son on September 30, 2009.

IV. Decision under Review

[12] The RPD denied the principal applicant's claim on three grounds: (i) she did not claim asylum in the U.S.; (ii) she re-availed to Colombia; and, (iii) she did not rebut the presumption of state protection. The claim of her spouse and his son failed because there was no nexus to a Convention ground and their risk was general.

[13] The RPD found that the principal applicant lacked subjective fear of persecution because she did not claim asylum in the U.S. despite living there nine years. Refugees, it reasoned, "seek protection as soon as practical once out of the reach of the hands of their oppressors" (decision, at paragraph 16). The RPD rejected her claim that she did not seek asylum because "it was too late" when she decided to file. If her fear was genuine, it held, she would have attempted to remedy her status.

[14] The RPD considered the principal applicant's return to Colombia inconsistent with subjective fear of persecution citing *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 345 (F.C.A.). The RPD rejected the principal applicant's claim that she returned to help her family relocate and protect itself as there was insufficient credible evidence

[10] Le conjoint de la demanderesse principale s'est rendu aux États-Unis en 2001 et est revenu au Mexique en 2005. Là-bas, il s'est fait agresser à trois reprises. Son fils et lui se sont rendus aux États-Unis le 17 septembre 2006.

[11] La demanderesse principale et son conjoint ont commencé à faire vie commune le 3 mars 2008. Ils sont entrés au Canada, avec le fils du conjoint, le 30 septembre 2009.

IV. Décision contrôlée

[12] La SPR a rejeté la demande d'asile de la demanderesse principale pour trois motifs : i) elle n'a pas demandé l'asile aux États-Unis; ii) elle s'est réclamée de nouveau de la protection de la Colombie; iii) elle n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État. La demande d'asile de son conjoint et du fils de celui-ci a été rejetée parce qu'aucun lien avec l'un des motifs prévus par la Convention n'avait été établi et que le risque auquel ceux-ci étaient exposés était un risque général.

[13] La SPR a conclu que l'omission de la demanderesse principale de demander l'asile aux États-Unis, malgré les neuf années où elle y est demeurée, témoignait d'une absence de crainte subjective de persécution. Elle a précisé que les réfugiés « sont censés demander la protection dès qu'il est possible de le faire et qu'ils se trouvent hors de portée de leurs oppresseurs » (décision, au paragraphe 16). La SPR a rejeté l'allégation de la demanderesse principale selon laquelle elle n'a pas demandé l'asile parce qu'au moment de présenter sa demande, « il était trop tard ». La SPR a conclu que si sa crainte avait été réelle, elle aurait tenté de régulariser son statut.

[14] La SPR a estimé que le retour de la demanderesse principale en Colombie était incompatible avec une crainte subjective d'être persécutée, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL). La SPR a rejeté l'allégation de la demanderesse principale selon laquelle elle était retournée pour

to persuade the RPD that her family could not relocate without her.

[15] The RPD found the principal applicant did not provide clear, convincing evidence to rebut the presumption of state protection. Citing *Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, the RPD reasoned that evidence of inadequate state protection must be reliable, probative, and show, on a balance of probabilities that state protection is inadequate. The RPD also cited *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334 (F.C.A.), which held that the presumption is not rebutted simply because a state's efforts is not always successful if it has effective control of its territory, has military, police, and civil authority, and makes serious efforts to protect citizens.

[16] The RPD, citing *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, held that claimants must approach the state for protection if it might be reasonably forthcoming. From *Camacho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 830, it inferred that failing to do so is (absent a compelling explanation) often fatal if a state is a functioning democracy, willing and having means to protect citizens. The RPD referred to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kadenko*, 1996 CanLII 3981, 143 D.L.R. (4th) 532 (F.C.A.), for the principle that this burden is "proportional to the level of democracy in the state in question: the more democratic the state's institutions, the more the claimant must have done to exhaust all courses of action open to him or her" (at paragraph 5).

aider sa famille à se réinstaller et à se protéger au motif qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve crédibles suffisants pour convaincre la SPR que la famille de la demanderesse principale ne pouvait pas se réinstaller sans elle.

[15] La SPR a conclu que la demanderesse principale n'a pas fourni de preuve claire et convaincante pour réfuter la présomption de protection de l'État. S'appuyant sur l'arrêt *Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636, la SPR a conclu que la preuve de l'insuffisance de la protection de l'État doit être digne de foi et probante, et montrer, selon la prépondérance des probabilités, que la protection de l'État est insuffisante. La SPR a également cité l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189 (C.A.) (QL), dans lequel la Cour d'appel a statué que la présomption n'est pas réfutée simplement parce que les efforts d'un État ne connaissent pas toujours du succès, plus particulièrement si l'État a le contrôle efficace de son territoire, qu'il possède des autorités militaires et civiles et une force policière et qu'il fait de sérieux efforts pour protéger ses citoyens.

[16] Après avoir cité l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, la SPR a conclu que les demandeurs d'asile doivent s'adresser à l'État pour obtenir sa protection dans les cas où la protection de l'État aurait pu raisonnablement être assurée. Renvoyant à la décision *Camacho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 830, elle a précisé qu'en l'absence d'une explication convaincante, le fait de ne pas solliciter la protection de l'État est souvent fatale si, dans l'État en question, le fonctionnement de la démocratie n'est pas remis en question et si cet État est disposé à assurer un certain degré de protection à ses citoyens et possède les ressources nécessaires pour le faire. La SPR a renvoyé à l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kadenko*, 1996 CanLII 3981 (C.A.F.), au paragraphe 5, pour énoncer le principe que ce fardeau est « proportionnel au degré de démocratie atteint chez l'État en cause : plus les institutions de l'État seront démocratiques, plus le revendicateur devra avoir cherché à épuiser les recours qui s'offrent à lui ».

[17] The RPD was not persuaded that police would not investigate, arrest, and prosecute the paramilitaries if the principal applicant had reported them and there had been sufficient evidence. The RPD did not accept that the disappearance of the children in 2003, after their mother sought protection, showed police would not help; nor did the RPD accept that police assisted paramilitaries in finding victims. The principal applicant did not provide credible evidence sufficient to demonstrate that the police were not acting on reports by her family.

[18] The RPD expressed scepticism as to whether the paramilitaries would be interested in the principal applicant even though (i) her PIF [Personal Information Form] narrative mostly addressed her brother's experience with the paramilitaries and (ii) years had passed since the paramilitaries targeted her brother. Nonetheless, the RPD accepted that the paramilitaries called the principal applicant's house in Bogota after attacking her brother's restaurant, that the paramilitaries were looking for the principal applicant in 2008 at her former home, and that the paramilitaries were still asking about her and her brother because they believed he and she were FARC militants and because he and she did not cooperate with the paramilitaries.

[19] The RPD held that Colombia's serious efforts to address crime and corruption outweighed evidence of human rights abuses by paramilitaries. Acknowledging the inconsistencies among the sources, the RPD found that the objective evidence demonstrated that there was adequate, albeit imperfect, state protection in Colombia for victims of crime. In support, the RPD listed Colombian institutions created to combat extortion and kidnapping. The RPD held that documentary evidence established that these efforts have been effective.

[17] La SPR n'était pas convaincue que la police n'aurait pas enquêté sur les actions des paramilitaires si la demanderesse principale les avait signalées, ni qu'elle n'aurait pas arrêté et poursuivi les agresseurs si la preuve avait été suffisante. La SPR n'a pas reconnu que la disparition des enfants en 2003, après que leur mère eut tenté d'obtenir de la protection, démontrait que la demanderesse ne pouvait compter sur l'aide de la police. Elle n'a pas non plus reconnu que la police aidait les forces paramilitaires à rechercher leurs victimes. La demanderesse principale n'a pas fourni suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour démontrer que la police ne donnait pas suite aux signalements faits par sa famille.

[18] La SPR a paru douter de la possibilité que les forces paramilitaires s'intéressent à la demanderesse principale alors que i) l'exposé circonstancié du FRP [Formulaire de renseignement personnel] de la demanderesse portait surtout sur l'expérience de son frère avec les forces paramilitaires; ii) plusieurs années s'étaient écoulées depuis que les forces paramilitaires avaient ciblé son frère. La SPR a néanmoins reconnu que les forces paramilitaires s'étaient rendues à la maison de la demanderesse principale à Bogotà après avoir attaqué le restaurant de son frère, qu'elles recherchaient la demanderesse principale en 2008 à son ancienne résidence et qu'elles se renseignaient encore à son sujet et au sujet de son frère parce qu'elles croyaient qu'ils soutenaient tous deux activement les FARC et refusaient de collaborer avec elles.

[19] La SPR a conclu que la Colombie faisait des efforts importants pour lutter contre la criminalité et la corruption et que ces efforts l'emportaient sur la preuve des violations des droits de la personne commises par les forces paramilitaires. Reconnaisant les incohérences entre les sources constituant la preuve documentaire, elle a conclu que la preuve objective démontrait qu'en Colombie, la protection offerte par l'État aux victimes d'actes criminels était adéquate, bien qu'imparfaite. Pour appuyer sa conclusion, la SPR a nommé quelques organismes colombiens de lutte contre l'extorsion et les enlèvements. Elle a conclu que la preuve documentaire établissait que ces efforts s'étaient révélés efficaces.

[20] The RPD found that the principal applicant's spouse and his son had no nexus to a Convention ground. Citing jurisprudence by this Court, the RPD held that fear of criminality did not provide a nexus.

[21] The RPD found that their risk was too generalized to make them persons in need of protection under section 97 of the IRPA. The RPD highlighted the principal applicant's spouse's testimony "that everybody is at risk of harm" and that "everybody is at risk" of mugging and robbing in Mexico and testimony by his son that "members of the drug cartel[s] grab any person" (decision, at paragraphs 49–50). Noting that the evidence shows many Mexicans are at risk of criminal violence, the RPD concluded that they faced "a generalized risk of robbery, drug activity and violence, which every person in Mexico faces" (decision, at paragraph 51).

V. Issues

[22] (1) Was the RPD's finding that the principal applicant had adequate and effective state protection in Colombia reasonable? (2) Was the RPD's finding that the principal applicant lacked subjective fear as she had not applied for refugee protection in the U.S. and had re-availed to Colombia reasonable? (3) Was the RPD's finding that the principal applicant's spouse and his son faced a generalized risk in Mexico reasonable?

[20] La SPR a conclu que la demande du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci n'avait aucun lien avec l'un des motifs prévus par la Convention. Après avoir cité quelques décisions de la Cour, elle a conclu que la crainte des actes criminels ne permettait pas d'établir un tel lien.

[21] La SPR a conclu que le risque auquel le conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci étaient exposés était trop général pour qu'ils soient considérés comme des personnes à protéger en vertu de l'article 97 de la LIPR. Elle s'est arrêtée au témoignage du conjoint de la demanderesse principale qui a affirmé que « tout le monde risque de subir un préjudice » et que, s'agissant des agressions et des vols au Mexique, « tout le monde est exposé à ce risque », de même qu'elle a cité le témoignage du fils du conjoint, selon qui « les membres des cartels de la drogue s'en prennent à n'importe qui » (aux paragraphes 49 et 50 de la décision). Faisant remarquer que la preuve indiquait que plusieurs Mexicains étaient exposés à un risque de violence criminelle, la SPR a conclu que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés « au risque généralisé d'être victimes de vol, d'activités liées aux stupéfiants et de violence, un risque auquel tout le monde est exposé au Mexique » (au paragraphe 51 de la décision).

V. Les questions en litige

[22] 1) La conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse principale avait accès à une protection de l'État adéquate et efficace en Colombie était-elle raisonnable? 2) La conclusion de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif parce qu'elle n'avait pas demandé l'asile aux États-Unis et s'était réclamée à nouveau de la protection de l'État en Colombie était-elle raisonnable? 3) La conclusion de la SPR selon laquelle le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique était-elle raisonnable?

VI. Relevant Legislative Provisions

[23] The following legislative provisions of the IRPA are relevant:

Convention
refugee

96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

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,

(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.

VI. Dispositions législatives pertinentes

[23] Les dispositions législatives suivantes de la LIPR sont pertinentes :

Définition de
« réfugié »

96. A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

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) 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.

VII. Position of the Parties

[24] The principal applicant submits that the RPD was unreasonable in finding that she lacked subjective fear because she did not claim asylum in the U.S. and returned to Colombia. The principal applicant concedes that the RPD may draw a negative inference from failure to claim refugee protection in a first safe country but contends this is not decisive. The principal applicant refers to *Gonzalez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1292, which required the RPD to “assess why there was delay in the application and why asylum was not sought at the first occasion” (at paragraph 13). The principal applicant claims that both her concern for her family and her inability to trust anyone else to relocate them justify re-availment. The principal applicant cites *Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 629 (C.A.), which held that a refugee regime does not exclude “brave or simply stupid persons in favour of those who are more timid or more intelligent” (page 632).

[25] According to the principal applicant, the finding that she had not rebutted the presumption of state protection was unreasonable. The principal applicant argues that democratic government does not necessarily establish adequate state protection.

[26] The principal applicant argues that the RPD made its state protection finding in a capricious and perverse manner. The principal applicant claims that the RPD failed to discuss specific evidence showing Colombia cannot protect personally targeted individuals. The principal applicant highlights a report by Dr. Marc Chernick, visiting associate professor at Georgetown University’s Centre for Latin American Studies, stating that Colombia, despite aggressive policies, cannot protect targeted individuals (Chernick report) and a letter from Amnesty International to similar effect.

VII. Position des parties

[24] La demanderesse principale soutient qu’il était déraisonnable pour la SPR de conclure que sa crainte n’avait pas de fondement subjectif parce qu’elle n’avait pas demandé l’asile aux États-Unis et qu’elle était retournée en Colombie. Elle reconnaît que la SPR pouvait tirer une conclusion défavorable de son omission de demander l’asile dans le premier pays sûr où elle est arrivée, mais elle fait valoir que ce fait ne saurait être déterminant. La demanderesse principale renvoie à la décision *Gonzalez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1292, selon laquelle la SPR doit « évaluer la raison pour laquelle il y a eu un retard à présenter une demande d’asile et la raison pour laquelle l’asile n’a pas été demandé à la première occasion » (au paragraphe 13). La demanderesse principale prétend c’est à cause de son inquiétude au sujet des membres de sa famille, ainsi que de son incapacité à faire confiance à quiconque pour les réinstaller qu’elle s’est réclamée de nouveau de la protection de la Colombie. Elle cite l’arrêt *Yusuf c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 C.F. 629, à la page 632, dans lequel la Cour d’appel fédérale a statué que le régime de protection des réfugiés n’excluait pas « les personnes courageuses ou simplement stupides au profit de celles qui sont plus timides ou plus intelligentes ».

[25] Selon la demanderesse principale, la conclusion suivant laquelle elle n’avait pas réfuté la présomption de protection de l’État était déraisonnable. Elle soutient qu’un gouvernement démocratique n’offre pas nécessairement une protection de l’État adéquate.

[26] La demanderesse principale fait valoir que la conclusion de SPR au sujet de la protection de l’État a été tirée de façon arbitraire et abusive. Elle allègue que la SPR n’a pas examiné certains éléments de preuve tendant à démontrer que la Colombie ne peut protéger les citoyens qui sont personnellement ciblés. La demanderesse principale fait état d’un rapport rédigé par M. Marc Chernick, professeur agrégé invité au centre des études latino-américaines de l’université de Georgetown, qui indique que la Colombie, malgré des politiques énergiques, ne peut pas protéger les personnes ciblées (le rapport Chernick), ainsi que d’une lettre d’Amnesty International qui va dans le même sens.

[27] While the principal applicant concedes that the RPD need not refer to every piece of evidence, she submits that the circumstances obliged the RPD to discuss this particular evidence. The principal applicant argues that the RPD failed to explain how it weighed evidence and why state initiatives against paramilitaries and guerillas establish state protection. The principal applicant cites *Cetinkaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 8, 403 F.T.R. 46, which holds that “the more significant a piece of evidence is, the more likely it is that a failure to make reference to it will result in a finding that the Decision was unreasonable, especially when it appears to be a marked contradiction to a finding of the RPD” (at paragraph 66).

[28] The principal applicant claims that the state protection analysis does not only ask if a state has a legislative and procedural framework to address abuses. Decision makers must also assess the capacity and will to effectively implement that framework.

[29] The principal applicant adds, citing *Gonsalves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 844, 73 Imm. L.R. (3d) 311, that refugee claimants “need not risk their lives in seeking [state] protection merely to demonstrate its ineffectiveness” (at paragraph 16).

[30] In respect of the claim of her spouse and his son, the principal applicant submits that the RPD did not conduct an individualized inquiry for two reasons. First, the RPD did not address whether his risk was personalized due to the time that he spent abroad from Mexico. Second, the RPD did not address whether the foreign nationality of his spouse, the principal applicant, would personalize his risk.

[31] The principal applicant also argues the RPD’s interpretation of subsection 97(1) of the IRPA errs in law by focusing on the reasons of persecution. The principal applicant relies on *Aguilar Zacarias v. Canada*

[27] La demanderesse principale reconnaît que la SPR n’est pas obligée de mentionner chaque élément de preuve, mais elle estime que, dans les circonstances, la SPR devait analyser ces éléments de preuve. Elle soutient que la SPR n’a pas expliqué comment elle avait apprécié la preuve ni pourquoi les initiatives de l’État pour lutter contre les forces paramilitaires et les guérilleros établissent que l’État protège ses citoyens. La demanderesse principale cite la décision *Cetinkaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 8, dans laquelle la Cour déclare que « plus un élément de preuve est important, plus il est probable que l’on conclura du fait que le tribunal n’en a pas fait mention que sa décision est déraisonnable, en particulier lorsqu’il y a une contradiction marquée avec l’une de ses conclusions » (au paragraphe 66).

[28] La demanderesse principale allègue que dans l’analyse relative à la protection de l’État, le décideur ne doit pas seulement se demander si l’État dispose d’un cadre législatif et procédural qui lui permet de lutter contre les abus. Le décideur doit également vérifier si l’État a la capacité et la volonté d’en mettre les dispositions en œuvre.

[29] Citant la décision *Gonsalves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 844, au paragraphe 16, la demanderesse principale ajoute que le demandeur d’asile « ne doit pas mettre sa vie en danger en sollicitant la protection [de l’État] simplement pour démontrer son inefficacité ».

[30] En ce qui a trait à la demande d’asile de son conjoint et du fils de celui-ci, la demanderesse principale soutient que la SPR n’a pas procédé à un examen individualisé pour deux raisons. Premièrement, la SPR ne s’est pas demandé si le risque auquel son conjoint était exposé était personnalisé, et ce, à cause du temps que celui-ci a passé à l’étranger. Deuxièmement, la SPR ne s’est pas demandé si la nationalité étrangère de la demanderesse principale, sa conjointe, avait pour effet de personnaliser le risque.

[31] La demanderesse principale fait également valoir que la SPR a commis une erreur de droit dans son interprétation du paragraphe 97(1) de la LIPR en se concentrant sur les motifs liés à la persécution. Elle

(*Citizenship and Immigration*), 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187 [*Zacarias*], which did not accept that a claimant specifically and repeatedly targeted by criminals had general risk. The principal applicant submits that generalized risk only exists in extreme situations like disasters affecting all inhabitants of a country.

[32] The respondent submits that a central aspect of the RPD's state protection finding was that the principal applicant had not established that she had been directly or personally targeted by the paramilitaries. On this basis, according to the respondent, the RPD concluded that state protection for the principal applicant would be adequate. Citing *Castro Nino v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 506, the respondent argues that the RDP may reasonably distinguish direct and indirect targets of violence in making a state protection finding. In this context, a direct target would be a person who has been personally targeted by a violent group (in this case, the principal applicant's brother) and a person who has been indirectly targeted because they have some relationship to a direct target.

[33] The respondent argues that the RPD was not obliged to expressly address the documentary evidence adduced by the principal applicant, in particular, the Chernick report. The respondent argues that the Chernick report addresses the risks of individuals who were directly targeted by the paramilitaries. Since the RPD considered the principal applicant to be only an indirect target of the paramilitaries, the Chernick report did not bear on her personal circumstances and the RDP was not obliged to analyse it. The respondent cites *Serda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 356 for the proposition that the RPD's obligation to discuss particular evidence is proportionate to how directly related that evidence is to the personal situation of an applicant.

s'appuie sur la décision *Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62 [*Zacarias*], dans laquelle la Cour n'a pas retenu l'argument voulant qu'un demandeur expressément et fréquemment pris pour cible était exposé à un risque généralisé. Selon elle, le risque généralisé n'existe que dans les cas extrêmes, p. ex. lorsqu'une catastrophe touche tous les habitants d'un pays.

[32] Selon le défendeur, l'un des principaux éléments de la conclusion de la SPR quant à la protection de l'État est que la demanderesse principale n'a pas établi que les forces paramilitaires la ciblaient directement ou personnellement. Il affirme que la SPR a de ce fait conclu que la demanderesse principale bénéficierait d'une protection de l'État adéquate. Il s'appuie sur la décision *Castro Nino c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 506, pour faire valoir qu'il est raisonnable pour la SPR d'établir une distinction entre les victimes de violence directement et indirectement prises pour cibles lorsqu'elle tire une conclusion relative à la protection de l'État. Ainsi, la cible directe serait la personne visée personnellement par un groupe violent (en l'espèce, le frère de la demanderesse principale) et la cible indirecte serait visée en raison de la relation qu'elle pourrait avoir avec la cible directe.

[33] Le défendeur soutient que la SPR n'était pas tenue de mentionner expressément les éléments de preuve documentaire présentés par la demanderesse principale, et plus particulièrement, le rapport Chernick. Le défendeur fait valoir que le rapport Chernick aborde la question des risques auxquels sont exposées les personnes directement ciblées par les forces paramilitaires. Puisque la SPR a estimé que la demanderesse principale n'était qu'une cible indirecte des forces paramilitaires, le rapport Chernick ne concernait pas sa situation personnelle et la SPR n'était pas tenue de l'analyser. Le défendeur cite la décision *Serda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 356, à l'appui de la proposition suivant laquelle l'obligation de la SPR d'analyser un élément de preuve en particulier est proportionnelle à la mesure dans laquelle cet élément est directement lié à la situation personnelle du demandeur.

[34] The respondent contends that the RPD's analysis of the principal applicant's delay in claiming refugee protection and her re-availment was reasonable. Citing *Ortiz Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1346, the respondent argues that re-availment, in the absence of compelling circumstances, "typically suggests an absence of risk or a lack of subjective fear of persecution" (at paragraph 8). It was also reasonable to find that the nine years the principal applicant spent in the U.S. also detracted from her subjective fear. The respondent cites *Garavito Olaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 913 for the propositions that (i) delay in filing a refugee protection claim "can be fatal to an applicant's claim" absent a satisfactory explanation and (ii) the mere fact that the applicants had one relative in Canada is insufficient to overcome a failure to apply earlier in another country (at paragraphs 53–54).

[35] The respondent submits that the risk of the principal applicant's spouse and his son is generalized and outside the scope of paragraph 97(1)(b) of the IRPA. The respondent argues that they did not show that they had been targeted or faced prospective risk beyond that of Mexicans generally. The respondent refers to *Trigueros Ayala v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 183, for the principle that "[w]here a portion, not necessarily a majority, of the population is subjected to threats of extortion and violence, the evidence must demonstrate that the Applicants have experienced something that is beyond what has been experienced by the population that is otherwise subjected to such threats" (at paragraph 8).

[36] In response to submissions that the risk in the present case is higher due to the fact that the principal applicant's spouse and his son had been out of Mexico for a long time and that his wife is foreign, the respondent submits that their testimony indicated that the basis of their fear was generalized risk.

[34] Le défendeur soutient que l'analyse de la SPR relative au retard de la demanderesse principale à demander l'asile et au fait de s'être réclamée de nouveau de la protection de l'État en Colombie était raisonnable. Citant la décision *Ortiz Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1346, il fait valoir qu'en l'absence de circonstances impérieuses, le fait de solliciter à nouveau la protection de l'État « tend habituellement à indiquer une absence de risque ou une absence de crainte subjective de persécution » (au paragraphe 8). Il était aussi raisonnable pour la SPR de conclure que les neuf années que la demanderesse principale a passées aux États-Unis discréditaient sa crainte subjective. Il cite également la décision *Garavito Olaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 913, pour affirmer que i) lorsqu'une personne n'est pas en mesure d'expliquer sa lenteur à présenter une demande d'asile, « celle-ci peut être déclarée irrecevable », et que ii) le simple fait que les demandeurs aient un parent installé au Canada ne permet pas de passer sur le fait qu'ils n'ont pas demandé l'asile plutôt dans un autre pays (aux paragraphes 53 et 54).

[35] Le défendeur fait valoir que le risque auquel le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci sont exposés est un risque généralisé qui échappe à l'application de l'alinéa 97(1)(b) de la LIPR. Le défendeur soutient que ces derniers n'ont pas démontré qu'ils avaient été ciblés ou qu'ils étaient exposés à un risque prospectif plus grand que celui auquel les Mexicains sont exposés en général. Le défendeur renvoie à la décision *Trigueros Ayala c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 183, pour illustrer le principe selon lequel « [l]orsqu'une partie de la population — et non pas nécessairement la majorité — est victime de menaces d'extorsion et de violence, la preuve doit démontrer que les demandeurs ont été victimes de gestes plus graves que les menaces auxquelles la population en général est par ailleurs exposée » (au paragraphe 8).

[36] En réponse à l'argument voulant que le risque en l'espèce soit plus élevé parce que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci ont quitté le Mexique depuis longtemps et que la demanderesse principale est une étrangère, le défendeur prétend qu'il ressort des témoignages que ceux-ci ont offert que leur crainte est fondée sur un risque généralisé.

VIII. Analysis

[37] Whether the principal applicant has adequate state protection in Colombia is a question of fact reviewable on a reasonableness standard (*Yang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 930). This standard also applies to the RPD's findings on subjective fear (*Fonnoll v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1461, 3 Imm. L.R. (4th) 112) and generalized risk (*Samuel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 973).

[38] Under this standard, this Court may only intervene if the RPD's reasons are not justified, transparent or intelligible. To be reasonable, decisions must be in the "range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

- (1) Was the RPD's finding that the principal applicant had adequate and effective state protection in Colombia reasonable?

[39] To rebut the presumption of state protection, applicants must bring clear, convincing, reliable, and probative evidence that demonstrates, on a balance of probabilities, that Colombia cannot provide adequate state protection (*Carrillo*, above, at paragraph 30).

[40] A reasonable state protection assessment distinguishes willingness to protect from ability to protect. *Kovacs v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1003, has held that evidence of improvement and progress does not necessarily equate with effective protection and that "changes [must] have been effectively implemented in practice" (at paragraphs 64 and 66).

[41] The principal applicant submitted clear and convincing reports from reliable sources that appear to

VIII. Analyse

[37] La question de savoir si la demanderesse principale peut se prévaloir d'une protection de l'État adéquate en Colombie est une question de fait susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité (*Yang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 930). Cette norme s'applique également aux conclusions de la SPR au sujet de la crainte subjective (*Fonnoll c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1461) et du risque généralisé (*Samuel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 973).

[38] Suivant cette norme, la Cour peut uniquement intervenir si les motifs de la SPR ne sont pas justifiés, transparents ou intelligibles. Pour qu'une décision soit raisonnable, elle doit appartenir « 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, au paragraphe 47).

- 1) La conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse principale avait accès à une protection de l'État adéquate et efficace en Colombie était-elle raisonnable?

[39] Pour réfuter la présomption de la protection de l'État, le demandeur d'asile doit, par une preuve claire, convaincante, digne de foi et probante, démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la Colombie ne peut assurer une protection adéquate (*Carrillo*, précité, au paragraphe 30).

[40] Le décideur qui procède à une évaluation raisonnable de la protection de l'État établit une distinction entre la volonté d'assurer une protection et la capacité de le faire. Dans la décision *Kovacs c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1003, la Cour a statué que la preuve de l'amélioration de la situation et des progrès réalisés par l'État ne veut pas nécessairement dire qu'il existe une protection efficace et que « les changements [devaient avoir été] mis en œuvre de façon efficace dans la pratique » (aux paragraphes 64 et 66).

[41] La demanderesse principale a présenté des rapports clairs et convaincants provenant de sources dignes

demonstrate, on a balance of probabilities, that Colombia cannot protect those who have been targeted by paramilitaries. A Canadian Council for Refugees (CCR) report states that paramilitaries can “track people down” throughout Colombia, that “citizens forced to return to their country are likely to be immediately noticed by the Colombian information system and civil society”, and that there are “no reliable protection programs” for “ordinary citizens” (tribunal record (TR), at pages 600 and 611). A report by Dr. Chernick, describes the rearmament of paramilitaries and states unequivocally that, despite government policy, Colombia cannot protect “individuals threatened with kidnapping, extortion or extra-judicial assassination” (TR, paragraph 8, at page 551). Amnesty International (AI) claims that while “authorities are still attempting to paint a positive picture”, successor groups to paramilitaries can “pursue victims throughout [Colombia and] may do so where the individual is of particular interest” and are “close[ly] coordinat[ed] with police and security forces” (TR, at pages 574, 580 and 576). AI notes that the “vast majority of human rights abuses are characterized by complete impunity” (TR, at page 581).

[42] A Human Rights Watch report that was not included in the tribunal record but was part of the National Documentation Package (NDP) considered by the RPD also concludes that Colombia protects certain vulnerable groups but not “former [paramilitary] victims seeking to assert their rights. Nor does it provide protection or assistance to the many ordinary Colombians who are now being threatened or attacked by the successor groups” (Human Rights Watch, *Paramilitaries’ Heirs: The New Face of Violence in Colombia* (New York: Human Rights Watch, 2010, at page 107). A Response to Information Request COL103286.E, dated 23 February 2010, in the NDP also gives evidence of inadequate state protection against paramilitaries. Only one expert consulted in COL103286.E said protection was adequate; according to a subsequent interview with the

de foi, lesquels semblent démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la Colombie ne peut protéger les personnes ciblées par les forces paramilitaires. Selon un rapport du Conseil canadien pour les réfugiés (CCR), les forces paramilitaires sont capables de [TRADUCTION] « retracer quelqu’un » partout en Colombie, les [TRADUCTION] « citoyens forcés d’y retourner risquent d’être immédiatement repérés par le système d’information et la société civile du pays », et il n’existe [TRADUCTION] « aucun programme de protection fiable » destiné [TRADUCTION] « aux citoyens ordinaires » (dossier du tribunal (DT), aux pages 600 et 611). Dans son rapport, M. Chernick traite du réarmement des forces paramilitaires et affirme sans équivoque que, malgré ses politiques gouvernementales, la Colombie ne peut protéger les [TRADUCTION] « personnes menacées d’enlèvement, d’extorsion ou d’assassinat extrajudiciaire » (DT, paragraphe 8, à la page 551). Amnesty International (AI) affirme quant à elle que, même si [TRADUCTION] « les autorités tentent toujours de décrire la situation de façon favorable », les groupes qui succèdent aux forces paramilitaires peuvent [TRADUCTION] « poursuivre leurs victimes partout [en Colombie], surtout s’ils sont particulièrement intéressés par la personne », et que ces groupes sont [TRADUCTION] « étroitement liés à la police et aux forces de sécurité » (DT, aux pages 574, 580 et 576). Amnesty International (AI) souligne que [TRADUCTION] « de façon générale, la grande majorité des violations des droits de la personne sont commises en toute impunité » (DT, à la page 581).

[42] Suivant un rapport de Human Rights Watch non versé au dossier du tribunal, mais faisant partie du Cartable national de documentation [CND] examiné par la SPR, la Colombie protège certains groupes vulnérables, mais non [TRADUCTION] « les anciennes victimes [des forces paramilitaires] cherchant à faire valoir leurs droits. La Colombie n’offre pas non plus de protection ou d’assistance aux nombreux Colombiens ordinaires qui sont maintenant menacés ou attaqués par les groupes qui ont remplacé les forces paramilitaires » (Human Rights Watch, *Paramilitaries’ Heirs : The New Face of Violence in Colombia*, New York, Human Rights Watch, 2010, à la page 107). Une Réponse à la demande d’information, COL103286.EF, datée du 23 février 2010 et contenue au CDN, témoigne de l’insuffisance de la protection de l’État contre les forces paramilitaires. Un

CCR, he admitted he was “not a reliable source [on internal conflict, a point he made] clear to the IRB” (TR, at page 613).

[43] It was not reasonable to find that Colombia’s anti-criminality efforts outweigh evidence of human rights violations by paramilitaries. The RPD claims it weighed country conditions evidence in finding that adequate and effective state protection exists (decision, at paragraphe 32):

The Board recognizes that there are some inconsistencies among several sources within the documentary evidence; however, the preponderance of the objective evidence regarding current country conditions suggests that, although not perfect, there is an adequate state protection in Colombia for victims of crime, that Colombia is making serious efforts to address the problem of criminality, and that the police are both willing and able to protect victims. The evidence also suggests that the state’s efforts addressing the problem of criminality have been effective.

[44] The preponderance of evidence in the record and the NDP suggests otherwise; that Colombia cannot effectively protect those who are targets of paramilitaries.

[45] Some evidence shows that paramilitaries involved in kidnapping and extortion have been arrested, that kidnappings and extortion has decreased, and that there has been success in demobilizing paramilitaries. A lukewarm report by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) states that government efforts against paramilitaries “have achieved positive results” but adds that Colombia “need[s] to re-double preventative mechanisms for population at risk” (TR, at page 529).

[46] Evidence of improvement cited by the RPD does not fully embrace the particular situation of the

seul des experts cités dans le document COL103286.EF a indiqué que cette protection était suffisante. À l’occasion d’une entrevue ultérieure avec le CCR, cet expert a reconnu qu’il n’était pas [TRADUCTION] « une source digne de foi [au sujet du conflit interne, un point qu’il a fait valoir] de façon claire à la CISR » (DT, à la page 613).

[43] Il n’était pas raisonnable pour la SPR de conclure que les efforts de la Colombie pour lutter contre la criminalité l’emportaient sur la preuve des violations des droits de la personne commises par les forces paramilitaires. La SPR soutient qu’elle a apprécié la preuve sur la situation du pays avant de conclure à l’existence d’une protection de l’État adéquate et efficace (décision, au paragraphe 32) :

La Commission reconnaît que la preuve documentaire, constituée à partir de différentes sources, comporte certaines incohérences; toutefois, la prépondérance des éléments de preuve objectifs qui traitent des conditions actuelles en Colombie donne à penser que la protection offerte par l’État aux victimes d’actes criminels y est adéquate, même si elle n’est pas parfaite, que la Colombie s’efforce sérieusement d’enrayer les problèmes de criminalité et que les policiers sont prêts à aider les victimes et capables de le faire. En outre, il ressort de la preuve que les efforts faits par l’État pour s’attaquer aux problèmes de criminalité se sont avérés efficaces.

[44] La preuve prépondérante versée au dossier et le CND tendent à indiquer le contraire : la Colombie ne peut pas protéger de façon efficace les personnes ciblées par les forces paramilitaires.

[45] Certains éléments de preuve indiquent que des paramilitaires ayant participé à des enlèvements et à des activités d’extorsion ont été arrêtés, que le nombre de cas d’enlèvement et d’extorsion a diminué et que la démobilisation des forces paramilitaires a progressé. Dans un rapport mitigé du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), il appert que [TRADUCTION] « les efforts du gouvernement pour lutter contre les forces paramilitaires se sont soldés par des résultats positifs », mais que la Colombie [TRADUCTION] « doit multiplier les mécanismes de prévention pour la population à risque » (DT, à la page 529).

[46] La preuve relative à l’amélioration de la situation citée par la SPR ne vise pas vraiment la situation

principal applicant. Evidence of demobilization and decreased extortion and kidnapping rates demonstrates success in curbing paramilitaries but does not specifically ask if persons who have been targeted by paramilitaries have effective protection. The materials noted in paragraphs 41 and 42 above, however, address this very issue; they strongly suggest Colombia cannot protect paramilitary targets.

[47] In the present case, the RPD's state protection finding is unreasonable as it did not weigh the documentary evidence with consideration to the principal applicant's particular situation. Although there is some inconsistency in the evidence as to the success of the Colombian government in demobilizing the paramilitaries, the evidence was consistent on the question that the RPD should have been asking in weighing the evidence: "Can Colombia protect a person who has been targeted by paramilitaries?"

[48] Instead, the RPD infers state protection for the principal applicant from evidence of efforts to curb the paramilitaries generally. This strategy recalls *Cervenakova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 525, 10 Imm. L.R. (4th) 73, where this Court found that the RPD was unreasonable in weighing the evidence by "search[ing] desperately for any sign of operational adequacy in a generally bleak situation and call[ing] this 'real progress' and 'some success' and 'serious action'" (at paragraph 74).

[49] The record indicates that the principal applicant's family sought state protection. The RPD did not dispute the credibility of the principal applicant's statement that her brother complained to the judicial crown attorney.

[50] The respondent takes the position that the RPD made a reasonable finding that the principal applicant had adequate and effective state protection as a person

particulière dans laquelle se trouve la demanderesse principale. Les documents faisant état de la démobilisation et de la diminution des cas d'extorsion et d'enlèvement démontrent que l'État a réussi à freiner les forces paramilitaires, mais ils ne portent pas expressément sur la question de savoir si les personnes ciblées par les forces paramilitaires bénéficient d'une protection efficace. Cependant, les documents mentionnés aux paragraphes 41 et 42 ci-dessus portent précisément sur cette question et ils donnent fortement à penser que la Colombie ne peut protéger les personnes ciblées par les forces paramilitaires.

[47] En l'espèce, la conclusion tirée par la SPR relativement à la protection de l'État est déraisonnable parce que la SPR n'a pas apprécié la preuve documentaire en fonction de la situation particulière de la demanderesse principale. Certes, la preuve relative au succès des efforts entrepris par le gouvernement colombien pour démobiliser les forces paramilitaires comportait certaines incohérences, mais la preuve portant sur la question qu'aurait dû poser la SPR dans son analyse : « La Colombie peut-elle protéger une personne qui a été ciblée par les forces paramilitaires? » était quant à elle cohérente.

[48] La SPR a plutôt inféré de la preuve relative aux efforts entrepris pour freiner les forces paramilitaires en général que la demanderesse principale pouvait se prévaloir de la protection de l'État. Cette façon de faire rappelle la décision *Cervenakova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 525, dans laquelle la Cour a conclu que la SPR avait apprécié les éléments de preuve de façon déraisonnable en « cherch[ant] désespérément le moindre signe de caractère satisfaisant des efforts concrets dans le contexte d'une situation très sombre, et [en] appel[ant] cela "de réels progrès", "des progrès" et "des mesures rigoureuses" » (au paragraphe 74).

[49] Le dossier indique que la famille de la demanderesse principale a sollicité la protection de l'État. La SPR n'a pas mis en doute la crédibilité de la déclaration de la demanderesse principale selon laquelle son frère s'est plaint au procureur du ministère public.

[50] Selon le défendeur, la SPR a raisonnablement conclu que la demanderesse principale avait accès à une protection de l'État adéquate et efficace, étant donné

who was not a direct target of the paramilitaries (respondent's further memorandum of argument on judicial review, at paragraph 4):

The central aspect of the Board's state protection finding was that, since the Applicant had not established that she had been personally targeted by the paramilitaries, state protection would be adequate for her, as it was for her mother, son and sister. While the issue would be very different for someone who have been personally targeted, the Board's finding was based on the specific facts before it, and was not unreasonable.

[51] With respect, this interpretation asks the Court to take a Procrustean approach to the RPD's reasons—stretching what the RPD actually said to fit the jurisprudence as stated in *Castro Nino*, above. In this case, the approach advanced by the respondent would stretch the RDP's reasons to the point of distortion.

[52] Closer review of the RDP's decision shows that the RPD queried whether the principal applicant had been targeted directly by the paramilitaries but ultimately determined that she had been personally targeted by the paramilitaries and that Colombia could offer her state protection in these circumstances (RDP decision, at paragraphs 29–30):

When asked why any paramilitary group would be interested in her when she mainly writes in her PIF narrative about the problems her brother had in Colombia, Maria indicated that she is her brother's family member and if she had not fled Colombia, she may have had problems. Maria went on to say that the paramilitary groups may not have been demobilized in Colombia. When asked why any paramilitary group would be interested in her today, many years after the incidents of 1999, Maria stated that the paramilitaries do not forget; they have lists of people that they look for; and they feel that she and her family members are militants of the guerillas. Maria explained that the paramilitaries do not forget; they have lists of people that they look for; and they feel that she and her family members are militants of the guerillas. Maria explained that the paramilitaries are still asking about her and her brother because she and her brother did not obey them or deal with them and the paramilitaries want more space on a political level. Maria testified that she does not believe police would help her if she were to return to Bogota, Colombia and had problems with the paramilitaries

qu'elle n'était pas directement ciblée par les forces paramilitaires (mémoire des arguments supplémentaires du défendeur dans le cadre du contrôle judiciaire, au paragraphe 4) :

L'élément principal de la conclusion de la Commission relativement à la protection de l'État était que, puisque la demanderesse n'avait pas établi que les forces paramilitaires la ciblaient personnellement, elle pourrait bénéficier d'une protection de l'État suffisante, à l'instar de sa mère, de son fils et de sa sœur. Bien que la question soit très différente dans le cas d'une personne ciblée personnellement, la conclusion de la Commission était fondée sur les faits précis dont elle disposait et n'était pas déraisonnable

[51] En toute déférence, cette interprétation invite la Cour à adopter une approche digne de Procuste à l'égard des motifs de la SPR, car elle force le sens de ce que la SPR a réellement dit pour que les motifs qu'elle a exposés soient conformes à la position adoptée par la Cour dans la décision *Castro Nino*, précitée. En l'espèce, l'approche préconisée par le défendeur forcerait le sens des motifs de la SPR au point de les dénaturer.

[52] Il ressort d'un examen attentif de la décision de la SPR que celle-ci s'est demandé si les forces paramilitaires avaient directement ciblé la demanderesse principale, mais qu'elle a finalement conclu que celle-ci avait été ciblée personnellement et que la Colombie pouvait lui offrir sa protection dans les circonstances (décision de la SPR, aux paragraphes 29 et 30) :

Questionnée à savoir pourquoi un groupe paramilitaire s'intéresserait à elle alors que dans l'exposé circonstancié contenu dans son FRP, il est surtout question des problèmes que son frère a connus en Colombie, [Maria] a indiqué qu'elle fait partie de la famille de son frère et que, si elle n'avait pas fui la Colombie, elle aurait pu avoir des problèmes. [Maria] a ajouté que les groupes paramilitaires n'ont pas été démobilisés en Colombie. Tenue d'expliquer pourquoi un groupe paramilitaire s'intéresserait à elle aujourd'hui, nombre d'années après les incidents de 1999, [Maria] a répondu que les forces paramilitaires n'oublient pas : elles ont des listes des personnes qu'elles recherchent et elles croient que les membres de sa famille et elle soutiennent activement les guérilleros. [Maria] a expliqué que des membres des forces paramilitaires s'informent encore à son sujet et au sujet de son frère parce que son frère et elle ne leur ont pas obéi et ont refusé de traiter avec eux et que les forces paramilitaires veulent une plus grande place sur la scène politique. [Maria] a affirmé qu'elle ne croit pas que la police l'aiderait si elle retournait à [Maria] et que les forces paramilitaires lui causaient des ennuis,

because Julio's mother sought the help of police for years and his family members have disappeared. Maria went on to indicate that she thinks police make it easier for paramilitaries to find their victims.

I find that Maria has failed to rebut the presumption of state protection with clear and convincing evidence. I am not persuaded that police would not investigate all of Maria's allegations if she was to report them. I am also not persuaded that police would not arrest and prosecute all of Maria's assailants if there was sufficient evidence. [Emphasis added.]

[53] The foregoing demonstrates that the RPD found that (i) the paramilitary groups were the principal applicant's "assailants" and, (ii) notwithstanding this, that the principal applicant had effective and adequate protection.

[54] The respondent's argument relies on a misinterpretation of the RPD's reasons. The RPD's finding that Colombia could provide adequate and effective state protection to the principal applicant even though she had been personally targeted by the paramilitaries is inconsistent with the interpretation advanced by the respondent—that state protection was available because the principal applicant was not an indirect target.

[55] The respondent asks this Court to take the latter interpretation because the RPD asked why the principal applicant believed the paramilitaries were interested in her when her PIF mostly discussed her brother's problems. The RPD, however, did not dispute the principal applicant's evidence of personal targeting and ultimately determined that she had adequate and effective state protection even though she had been personally targeted. Consequently, the reasons of the RPD cannot support this inference and the respondent's argument on this ground fails.

[56] The undersigned member of this Court recognizes that "[r]easons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the

parce que la mère de [Maria] a demandé l'aide de la police pendant des années et que des membres de leur famille ont disparu. [Maria] a ajouté qu'elle croit que la police facilite la tâche des forces paramilitaires quand elles recherchent leurs victimes.

J'estime que [Maria] n'a pas réfuté la présomption de protection de l'État au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants. Je ne suis pas convaincue que la police n'enquêterait pas sur l'ensemble des allégations de [Maria] si cette dernière lui signalait les incidents. Je ne suis pas non plus convaincue que la police n'arrêterait pas les agresseurs de [Maria] et ne les poursuivrait pas si la preuve était suffisante. [Non souligné dans l'original.]

[53] Le passage qui précède démontre que la SPR a conclu que i) les groupes paramilitaires étaient les « agresseurs » de la demanderesse principale, et que, ii) malgré cela, la demanderesse principale pouvait se prévaloir d'une protection de l'État efficace et adéquate.

[54] L'argument du défendeur repose sur une interprétation erronée des motifs de la SPR. La conclusion de la SPR suivant laquelle la Colombie pouvait offrir une protection adéquate et efficace à la demanderesse principale, malgré le fait que les forces paramilitaires l'avaient personnellement ciblée, est incompatible avec l'interprétation avancée par le défendeur selon laquelle la demanderesse pouvait se prévaloir de la protection de l'État parce qu'elle n'était pas une cible indirecte.

[55] Le défendeur demande à la Cour d'adopter cette dernière interprétation parce que la SPR s'est demandé pourquoi la demanderesse principale croyait que les forces paramilitaires s'intéresseraient à elle alors qu'il était surtout question dans son FRP des problèmes de son frère. Or, la SPR n'a pas mis en doute les éléments de preuve de la demanderesse principale selon lesquels elle était personnellement ciblée et elle a conclu en définitive que la demanderesse principale pouvait se prévaloir d'une protection de l'État adéquate et efficace même si elle avait été ciblée personnellement. Par conséquent, les motifs de la SPR ne sauraient étayer cette conclusion et l'argument du défendeur fondé sur ce motif est rejeté.

[56] Je reconnais qu'« [i]l se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge

reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16). In this case, however, not only did the RPD fail to make a finding on the respondent’s argument—it also came to a finding that is essentially inconsistent with the notion that the principal applicant was not a direct target.

- (2) Was the RPD’s finding that the principal applicant lacked subjective fear as she had not applied for refugee protection in the U.S. and had re-availed to Colombia reasonable?

[57] Delay in claiming refugee protection is not itself a “decisive factor” but is something decision makers may “take into account in assessing both the statements and the actions and deeds of a claimant” (*Huerta v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (F.C.A.), at paragraph 4). A decision maker must “consider the explanations offered by the respondent for the delay in filing a refugee claim” (*Ruiz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 258, at paragraph 57).

[58] Decision makers may consider re-availment in assessing fear of persecution but must consider an explanation that a claimant who re-availed offers (*Sanchez Hernandez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 197, at paragraph 21).

[59] The RPD rejected the principal applicant’s claim that she did not seek asylum in the U.S. as it was too late to apply by the time she decided to claim. The RPD reasoned that if she “was genuinely fearful of returning to Colombia, she would have made an attempt to normalize her status” (RPD decision, at paragraph 18). In respect of her claim that she returned to Colombia to relocate her family, the RPD found that “[i]nsufficient credible evidence was presented to indicate that Maria’s

siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l’analyse du caractère raisonnable de la décision » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16). En l’espèce, toutefois, la SPR a non seulement omis de tirer une conclusion répondant à l’argument du défendeur, mais elle est arrivée à une conclusion qui est essentiellement incompatible avec l’idée que la demanderesse principale n’était pas directement ciblée.

- 2) La conclusion de la SPR selon laquelle la crainte de la demanderesse principale n’avait pas de fondement subjectif parce qu’elle n’avait pas demandé l’asile aux États-Unis et s’était réclamée à nouveau de la protection de l’État en Colombie était-elle raisonnable?

[57] Le retard à présenter une demande d’asile n’est pas en soi un « facteur déterminant », mais il s’agit d’un élément dont le décideur « peut tenir compte pour apprécier les dires ainsi que les faits et gestes d’un revendicateur » (*Huerta c. Canada (Ministre de l’Emploi et l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 271 (C.A.) (QL), au paragraphe 4). Le décideur « doit tenir compte des explications données par le défendeur du retard du dépôt d’une demande d’asile » (*Ruiz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 258, au paragraphe 57).

[58] Dans son analyse de la crainte de persécution, le décideur peut tenir compte du fait que le demandeur d’asile s’est réclamé à nouveau de la protection de l’État, mais il doit tenir compte de l’explication donnée par le demandeur d’asile à cet égard (*Sanchez Hernandez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 197, au paragraphe 21).

[59] La SPR a rejeté la prétention de la demanderesse principale voulant qu’elle n’ait pas demandé l’asile aux États-Unis parce qu’il était trop tard lorsqu’elle s’est décidée à présenter sa demande. Selon la SPR, si la demanderesse principale « avait vraiment craint de retourner en Colombie, elle aurait tenté de régulariser son titre » (décision de la SPR, au paragraphe 18). Quant à sa prétention selon laquelle elle était retournée en Colombie pour réinstaller sa famille, la SPR a conclu

family members could not have been relocated in Colombia without Maria returning” (RPD decision, at paragraph 21).

[60] In *Shanmugarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1992 CarswellNat 822, [1992] F.C.J. No. 583 (C.A.) (QL), the Federal Court of Appeal stated [at paragraph 3] that “it is almost always foolhardy for a Board in a refugee case, where there is no general issue as to credibility, to make the assertion that the claimants had no subjective element in their fear”. This Court has arrived at a similar conclusion in *Camargo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1434 and *Sukhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 427.

[61] While failure to claim asylum in the U.S., despite living there for nine years, is troubling, the RPD did not dispute the principal applicant’s general credibility. Consequently, this Court presumes the principal applicant’s testimony was credible (*Sukhu*, above, at paragraph 26).

[62] Given that the RPD did not make a general negative credibility finding, its decision that the principal applicant lacked subjective fear is not reasonable. In *Sukhu*, above, Justice Yves de Montigny described the cognitive dissonance arising if decision makers accept testimony as to persecution but simultaneously find an applicant lacks subjective fear [at paragraph 27]:

If the Board member wanted to impugn the credibility of the applicants, he had to say so explicitly and to provide an explanation. In the absence of such a finding, it is difficult to understand why the Board member came to the conclusion that the applicants’ fears were not subjectively well founded. If he accepts that the female applicant has been twice sexually assaulted, how could she not have a subjective fear to return to the location of her aggressors, in a country where the authorities are unwilling and/or incapable to protect her?

qu’« [i]l n’a pas été établi au moyen d’éléments de preuve crédibles suffisants que les membres de la famille de [Maria] n’auraient pas pu se réinstaller en Colombie sans que [Maria] n’y retourne » (décision de la SPR, au paragraphe 21).

[60] Dans l’arrêt *Shanmugarajah c. Canada (Ministre de l’Emploi et l’Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 583 (C.A.) (QL), la Cour d’appel fédérale a déclaré [au paragraphe 3] qu’« il est presque toujours téméraire pour une Commission, dans une affaire de réfugié où aucune question générale de crédibilité ne se pose, d’affirmer qu’il n’existe aucun élément subjectif de crainte de la part du demandeur ». Notre Cour a tiré une conclusion semblable dans la décision *Camargo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1434, et dans la décision *Sukhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 427.

[61] Il est certes troublant que la demanderesse principale n’ait pas demandé l’asile aux États-Unis, bien qu’elle y ait vécu pendant neuf ans, mais la SPR n’a pas mis en doute sa crédibilité générale. Par conséquent, la Cour présume que le témoignage de la demanderesse principale était crédible (*Sukhu*, précitée, au paragraphe 26).

[62] Étant donné que la SPR n’a pas tiré de conclusion défavorable quant à la crédibilité générale de la demanderesse principale, il n’est pas raisonnable qu’elle ait conclu que sa crainte n’avait pas de fondement subjectif. Dans la décision *Sukhu*, précitée, le juge Yves de Montigny a décrit le problème cognitif qui se pose lorsqu’un décideur accepte le témoignage d’un demandeur au sujet de la persécution à laquelle celui-ci est exposé tout en concluant que sa crainte n’a pas de fondement subjectif [au paragraphe 27] :

Si le commissaire voulait mettre en doute la crédibilité des demandeurs, il devait le dire explicitement et s’en expliquer. En l’absence d’une telle conclusion, il est difficile de comprendre pourquoi il a fini par conclure que les craintes des demandeurs n’avaient pas de fondement subjectif. S’il admet que la demanderesse a été deux fois victime d’une agression sexuelle, comment ne pouvait-elle pas avoir une crainte subjective de retourner vers l’endroit où vivent ses agresseurs, dans un pays où les autorités ne veulent pas et/ou ne peuvent pas la protéger?

[63] The RPD did not dispute the principal applicant's credibility as to whether paramilitaries had attacked and continued to threaten her family; thus, it is "difficult to understand" how it found she lacked subjective fear (*Sukhu*, above, at paragraph 27).

(3) Was the RPD's finding that the principal applicant's spouse and his son faced a generalized risk in Mexico reasonable?

[64] To be a person in need of protection under section 97 of the IRPA, the principal applicant's spouse and his son must show, on a balance of probabilities, that their removal to Mexico would subject them personally, in every part of Mexico, to a risk to their lives or cruel and unusual treatment that is not faced generally by other individuals in or from Mexico.

[65] The RPD was reasonable in finding that the principal applicant's spouse and his son faced a generalized risk in Mexico. At the hearing, the principal applicant's spouse and his son alleged a fear of criminality in Mexico that both conceded was felt by everyone in the country (TR, at pages 806 and 815). *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 331, 70 Imm. L.R. (3d) 128, affd 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, has held that risk of criminal violence in a country where criminal violence is highly prevalent is general rather than personal, even if a claimant is a member of a sub-group that is more vulnerable to victimization (paragraph 23).

[66] It is not unreasonable to consider Mexicans who have lived abroad or who have non-Mexican spouses to be sub-groups described in *Prophète*, above. The RPD did not expressly conclude that the principal applicant's spouse and his son were part of a sub-group. Deference, however, requires the Court to pay "respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision" (emphasis [added by Evans J.A.]

[63] La SPR n'a pas mis en doute la crédibilité de la demanderesse principale quant à savoir si les forces paramilitaires avaient attaqué sa famille et continué de la menacer. Il est donc « difficile de comprendre » comment la SPR a pu conclure que la crainte de la demanderesse principale n'avait pas de fondement subjectif (*Sukhu*, précitée, au paragraphe 27).

3) La conclusion de la SPR selon laquelle le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique était-elle raisonnable?

[64] Pour être considérés comme des personnes à protéger au sens de l'article 97 de la LIPR, le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci doivent démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que par leur renvoi vers le Mexique ils seraient personnellement exposés en tout lieu de ce pays à une menace à leur vie ou au risque de traitements cruels et inusités alors que d'autres personnes originaires du Mexique ou s'y trouvant ne le sont généralement pas.

[65] La SPR a conclu de façon raisonnable que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci étaient exposés à un risque généralisé au Mexique. À l'audience, le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci ont affirmé craindre la criminalité au Mexique, mais ils ont tous les deux reconnu que cette crainte était ressentie par l'ensemble de la population (DT, aux pages 806 et 815). Dans la décision *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 331, confirmée par 2009 CAF 31, la Cour a statué que le risque associé à la violence criminelle dans un pays où celle-ci est très présente est un risque général plutôt qu'un risque personnel, même si le demandeur appartient à un sous-groupe susceptible de devenir victime (au paragraphe 23).

[66] Il n'est pas déraisonnable de considérer les Mexicains qui ont vécu à l'étranger ou qui ont un conjoint non mexicain comme étant l'un des sous-groupes décrits dans la décision *Prophète*, précitée. La SPR n'a pas expressément conclu que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci appartenaient à un sous-groupe. La déférence exige toutefois que la Cour fasse preuve d'une « [TRADUCTION] "attention respectueuse

(*Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp*, 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572, affirming the dissenting reasons of Justice John Maxwell Evans, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, at paragraph 164, citing Professor Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed. *The Province of Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997), 279, at page 286).

[67] The circumstances of the principal applicant’s spouse and his son are distinguishable from those in *Zacarias*, above, where the claimant’s risk was greater than that of the general populace because he was subject to individual and ongoing targeting by a criminal gang. The evidence does not demonstrate that the principal applicant’s spouse and his son are subject to individual and ongoing threat of criminal violence in Mexico.

IX. Conclusion

[68] For all of the above reasons, the principal applicant’s application for judicial review is granted and the matter is returned for a hearing anew (*de novo*) before a differently constituted panel of the tribunal; the principal applicant’s spouse and his son’s application for judicial review is dismissed.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that

1. The principal applicant’s application for judicial review be granted and the matter be returned for a hearing anew (*de novo*) before a differently constituted panel of the tribunal.
2. The principal applicant’s spouse and his son’s application for judicial review be dismissed.
3. No question for certification.

aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision” » [souligné dans l’original] (*Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2011 CSC 57, [2011] 3 RCS 572, confirmant les motifs dissidents du juge John Maxwell Evans, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, au paragraphe 164, citant le professeur Dyzenhaus, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir. *The Province of Administrative Law* (Oxford : Hart Publishing, 1997), 279, à la page 286).

[67] La situation du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci se distingue de celle décrite dans la décision *Zacarias*, précitée. Dans cette affaire, le risque auquel le demandeur était exposé était plus important que celui auquel l’était la population en général parce qu’il était personnellement et constamment ciblé par un gang criminel. La preuve ne démontre pas que le conjoint de la demanderesse principale et le fils de celui-ci sont exposés à des menaces individuelles et continues de violence criminelle au Mexique.

IX. Conclusion

[68] Pour tous les motifs qui précèdent, la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse principale est accueillie et l’affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour une nouvelle audience (*de novo*). La demande de contrôle judiciaire du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci est rejetée.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire de la demanderesse principale est accueillie et l’affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour une nouvelle audience (*de novo*).
2. La demande de contrôle judiciaire du conjoint de la demanderesse principale et du fils de celui-ci est rejetée.
3. Aucune question n’est certifiée.

IMM-9674-11
2012 FC 1343

IMM-9674-11
2012 CF 1343

Ali Vahit Esensoy (*Applicant*)

Ali Vahit Esensoy (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : ESENSOY c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Zinn J.—Toronto, July 12; Ottawa, November 21, 2012.

Cour fédérale, juge Zinn—Toronto, 12 juillet; Ottawa, 21 novembre 2012.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Parental sponsorship applications — Judicial review of Citizenship and Immigration Canada (CIC) decision returning application to sponsor widowed mother because, effective November 5, 2011, CIC temporarily stopping acceptance of new applications to sponsor parents, grandparents — On November 4, 2011, applicant learning of Ministerial Instruction placing moratorium on sponsorship applications — Applicant faxing sponsorship application to CIC on November 4, 2011, but physical application received by CIC after November 5 — Applicant claiming CIC receiving application when faxed on November 4, 2011 — Arguing that respondent acting outside legislated authority in suspending sponsorship of parents, thereby breaching Immigration and Refugee Protection Act, s. 87.3(1), frustrating applicant's sponsorship rights under s. 13 thereof — Whether respondent acting outside statutory authority in suspending sponsorship of parents by making Ministerial Instruction; whether applicant's application properly received before November 5, 2011 — Applicant's application not received before deadline set by respondent — Although English text of Act, s. 87.3(1) may hold two meanings, use of word "aux" in French language version thereof clearly indicating that Act, s. 87.3(1) applying to s. 13 regarding sponsorships — Thus, English-language version must be read consistently with French-language version; respondent having right to give instructions regarding processing of applications, requests — Act, s. 87.3(3)(c) giving respondent robust power to set number of applications or requests to be processed in any year — Respondent's actions in present case appearing bona fide, directed to backlog issue — Therefore, respondent having legislative authority to place temporary moratorium on filing of sponsorship applications — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demandes de parrainage parental — Contrôle judiciaire visant la décision de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de retourner au demandeur sa demande de parrainage de sa mère veuve parce qu'à compter du 5 novembre 2011, CIC avait temporairement cessé d'accepter les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents — Le 4 novembre 2011, le demandeur a appris l'existence d'une instruction ministérielle imposant un moratoire sur les demandes de parrainage — Le demandeur a transmis par télécopieur à CIC sa demande de parrainage le 4 novembre 2011, mais la copie papier de la demande a été reçue par CIC après le 5 novembre — Le demandeur a fait valoir que CIC avait reçu la demande lorsque celle-ci a été transmise par télécopieur le 4 novembre 2011 — Le demandeur a prétendu que le défendeur a outrepassé la compétence que lui confère la loi en suspendant le parrainage de parents, en violation de l'art. 87.3(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et a ainsi empêché l'exercice des droits dont le demandeur disposait en vertu de l'art. 13 de la Loi — Il s'agissait de savoir si le défendeur a outrepassé la compétence que lui confère la loi en suspendant le parrainage de parents par la mise en œuvre de l'instruction ministérielle et si la demande du demandeur a été dûment reçue avant le 5 novembre 2011 — La demande du demandeur n'a pas été reçue avant le délai établi par le défendeur — Bien que la version anglaise de l'art. 87.3(1) de la Loi soit susceptible de deux sens, l'emploi du mot « aux » dans la version française indique clairement que l'art. 87.3(1) de la Loi s'applique à l'art. 13 en ce qui a trait aux demandes de parrainage — Par conséquent, la version anglaise doit être interprétée d'une manière qui concorde avec la version française; le défendeur a le droit de donner des instructions sur le traitement des demandes — L'art. 87.3(3)c) investit véritablement le défendeur d'un fort pouvoir, soit celui de préciser le nombre de demandes à traiter par an — Les actions du

This was an application for judicial review of a decision made by Citizenship and Immigration Canada (CIC) returning the applicant's application to sponsor his mother because effective November 5, 2011, CIC had temporarily stopped accepting new applications to sponsor parents and grandparents. The applicant claimed that he faxed his application to CIC on November 4, 2011, and that it fell within the period when applications were being accepted. He argued that the respondent acted outside his statutory authority in suspending sponsorship of parents, thereby breaching subsection 87.3(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and in frustrating his rights under section 13 thereof.

The applicant is Turkish and a permanent resident of Canada. He wanted to sponsor his widowed mother to come to Canada. On Friday, November 4, 2011, he learned of a Ministerial Instruction placing a moratorium on sponsorship applications. That same day, he paid the online fee, sent his application by fax in the evening and paid for overnight delivery of his physical application, which was received after November 5. The applicant submitted that his application was received at the time it was faxed and that the respondent acted outside his legislated authority. The respondent submitted that CIC made it clear that family class applications had to be submitted by mail and physically received November 5, 2011.

The issues were whether the Ministerial Instruction was valid and whether the applicant's sponsorship application was properly received before November 5, 2011.

Held, the application should be dismissed.

The applicant's sponsorship application was required to have been mailed and received by CIC before November 5, 2011. His application was not received prior to the deadline set by the respondent.

The applicant argued that the respondent acted outside his legislated authority and that the wording in subsection 87.3(1) of the Act makes it clear that the respondent was statutorily barred from making the November 5, 2011 instructions because it expressly provides that section 87 and the respondent's authority set out therein apply to applications

défendeur dans la présente cause semblent avoir été prises de bonne foi et avoir eu pour objet de régler la question de l'arriéré — Par conséquent, le défendeur était investi par la loi du pouvoir d'appliquer un moratoire temporaire au dépôt des demandes de parrainage — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de retourner au demandeur sa demande de parrainage de sa mère parce qu'à compter du 5 novembre 2011, CIC avait temporairement cessé d'accepter les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents. Le demandeur a soutenu qu'il a transmis sa demande par télécopieur à CIC le 4 novembre 2011 et qu'elle a été communiquée pendant la période où des demandes étaient encore acceptées. Il a prétendu que le défendeur a outrepassé la compétence que la loi lui conférait en suspendant le parrainage de parents, en violation du paragraphe 87.3(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et a ainsi empêché l'exercice des droits dont il disposait en vertu de l'article 13 de la Loi.

Le demandeur, d'origine turque, est un résident permanent du Canada. Il souhaitait parrainer la venue au Canada de sa mère, veuve. Le vendredi 4 novembre 2011, il a appris l'existence d'une instruction ministérielle imposant un moratoire sur les demandes de parrainage. Le même jour, il a effectué le paiement en ligne, il a transmis sa demande par télécopieur durant la soirée et il a acquitté les frais pour la livraison le lendemain de la copie papier de la demande, laquelle a été reçue après le 5 novembre. Le demandeur a soutenu que sa demande a été reçue au moment où il l'a transmise par télécopieur et que le défendeur a outrepassé la compétence que lui confère la loi. Le défendeur a soutenu que CIC avait clairement fait savoir que les demandes au titre de la catégorie du regroupement familial devaient être transmises par courrier et qu'une copie papier devait en être reçue avant le 5 novembre 2011.

Il s'agissait de savoir si l'instruction ministérielle était valide et si la demande de parrainage du demandeur a été reçue en bonne et due forme avant le 5 novembre 2011.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demande de parrainage du demandeur devait avoir été postée et reçue par CIC avant le 5 novembre 2011. La demande du demandeur n'a pas été reçue avant l'échéance fixée par le défendeur.

Le demandeur a fait valoir que le défendeur a outrepassé la compétence que lui confère la loi, et que les dispositions du paragraphe 87.3(1) de la Loi interdisaient clairement au défendeur de donner les instructions relatives au 5 novembre 2011, en prévoyant expressément dans sa version anglaise que l'article 87 et le pouvoir conféré au défendeur en vertu de

other than family sponsorships in subsection 13(1) of the Act. However, this argument was rejected. Two meanings can be read into the English text of subsection 87.3(1) of the Act; however, the use of the word “aux” in the French-language version clearly indicates that subsection 87.3(1) applies to section 13 of the Act. Accordingly, the English-language version must be read consistently with the French-language version, and the respondent has the right to give instructions regarding the processing of applications and requests.

The applicant also submitted that section 13 of the Act confers a right to sponsor a family member. While subsection 14(2) of the Act allows for regulations in respect to sponsorships, there were no such regulations in place but rather a Ministerial Instruction. In the absence of regulations, the respondent has authority to issue directions on the matter. Paragraph 87.3(3)(c) of the Act states that the respondent can set the number of applications or requests to be processed in any year. There is nothing dictating that the number cannot be reduced to zero provided that this will best support the attainment of the Canadian government’s immigration goals.

Although the applicant argued that the respondent was actually nullifying the right to sponsor by setting the number of applications to zero, the respondent’s power under paragraph 87.3(3)(c) is robust, and it was Parliament’s obvious intention to grant such discretion to the respondent. Therefore, the applicant’s interpretation of paragraph 87.3(3)(c) was highly technical and would render the operation of that provision disjointed and unnatural and could not be adopted.

The record showed that there was a substantial application backlog when the Ministerial Instructions were announced. This was an issue that required administrative intervention and the respondent’s actions appeared to have been *bona fide* and directed to the backlog issue. Accordingly, the respondent had the legislative authority to place a temporary moratorium on the filing of sponsorship applications.

cet article s’appliquent aux demandes « *other than* » (autres que) les demandes de parrainage visées au paragraphe 13(1) de la Loi. Cet argument a cependant été rejeté. La version anglaise du paragraphe 87.3(1) de la Loi est susceptible de deux sens. Toutefois, par l’emploi du mot « aux », la version française indique clairement que le paragraphe 87.3(1) s’applique à l’article 13 de la Loi. Par conséquent, la version anglaise doit être interprétée d’une manière qui concorde avec la version française et le défendeur a le droit de donner des instructions sur le traitement des demandes.

Le demandeur a également prétendu que l’article 13 de la Loi confère le droit de parrainer un membre de la famille. Bien que le paragraphe 14(2) de la Loi permette que des règlements portent sur le parrainage, aucun règlement n’a été pris à cet égard; c’est plutôt une instruction ministérielle qui a été donnée à cet effet. En l’absence de règlement, le défendeur a le pouvoir de donner des instructions en la matière. L’alinéa 87.3(3)c) de la Loi indique que le défendeur peut préciser le nombre de demandes à traiter par an. Il n’y a rien qui empêche de réduire ce nombre à zéro, dans la mesure où cela est le plus susceptible d’aider l’atteinte des objectifs fixés pour l’immigration par le gouvernement fédéral.

Bien que le demandeur ait soutenu qu’en fixant le nombre de demandes autorisées à zéro, le défendeur supprimait en fait le droit de parrainer, l’alinéa 87.3(3)c) investit véritablement le défendeur d’un fort pouvoir et telle était manifestement l’intention du législateur d’accorder un tel pouvoir discrétionnaire au défendeur. Par conséquent, le demandeur proposait une interprétation hautement technique de l’alinéa 87.3(3)c) qui rendrait son application incohérente et artificielle, et qui devait par conséquent être rejetée.

Le dossier faisait état d’un important arriéré de demandes au moment de l’annonce de l’instruction ministérielle. Ce problème requérait une intervention administrative, et les actions du défendeur semblaient avoir été prises de bonne foi et avoir pour objet de régler la question de l’arriéré. Par conséquent, le défendeur était investi par la loi du pouvoir d’appliquer un moratoire temporaire au dépôt des demandes de parrainage.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 13, 14(2), 87.3.

CASES CITED

APPLIED:

El Yahyaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 283; *de Guzman v. Canada (Minister of*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 13, 14(2), 87.3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

El Yahyaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 283; *de Guzman c. Canada (Ministre de la*

Citizenship and Immigration), 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13; *Vaziri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1159, 52 Admin. L.R. (4th) 118, 300 F.T.R. 158.

DISTINGUISHED:

Ghaloghlyan v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FC 1252.

REFERRED TO:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 350 “Fourth Set of Ministerial Instructions: Temporary Pause on Family Class Sponsorship Applications for Parents and Grandparents”, November 4, 2011, online <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2011/ob350.asp>>.

APPLICATION for judicial review of a decision made by Citizenship and Immigration Canada (CIC) returning the applicant’s application to sponsor his mother because, effective November 5, 2011, CIC had temporarily stopped accepting new applications to sponsor parents and grandparents. Application dismissed.

APPEARANCES

Aadil Mangalji for applicant.
Sharon Stewart Guthrie for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Long Mangalji LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] ZINN J.: This is an application for judicial review of a decision made by Citizenship and Immigration Canada returning the applicant’s application to sponsor his mother because “effective November 5,

Citoyenneté et de l’Immigration), 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Vaziri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1159.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Ghaloghlyan c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 1252.

DÉCISION CITÉE :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 350. « Quatrième série d’instructions ministérielles : moratoire temporaire sur les demandes de parrainage de parents et de grands-parents au titre de la catégorie du regroupement familial », 4 novembre 2011, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2011/bo350.asp>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de retourner au demandeur sa demande de parrainage de sa mère parce qu’à compter du 5 novembre 2011, CIC avait temporairement cessé d’accepter les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Aadil Mangalji pour le demandeur.
Sharon Stewart Guthrie pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Long Mangalji LLP, 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] LE JUGE ZINN : La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire visant la décision de Citoyenneté et Immigration Canada de retourner au demandeur sa demande de parrainage de sa mère parce que,

2011, Citizenship and Immigration Canada (CIC) has temporarily stopped accepting new applications for the sponsorship of parents and grandparents”.

[2] Mr. Esensoy submits that his application faxed to CIC on November 4, 2011, fell within the period when applications were being accepted and further submits that the Minister acted outside his statutory authority in suspending sponsorship of parents, thereby breaching subsection 87.3(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, and “frustrating the applicant’s rights” under section 13 of the Act. Sections 13 and 87.3, as they read on November 4, 2011, are reproduced and attached as an appendix to these reasons.

[3] Mr. Esensoy is a permanent resident of Canada and citizen of Turkey. He and his family discussed sponsoring his 63-year-old mother to come to Canada after the death of his father. On Friday November 4, 2011, the applicant learned of a Ministerial Instruction placing a moratorium on sponsorship applications. It was announced that “[e]ffective November 5, 2011, no new family class sponsorship applications for a sponsor’s parents (R117(1)(c)) or grandparents (R117(1)(d)) will be accepted for processing.” A complete copy of the Ministerial Instruction is attached as an appendix to these reasons.

[4] On November 4, 2011, at 3:55 p.m., the applicant paid the online fee; at 9:04 p.m. he sent his application by fax; and at 9:38 p.m. he paid for overnight delivery of his physical application. The physical copy was received after November 5, 2011.

[5] The applicant submits that his application was received at the time it was faxed. In support, he cites *Ghaloghlyan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1252 (*Ghaloghlyan*), at paragraph 10. I agree with the respondent that *Ghaloghlyan* is not persuasive on the issue of whether the application for sponsorship could be sent by fax. The question asked in *Ghaloghlyan*

[TRANSDUCTION] « à compter du 5 novembre 2011, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a temporairement cessé d’accepter les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents ».

[2] M. Esensoy soutient que sa demande, transmise par télécopieur à CIC le 4 novembre 2011, a été communiquée pendant la période où des demandes étaient encore acceptées. Il ajoute que le ministre a outrepassé la compétence que la loi lui conférait en suspendant le parrainage de parents, en violation du paragraphe 87.3(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, (la Loi), et a ainsi [TRANSDUCTION] « empêché l’exercice des droits dont il disposait » en vertu de l’article 13 de la Loi. Les articles 13 et 87.3, dans leur version du 4 novembre 2011, sont reproduits à l’annexe A jointe aux présents motifs.

[3] M. Esensoy est un résident permanent du Canada et un citoyen de la Turquie. Après le décès de son père, il a discuté avec des membres de sa famille de la possibilité de parrainer la venue au Canada de sa mère âgée de 63 ans. Le vendredi 4 novembre 2011, le demandeur a appris l’existence d’une instruction ministérielle imposant un moratoire sur les demandes de parrainage, qui indiquait qu’« [à] compter du 5 novembre 2011, aucune nouvelle demande de parrainage de parents [R117(1)(c)] ou de grands-parents [R117(1)(d)] au titre de la catégorie du regroupement familial ne sera acceptée aux fins de traitement ». Le texte intégral de l’instruction ministérielle est reproduit à l’annexe B jointe aux présents motifs.

[4] Le 4 novembre 2011, le demandeur a effectué le paiement en ligne requis à 15 h 55; à 21 h 04, il a transmis sa demande par télécopieur et, à 21 h 38, il a acquitté les frais pour la livraison le lendemain de la copie papier de la demande. La copie papier a été reçue après le 5 novembre 2011.

[5] Citant la décision *Ghaloghlyan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1252 (*Ghaloghlyan*), au paragraphe 10, le demandeur soutient que sa demande a été reçue au moment où il l’a transmise par télécopieur. J’estime toutefois comme le défendeur que la décision *Ghaloghlyan* ne tranche pas la question de savoir si l’on peut transmettre une demande de

was “what does it take to prove on a balance of probabilities that a document was sent?”: see paragraph 9. The Court answered at paragraph 10 by saying that “[p]roving that a fax went on its way is verified by producing a fax log of sent messages confirming the sending.” The question in the current matter is not whether it was sent, it is whether it could have been sent by that method and, if so, whether it was properly received before November 5, 2011.

[6] As to whether CIC should have accepted the fax, the Minister cites *El Yahyaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 283 (*El Yahyaoui*), at paragraph 16, which states:

... it is up to CIC, in accordance with legislation and regulations, to decide on the administrative procedures relating to submitting documents, and it was not unreasonable to decide that the applications for restoration of status could not be sent by fax. Moreover, submitting an application for restoration by fax would not have met the requirements of section 13 of the Regulations since a document sent by fax is not an original document.

[7] The Minister submits, and I agree, that CIC made it clear that family class applications must be submitted by mail and physically received before November 5, 2011:

Applications received on or after November 5, 2011

New FC4 Sponsorship applications for parents or grandparents received by Centralized Processing Centre- Mississauga (CPC-M) on or after November 5, 2011, will be returned to the sponsor with a letter (see Appendix A) advising them of the temporary pause. Applications which are postmarked before November 5, 2011, but are received at CPC-M on or after November 5, 2011 will also be returned to the sponsor. In both cases, processing fees shall be returned. [Underlining added.]

parrainage par télécopieur. Dans la décision *Ghaloghlyan*, la question était : « que faut-il pour prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu’un document a été envoyé ? » (voir le paragraphe 9). La Cour a ainsi répondu à cette question : « On peut prouver qu’une télécopie a été acheminée en produisant un relevé des messages envoyés par télécopie confirmant l’envoi » (au paragraphe 10). La question en l’espèce n’est toutefois pas de savoir si la demande a été envoyée, mais plutôt si elle pouvait l’être par la méthode utilisée et, le cas échéant, si elle a été reçue en bonne et due forme avant le 5 novembre 2011.

[6] Pour ce qui est de savoir si CIC devait accepter la transmission par télécopieur, le ministre cite le passage suivant de la décision *El Yahyaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2012 CF 283, (*El Yahyaoui*), au paragraphe 16 :

[...] il appartient à CIC, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, de décider des modalités administratives relatives au dépôt de documents, et il n’était pas déraisonnable de décider que des demandes de rétablissement de statut ne pouvaient pas être envoyées par télécopieur. Au surplus, le dépôt d’une demande de rétablissement par télécopieur n’aurait pas respecté les exigences de l’article 13 du Règlement puisqu’un document envoyé par télécopieur n’est pas un document original.

[7] Le ministre soutient, et je suis du même avis, que CIC avait clairement fait savoir que les demandes au titre de la catégorie du regroupement familial devaient être transmises par courrier et qu’une copie papier devait en être reçue avant le 5 novembre 2011 :

Demandes reçues le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure

Les nouvelles demandes de parrainage CF4 de parents ou de grands-parents reçues au Centre de traitement des demandes - Mississauga (CTD-M) le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure, seront retournées aux répondants avec une lettre (voir Appendice A) les informant du moratoire temporaire. Les demandes dont le cachet de la poste indique une date antérieure au 5 novembre 2011, mais qui sont reçues au CTD-M le 5 novembre ou à une date ultérieure seront également retournées aux répondants. [TRADUCTION] Dans les deux cas, les frais de traitement acquittés seront remis. [Non souligné dans l’original.]

[8] I find that the applicant's sponsorship application was required to have been mailed and received by CIC before November 5, 2011. His application was not received prior to the deadline set by the Minister.

[9] Is the Ministerial Instruction valid?

[10] The applicant submits that the Minister acted outside his legislated authority and says that the wording in subsection 87.3(1) of the Act makes it clear that the Minister was statutorily barred from making the November 5, 2011, instructions because it expressly provides that section 87 and the Minister's authority set out in that section apply to applications "other than" family sponsorships in subsection 13(1) of the Act. He says that Parliament purposefully crafted section 87.3 to ensure that the right conferred by section 13 of the Act was not violated.

[11] The Minister submits that while the applicant's reading of the English-language version of section 87.3 could be read in the manner suggested, it cannot be so read in the French-language version.

[12] Two meanings can be read into the English text of subsection 87.3(1) of the Act; however, the use of the word "*aux*" in the French language version clearly indicates that subsection 87.3(1) of the Act applies to section 13. Accordingly, the English-language version must be read consistently with the French-language version. The Minister has the right to "give instructions with respect to the processing of applications and requests, including instructions ... setting the number of applications or requests, by category or otherwise, to be processed in any year" [paragraph 87.3(3)(c)].

[13] The applicant says that if the Minister has the power to control the number of applications perused, he cannot stop applications completely because section 13 of the Act confers a right to sponsor a family member. To set the number of such applications at zero, even temporarily, nullifies the right to sponsor granted by Parliament.

[8] Je conclus que la demande de parrainage du demandeur devait avoir été postée et reçue par CIC avant le 5 novembre 2011. La demande du demandeur n'a pas été reçue avant l'échéance fixée par le ministre.

[9] L'instruction ministérielle est-elle valide?

[10] Le demandeur soutient que le ministre a outrepassé la compétence que lui confère la loi, et que les dispositions du paragraphe 87.3(1) de la Loi interdisaient clairement au ministre de donner les instructions relatives au 5 novembre 2011, en prévoyant expressément dans sa version anglaise que l'article 87 et le pouvoir conféré au ministre en vertu de cet article s'appliquent aux demandes « *other than* » (autres que) les demandes de parrainage visées au paragraphe 13(1) de la Loi. Le demandeur affirme que le législateur a rédigé à dessein l'article 87.3 de manière à éviter toute atteinte au droit conféré par l'article 13 de la Loi.

[11] Le ministre soutient pour sa part que, s'il est possible d'interpréter la version anglaise de l'article 87.3 de la manière proposée par le demandeur, il n'en est pas ainsi pour la version française de l'article.

[12] La version anglaise du paragraphe 87.3(1) de la Loi est susceptible de deux sens. Toutefois, par l'emploi du mot « *aux* », la version française indique clairement que le paragraphe 87.3(1) de la Loi s'applique à l'article 13. Comme la version anglaise doit être interprétée d'une manière qui concorde avec la version française, le ministre a le droit de « donner des instructions sur le traitement des demandes, notamment des instructions [...] précisant le nombre de demandes à traiter par an, notamment par groupe » [alinéa 87.3(3)(c)].

[13] Le demandeur affirme que, si le ministre a le pouvoir de limiter le nombre de demandes traitées, il n'a toutefois pas celui d'arrêter complètement la réception de demandes parce que l'article 13 de la Loi confère le droit de parrainer un membre de la famille. Le droit de parrainer accordé par le législateur est réduit à néant si on fixe à zéro, même temporairement, le nombre des demandes pouvant être faites.

[14] This submission has already been rejected by the [Federal] Court of Appeal in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, in the context of regulation-making authority in the Act. At paragraphs 42–43, the Court writes:

Counsel argued that IRPA, subsection 13(1) creates a “substantive” right in Canadian citizens, such as Ms. de Guzman, to sponsor their children as members of the family class, a right which is removed by paragraph 117(9)(d). The argument is that, in the absence of explicit language, section 14 should not be interpreted as authorizing a regulation which removes rights conferred by the IRPA.

I disagree. First, in view of the breadth of the legislative power delegated by section 14, and the framework nature of the IRPA, it cannot be argued that regulations may only be made with respect to “non-substantive” matters. Hence, I see no reason why regulations may not be enacted to create exceptions to policies in the Act. Second, the right to sponsor members of the family class created by subsection 13(1) is expressly made “subject to the regulations”. Third, the notion that paragraph 117(9)(d) deprives Ms. de Guzman of a statutory right is further weakened by the fact that the IRPA does not define “family class” and subsection 14(2) authorizes the making of regulations that “prescribe, and govern any matter relating to” the family class and sponsorship.

[15] Here there is no regulation restricting the number of sponsorship applications to be assessed; there is a Ministerial Instruction. Subsection 14(2) of the Act allows for regulations in respect to sponsorships; however, there are no such regulations in place. I agree with the respondent that in the absence of regulations, the Minister has authority to issue directions on the matter. This was so held in *Vaziri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1159, 52 Admin. L.R. (4th) 118 (*Vaziri*), at paragraphs 35 and 37:

The Minister is responsible for the administration of *IRPA*. In the absence of enacted regulations, he has the power to set policies governing the management of the flow of immigrants to Canada, so long as those policies and decisions are made in good faith and are consistent with the purpose, objectives, and scheme of *IRPA*. The Governor in Council retains the power to direct how the

[14] Dans l’arrêt *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, la Cour d’appel [fédérale] a déjà rejeté comme suit cet argument (aux paragraphes 42 et 43), soulevé au regard du pouvoir de prendre des règlements sous le régime de la Loi :

L’avocat a fait valoir que le paragraphe 13(1) de la LIPR accorde aux citoyens canadiens comme M^{me} de Guzman le droit « substantiel » de parrainer leurs enfants comme membres de la catégorie du regroupement familial, un droit que l’alinéa 117(9)d leur retire. Selon cet argument, en l’absence d’un texte explicite en ce sens, l’article 14 ne devrait pas être interprété comme une disposition autorisant le gouverneur en conseil à prendre un règlement qui retire un droit accordé par la LIPR.

Je ne suis pas d’accord. D’abord, compte tenu du pouvoir législatif étendu délégué par l’article 14 et du fait que la LIPR est une loi cadre, on ne peut soutenir que les règlements ne peuvent concerner que des questions « non substantielles ». Par conséquent, je ne vois pas pourquoi il ne serait pas possible de prendre des règlements afin de créer des exceptions aux politiques de la Loi. En deuxième lieu, le droit de parrainer des membres de la catégorie du regroupement familial en vertu du paragraphe 13(1) est expressément accordé « sous réserve des règlements ». En troisième lieu, l’idée selon laquelle l’alinéa 117(9)d prive M^{me} de Guzman d’un droit créé par la loi est affaiblie davantage par le fait que l’expression « catégorie du regroupement familial » n’est pas définie dans la LIPR et que le paragraphe 14(2) autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements qui « établissent et régissent » la catégorie du regroupement familial et le parrainage.

[15] En l’espèce, le nombre de demandes de parrainage à traiter n’est restreint par aucun règlement; il l’est toutefois par une instruction ministérielle. Le paragraphe 14(2) de la Loi permet que des règlements portent sur le parrainage, mais aucun règlement n’a été pris à cet égard. J’estime tout comme le défendeur qu’en l’absence de règlement, le ministre a le pouvoir de donner des instructions en la matière. La Cour a statué en ce sens dans la décision *Vaziri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1159 (*Vaziri*), aux paragraphes 35 et 37 :

Le ministre est chargé de l’application de la *LIPR*. Si aucun règlement n’a été pris, il a le pouvoir de définir les orientations du gouvernement en ce qui concerne la gestion de l’afflux des immigrants au Canada, à condition que ses orientations et ses décisions soient prises de bonne foi et qu’elles soient compatibles avec l’objet et l’esprit de la *LIPR*. Le gouverneur en

Minister should administer *IRPA* through regulations, and may oust the Minister's powers. However, where there is a vacuum of express statutory or regulatory authority, the Minister must be permitted the flexible authority to administer the system.

...

In summary, I am satisfied that, in the absence of regulations made under s. 14(2) of *IRPA*, the Minister acted lawfully in establishing the 60:40 ratio, in establishing targets for visa approvals by class and in setting procedures for prioritizing sponsored applications within the family class.

[16] Paragraph 87.3(3)(c) of the Act indicates that the Minister can “set the number of applications or requests ... to be processed in any year”. I see nothing that dictates that the number cannot be reduced to zero, provided that “in the opinion of the Minister, [it] will best support the attainment of the immigration goals established by the Government of Canada.” As stated in *Vaziri*, “where there is a vacuum of express statutory or regulatory authority, the Minister must be permitted the flexible authority to administer the system.”

[17] The applicant argues that in setting the number at zero, the Minister is effectively nullifying the right to sponsor, which is qualitatively different than setting the number of applications that will be processed. That may be a superficially appealing argument, but it is important not to lose sight of the bigger picture: the Minister's power under paragraph 87.3(3)(c) is indeed robust. Such was Parliament's obvious intention, for if, as the applicant concedes, the Minister can set the number at merely one applicant, then—but for one lucky applicant—the right to sponsor is, at least temporarily, effectively nullified. I am simply not persuaded that Parliament intended for there to be such a dramatic result if the Minister were to reduce that one to a zero. The better view is that Parliament intended to grant such discretion to the Minister. It is a cardinal rule of interpretation that a provision must be interpreted harmoniously with the scheme of the Act: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. It follows that a provision should be internally harmonious in its

conseil conserve le pouvoir de définir par règlement la façon dont le ministre doit appliquer la *LIPR* et il peut supplanter les pouvoirs du ministre. Cependant, lorsque aucun pouvoir législatif ou réglementaire n'a été exercé de façon expresse, le ministre doit pouvoir disposer de toute la latitude nécessaire pour administrer le système.

[...]

En résumé, je suis convaincue qu'à défaut de règlement pris en application du paragraphe 14(2) de la *LIPR*, le ministre a agi légalement en établissant un pourcentage de 60 pour 40, en fixant le nombre maximal de visas qui peuvent être accordés par catégorie et en établissant la procédure à suivre pour accorder la priorité à certaines demandes parrainées présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial.

[16] L'alinéa 87.3(3)(c) de la Loi prévoit que le ministre peut « préciser le nombre de demandes à traiter par an ». Je ne vois rien qui empêche de réduire ce nombre à zéro, dans la mesure où, « selon le ministre, [cela est le] plus susceptible d'aider l'atteinte des objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral ». Comme la Cour l'a déclaré dans la décision *Vaziri*, « lorsque aucun pouvoir législatif ou réglementaire n'a été exercé de façon expresse, le ministre doit disposer de toute la latitude nécessaire pour administrer le système ».

[17] Le demandeur soutient qu'en fixant le nombre de demandes autorisées à zéro, le ministre supprime en fait le droit de parrainer, ce qui n'est pas la même chose au plan qualitatif que de préciser le nombre de demandes à traiter. Cet argument peut sembler attrayant à première vue, mais il importe de ne pas perdre de vue la perspective d'ensemble : l'alinéa 87.3(3)(c) investit véritablement le ministre d'un fort pouvoir. Telle était manifestement l'intention du législateur parce que, si le ministre peut, comme le demandeur le concède, réduire à un seul le nombre possible des demandeurs, le droit de parrainer serait dans un tel cas supprimé (du moins temporairement) dans les faits — si ce n'est pour un seul heureux demandeur. Je ne suis tout simplement pas convaincu que le législateur ait voulu que la décision du ministre de réduire de un à zéro le nombre possible des demandeurs ait une telle conséquence. Il y a plutôt tout lieu de penser que le législateur comptait bien accorder un tel pouvoir discrétionnaire au ministre. Selon une règle d'interprétation fondamentale, il convient d'interpréter

operation as well. In my view, the interpretation of paragraph 87.3(3)(c) urged by the applicant is highly technical and would render the operation of that provision disjointed and unnatural, and for those reasons cannot be adopted.

[18] The record shows that there was a 165 000 application backlog when the Ministerial Instructions were announced. As of January 2012, the anticipated processing time for applications for permanent residence arising out of Turkey could take up to 81 months. This was arguably an issue that required administrative intervention and the Minister's actions appear to have been bona fide and directed to that backlog issue.

[19] Accordingly, the Minister had the legislative authority to place a temporary moratorium on the filing of sponsorship applications.

[20] Subsequent to the hearing of this application, it was brought to my attention that section 87.3 of the Act had been amended prior to the hearing by adding, in part, the following provisions to section 87.3 of the Act making it clear that the Minister could reduce the number of applications considered to zero:

Section 87.3 of the [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] is amended by adding the following after subsection (3):

(3.1) An instruction may, if it so provides, apply in respect of pending applications or requests that are made before the day on which the instruction takes effect.

(3.2) For greater certainty, an instruction given under paragraph (3)(c) may provide that the number of applications or requests, by category or otherwise, to be processed in any year be set at zero.

[21] Both parties agreed that this amendment had no impact on this application for judicial review and thus, the amendments were not considered by the Court in reaching this decision.

une disposition d'une manière qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21). Il s'ensuit qu'aux fins de son application, l'harmonie interne d'une disposition est également requise. Selon moi, le demandeur propose une interprétation hautement technique de l'alinéa 87.3(3)c) qui rendrait son application incohérente et artificielle, et qui doit par conséquent être rejetée.

[18] Le dossier fait état d'un arriéré de 165 000 demandes au moment de l'annonce de l'instruction ministérielle. En janvier 2012, le délai de traitement prévu des demandes de résidence permanente liées à la Turquie pouvait être de 81 mois. On est en droit de penser que ce problème requérait une intervention administrative, et les actions du ministre semblent avoir été prises de bonne foi et avoir pour objet de régler la question de l'arriéré.

[19] Par conséquent, le ministre était investi par la loi du pouvoir d'appliquer un moratoire temporaire au dépôt des demandes de parrainage.

[20] Après l'instruction de la présente demande, on a porté à mon attention le fait que l'article 87.3 de la Loi avait été modifié avant l'instruction notamment par l'adjonction des dispositions suivantes qui précisent clairement que le ministre peut réduire à zéro le nombre des demandes à traiter :

L'article 87.3 de la [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27] est modifié par adjonction, après le paragraphe (3), de ce qui suit :

(3.1) Les instructions peuvent, lorsqu'elles le prévoient, s'appliquer à l'égard des demandes pendantes faites avant la date où elles prennent effet.

(3.2) Il est entendu que les instructions données en vertu de l'alinéa (3)c) peuvent préciser que le nombre de demandes à traiter par an, notamment par groupe, est de zéro.

[21] Les deux parties ont convenu que cette modification n'avait aucune incidence sur la présente demande de contrôle judiciaire, et la Cour ne l'a donc pas prise en compte pour parvenir à sa décision.

[22] There was no question for certification proposed by the parties and the Court finds there to be none.

[22] Les parties n'ont proposé la certification d'aucune question et la Cour conclut qu'aucune question n'a à être certifiée.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed and no question is certified.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande est rejetée. Aucune question n'est certifiée.

APPENDIX A

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

Right to sponsor family member

13. (1) A Canadian citizen or permanent resident may, subject to the regulations, sponsor a foreign national who is a member of the family class.

Group right to sponsor

(2) A group of Canadian citizens or permanent residents, a corporation incorporated under a law of Canada or of a province, and an unincorporated organization or association under federal or provincial law, or any combination of them may, subject to the regulations, sponsor a Convention refugee or a person in similar circumstances.

Obligation

(3) An undertaking relating to sponsorship is binding on the person who gives it.

Instructions of Minister

(4) An officer shall apply the regulations on sponsorship referred to in paragraph 14(2)(e) in accordance with any instructions that the Minister may make.

...

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), to sponsorship applications made by persons referred to in subsection 13(1), to applications for permanent resident status under subsection 21(1) or temporary resident status under subsection 22(1) made by foreign nationals in Canada, to applications for work or study permits and to requests under subsection 25(1) made by foreign nationals outside Canada.

ANNEXE A

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

13. (1) Tout citoyen canadien et tout résident permanent peuvent, sous réserve des règlements, parrainer l'étranger de la catégorie « regroupement familial ».

Droit au parrainage : individus

(2) Tout groupe de citoyens canadiens ou de résidents permanents ou toute personne morale ou association de régime fédéral ou provincial — ou tout groupe de telles de ces personnes — , peut, sous réserve des règlements, parrainer un étranger qui a la qualité, au titre de la présente loi, de réfugié ou de personne en situation semblable.

Droit au parrainage : groupes

(3) L'engagement de parrainage lie le répondant.

Obligation

(4) L'agent est tenu de se conformer aux instructions du ministre sur la mise en œuvre des règlements visés à l'alinéa 14(2)e).

Instructions

[...]

87.3 (1) Le présent article s'applique aux demandes de visa et autres documents visées au paragraphe 11(1) — sauf à 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, aux demandes de permis de travail ou d'études ainsi qu'aux demandes prévues au paragraphe 25(1) faites par un étranger se trouvant hors du Canada.

Application

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	(3) Pour l'application du paragraphe (2), le ministre peut donner des instructions sur le traitement des demandes, notamment des instructions :	Instructions
	(a) establishing categories of applications or requests to which the instructions apply;	a) prévoyant les groupes de demandes à l'égard desquels s'appliquent les instructions;	
	(b) establishing an order, by category or otherwise, for the processing of applications or requests;	b) prévoyant l'ordre de traitement des demandes, notamment par groupe;	
	(c) setting the number of applications or requests, by category or otherwise, to be processed in any year; and	c) précisant le nombre de demandes à traiter par an, notamment par groupe;	
	(d) providing for the disposition of applications and requests, including those made subsequent to the first application or request.	d) régissant la disposition des demandes dont celles faites de nouveau.	
	...	[...]	
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 Canada Gazette.	(6) Les instructions sont publiées dans la Gazette du Canada.	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

APPENDIX B

MINISTERIAL INSTRUCTIONS

The following is a copy of the Ministerial Instructions at issue: (<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2011/ob350.asp>):

Operational Bulletin 350 - November 4, 2011**Fourth Set of Ministerial Instructions: Temporary Pause on Family Class Sponsorship Applications for Parents and Grandparents****Summary**

Effective November 5, 2011, a temporary pause has been placed on new Family Class sponsorship applications for parents and grandparents (FC4). Instructions are provided on what to do with FC4 sponsorship applications received before and after this date.

Issue

This Operational Bulletin (OB) provides guidance on FC4 sponsorship applications and the fourth set of Ministerial Instructions (MI-4) which come into force November 5, 2011.

Background

On June 18, 2008, the Immigration and Refugee Protection Act was amended to give the Minister of Citizenship and Immigration authority to issue instructions that would ensure the processing of applications and requests be conducted in a manner that, in the opinion of the Minister, will best support the attainment of immigration goals set by the Government of Canada.

The MI-4 comes into force on November 5, 2011 and includes changes to the following programs:

- **Family Class Sponsorship Applications:** A temporary pause on new sponsorship applications for parents and grandparents.
- **Federal Skilled Worker Program:** Introduction of a new PhD eligibility stream (see OB 351 for more information).

ANNEXE B

INSTRUCTIONS MINISTÉRIELLES

Ce qui suit est une reproduction des instructions ministérielles en cause : (<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/bulletins/2011/ob350.asp>) :

Bulletin opérationnel 350 – le 4 novembre 2011**Quatrième série d'instructions ministérielles : moratoire temporaire sur les demandes de parrainage de parents et de grands-parents au titre de la catégorie du regroupement familial****Sommaire**

À compter du 5 novembre 2011, on imposera un moratoire temporaire visant les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents au titre de la catégorie du regroupement familial (CF4). La présente fournit des instructions concernant la procédure à suivre pour les demandes de parrainage CF4 reçues avant et après cette date.

Objet

Ce Bulletin opérationnel (BO) fournit des directives sur les demandes de parrainage CF4 et la quatrième série d'instructions ministérielles (IM-4), qui entrera en vigueur le 5 novembre 2011.

Contexte

Le 18 juin 2008, des modifications ont été apportées à la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en vue d'accorder au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration le pouvoir de produire des instructions qui garantiraient le traitement des demandes de façon qui, de l'avis du ministre, favorisera le mieux l'atteinte des objectifs en matière d'immigration fixés par le gouvernement du Canada.

L'IM-4 entrera en vigueur le 5 novembre 2011 et comprend des modifications aux programmes suivants :

- * **Demandes de parrainage au titre de la catégorie du regroupement familial :** moratoire temporaire visant les nouvelles demandes de parrainage de parents et de grands-parents;
- * **Programme des travailleurs qualifiés du volet fédéral:** mise en œuvre d'un nouveau volet des travailleurs titulaires d'un doctorat.

The full text of these instructions can be found at: www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2011/2011-11-05/html/notice-avis-eng.html#d108

Processing Instructions

Effective November 5, 2011, no new family class sponsorship applications for a sponsor's parents (R117(1)(c)) or grandparents (R117(1)(d)) will be accepted for processing. This temporary pause is being implemented to allow for application backlog reduction in the FC4 category to begin in 2012. This measure is being implemented as part of a broader strategy to address the large backlog and wait times in the FC4 category, supporting the attainment of immigration goals set by the Government of Canada.

The temporary pause will remain in place for up to 24 months while a more responsive, sustainable, and long-term approach for the program is being considered.

It does not affect sponsorship applications for spouses, partners, dependent or adopted children and other eligible relatives.

Applications received on or after November 5, 2011

New FC4 Sponsorship applications for parents or grandparents received by Centralized Processing Centre- Mississauga (CPC-M) on or after November 5, 2011, will be returned to the sponsor with a letter (see Appendix A) advising them of the temporary pause. Applications which are postmarked before November 5, 2011, but are received at CPC-M on or after November 5, 2011 will also be returned to the sponsor. In both cases, processing fees shall be returned.

Applications received before November 5, 2011

Complete FC4 sponsorship applications received by CPC-M prior to close of business (5 p.m. EST) on November 4, 2011, should continue to be processed as usual. Cases where FC4 sponsorship applications have been submitted to CPC-M, but the applications for permanent residence have not yet been submitted to the visa office are not affected by the temporary pause.

(Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez consulter le BO 351)

Vous trouverez les instructions intégrales à la page suivante : www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2011/2011-11-05/html/notice-avis-fra.html#d108

Instructions de traitement

À compter du 5 novembre 2011, aucune nouvelle demande de parrainage de parents [R117(1)(c)] ou de grands-parents [R117(1)(d)] au titre de la catégorie du regroupement familial ne sera acceptée aux fins de traitement. La mise en œuvre de ce moratoire temporaire vise à permettre la réduction de l'arriéré de demandes au titre de la catégorie CF4 à compter de 2012, ce qui garantira une plus grande équité pour les demandeurs en attente d'une décision à l'égard de leur demande et favorisera l'atteinte des objectifs en matière d'immigration fixés par le gouvernement du Canada.

Le moratoire temporaire sera en place pour une période de 24 mois au maximum, période pendant laquelle on fera l'examen des options visant l'adoption d'une approche mieux adaptée et durable pour le programme.

Il ne touche pas les demandes de parrainage d'époux, de partenaires conjugaux, de conjoints de fait, de personnes à charge, d'enfants adoptés ou d'autres membres de la parenté admissibles.

Demandes reçues le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure

Les nouvelles demandes de parrainage CF4 de parents ou de grands-parents reçues au Centre de traitement des demandes – Mississauga (CTD-M) le 5 novembre 2011 ou à une date ultérieure, seront retournées aux répondants avec une lettre (voir Appendice A) les informant du moratoire temporaire. Les demandes dont le cachet de la poste indique une date antérieure au 5 novembre 2011, mais qui sont reçues au CTD-M le 5 novembre ou à une date ultérieure seront également retournées aux répondants.

Demandes reçues avant le 5 novembre 2011

Les demandes de parrainage CF4 reçues au CTD-M le 4 novembre 2011 avant l'heure de fermeture des bureaux (17 h HNE) doivent être traitées comme à l'habitude. Le moratoire temporaire ne touchera pas les demandes de parrainage CF4 présentées au CTD-M dont la demande de résidence permanente n'a pas encore été soumise au bureau des visas.

Cost recovery fee payment made before November 5, 2011

In cases where an applicant has submitted their cost recovery fee payment but CPC-M has not received the FC4 sponsorship application before close of business (5 p.m. EST) on November 4, 2011, the applicant will receive a refund of the processing fees.

Humanitarian and Compassionate Requests

Requests made on the basis of Humanitarian and Compassionate grounds made from outside Canada that accompany any permanent resident application affected by Ministerial Instructions but not identified for processing under the Instructions will not be processed.

Updates to the IP 2 manual are forthcoming

For further information outlined in this OB, please contact your supervisor or your Regional Program Advisor (RPA). RPAs may in turn contact Operational Management and Coordination Branch at OMC-GOC-Immigration@cic.gc.ca.

Paiement des frais de traitement avant le 5 novembre 2011

Dans les cas où le demandeur acquitte les frais de traitement de sa demande, mais où le CTD-M ne reçoit pas la demande de parrainage CF4 le 4 novembre 2011 avant l'heure de fermeture des bureaux (17 h HNE), le demandeur sera remboursé.

Demandes pour circonstances d'ordre humanitaire

Les demandes pour circonstances d'ordre humanitaire qui accompagnent les demandes de résidence permanente non désignées aux fins de traitement aux termes des instructions ministérielles ne seront pas traitées.

Les mises à jour au guide IP 2 sont à venir

Pour obtenir de plus amples renseignements au sujet de ce BO, veuillez communiquer avec votre superviseur ou votre conseiller de programme régional (CPR). Les CPR peuvent ensuite communiquer par courriel avec la Direction générale de la gestion opérationnelle et de la coordination, à l'adresse suivante : OMC-GOC-Immigration@cic.gc.ca.

IMM-8534-11
2012 FC 1471

IMM-8534-11
2012 CF 1471

Faisal Nawaz Khan (*Applicant*)

Faisal Nawaz Khan (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : KHAN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Zinn J.—Toronto, October 29; Ottawa, December 13, 2012.

Cour fédérale, juge Zinn—Toronto, 29 octobre; Ottawa, 13 décembre 2012.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by immigration officer not to issue permanent resident card on basis that applicant not meeting residency requirement — Applicant applying to renew card — Case Processing Centre noting residency requirement complied with, informing applicant card could be picked up — Officer later reassessing applicant's absences in five years preceding day of pick-up; finding applicant not meeting residency requirement — Whether officer unlawfully refusing to provide issued card — Officer not functus officio — However, respondent confusing issuance of card with proving that residency obligation met — Relevant question whether applicant fulfilling obligation to include necessary information, documents — Officer's objection pertaining to whether applicant could pass new residency assessment — Applicant meeting requirements of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 59(1)(c) — Officer limited to comparing original documents to copies submitted with application — Able to withhold card if discrepancies found — Act not requiring residency assessment when card distributed — Such examination cannot impede issuance of card — Not open to officer to refuse to issue card once conditions met — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision d'une agente d'immigration de ne pas délivrer de carte de résident permanent au motif que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence — Le demandeur a fait une demande pour renouveler sa carte — Le Centre de traitement des demandes a noté que l'exigence en matière de résidence avait été satisfaite et a informé le demandeur qu'il pouvait venir chercher sa carte — L'agente a plus tard réévalué les absences du demandeur au cours des cinq années précédant le jour où il est allé chercher sa carte et a conclu que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence — Il s'agissait de savoir si l'agente a agi de manière illégale en refusant de remettre la carte délivrée — L'agente n'était pas dessaisie de l'affaire — Cependant, le défendeur a confondu la délivrance d'une carte avec la preuve que l'obligation de résidence a été respectée — La question qui s'est posée était de savoir si le demandeur a rempli son obligation de joindre à sa demande tous les renseignements et tous les documents exigés — L'objection soulevée par l'agente avait plutôt trait à la question de savoir si le demandeur satisfaisait à l'obligation de résidence — Le demandeur satisfaisait à toutes les exigences de l'art. 59(1)c) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'agente ne pouvait que comparer les documents originaux avec les copies que le demandeur avait produites avec sa demande — L'agente aurait pu retenir la carte si elle avait conclu qu'il y avait des différences — La Loi n'exige pas d'évaluation de résidence au moment de la délivrance de la carte — Cette vérification ne peut pas faire obstacle à la délivrance de la carte — Il n'était pas loisible à l'agente de refuser de délivrer la carte dès que les conditions avaient été respectées — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by an immigration officer not to issue a permanent resident card on the basis that the applicant did not meet the residency requirement.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'immigration de ne pas délivrer une carte de résident permanent au motif que le demandeur ne satisfaisait pas à l'exigence en matière de résidence.

The applicant submitted the required application form to Citizenship and Immigration Canada (CIC) to obtain a replacement card. The renewal application was received by the Case Processing Centre eight weeks after the applicant signed it. The officer who forwarded the application to the CIC office in Toronto indicated that the applicant had complied with the residency requirements set out in subparagraph 28(2)(a)(i) of the *Immigration and Refugee Protection Act* as of the date the application was received by CIC. The applicant was overseas when he was informed that he could pick up his new card. When the applicant arrived at the CIC office in Toronto, the officer informed him, after a review of his absences in the five years preceding that day, that he did not meet the residency requirement and that she could not issue the card to him.

At issue was whether the officer acted unlawfully in refusing to provide the applicant with his validly issued permanent resident card because the respondent was *functus officio* after granting the card; and whether the officer otherwise acted unlawfully since nothing in the Act mandates the review of the residency requirement when providing the card.

Held, the application should be allowed.

The officer was not *functus officio*. However, this is not to suggest that there were no limitations on the officer's obligation to hand over the card to the applicant. The respondent confused the issuance of a permanent resident card with proving that the residency obligation in the Act had been met. The relevant question was whether the applicant fulfilled his obligation to include all of the necessary information and documents in his application. The objection of the officer was not with the applicant's documents, but rather with whether the applicant could pass a fresh residency assessment based on the period the officer set. The evidence pointed to the conclusion that the applicant met all the requirements of paragraph 59(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. All that the officer could do once the applicant met those requirements was to compare the original documents handed to her by the applicant with the copies that he had provided with his application. If the officer had found that they did not match, then she could have withheld the card and had CIC investigate the matter. It is within the prerogative of the respondent to confirm that a permanent resident satisfies the residency obligation; however there is no legislated requirement that it be done when the card is picked up and such an examination cannot impede the issuance of the card. It was open to the officer at the CIC office in Toronto to question whether the applicant met the residency obligation at that date or at any other earlier date. What was not open to her was to refuse to issue him the card once he had met the conditions set out in subsection 59(1).

Le demandeur a soumis la demande exigée par Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) pour obtenir une nouvelle carte. La demande de renouvellement a été reçue par le Centre de traitement des demandes huit semaines après que le demandeur l'a signée. Le fonctionnaire qui a transmis la demande au bureau de CIC à Toronto a indiqué que le demandeur s'était conformé aux exigences en matière de résidence énoncées au sous-alinéa 28(2)a)(i) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la date à laquelle la demande a été reçue par CIC. Le demandeur était à l'étranger lorsqu'il a été informé qu'il pouvait venir chercher sa nouvelle carte. Lorsque le demandeur est arrivé au bureau de CIC à Toronto, l'agente l'a informée, après avoir examiné ses absences au cours des cinq années qui ont précédé ce jour-là, qu'il ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence et qu'elle ne pouvait pas lui délivrer la carte.

La question en litige était de savoir si l'agente a agi de manière illégale en refusant de remettre au demandeur sa carte de résident permanent parce que le défendeur était dessaisi de l'affaire après avoir accordé la carte et si l'agente a par ailleurs agi de manière illégale étant donné que rien dans la Loi n'exige qu'il faille s'assurer du respect des exigences en matière de résidence avant de remettre la carte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

L'agente n'était pas dessaisie de l'affaire. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il n'existait aucune limite quant à l'obligation de l'agente de remettre la carte au demandeur. Le défendeur a confondu la délivrance d'une carte de résident permanent avec la preuve que l'obligation de résidence prévue dans la Loi avait été respectée. La question qui s'est posée était de savoir si le demandeur avait rempli son obligation de joindre à sa demande tous les renseignements et tous les documents exigés. L'objection soulevée par l'agente n'avait pas trait aux documents du demandeur, mais avait plutôt trait à la question de savoir s'il satisfaisait à l'obligation de résidence quant à la période qu'elle avait fixée. Les éléments de preuve portaient à conclure que le demandeur satisfaisait à toutes les exigences de l'alinéa 59(1)c) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Ce que l'agente pouvait faire dès que le demandeur eut par ailleurs satisfait à ces conditions, c'était de comparer les documents originaux qui lui avaient été remis par le demandeur avec les copies qu'il avait produites avec sa demande. Si l'agente avait conclu qu'ils étaient différents, alors elle aurait pu retenir la carte et demander à CIC de faire enquête. Il relève de la prérogative du défendeur de confirmer si un résident permanent satisfait à l'obligation de résidence; toutefois, la Loi n'exige pas que cela soit fait au moment où le demandeur vient chercher sa carte et cette vérification ne peut pas faire obstacle à la délivrance de la carte. Il était loisible à l'agente du bureau de CIC à Toronto de se demander si le demandeur satisfaisait à l'obligation de résidence à cette date ou à toute

The respondent was ordered to send the permanent resident card to the applicant's location overseas if need be and to issue it to him once it was satisfied that copies of the documents submitted with the application reflected the originals.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 28, 44(2), 46(1), 63(3),(4).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 56, 57, 58(3),(4), 59(1).

CASES CITED

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Sidhu*, 2011 FC 1056, 397 F.T.R. 29; *Shaath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 731, [2010] 3 F.C.R. 117; *Bageerathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 513, 83 Imm. L.R. (3d) 111.

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration officer not to issue a permanent resident card on the basis that the applicant did not meet the residency requirement. Application allowed.

APPEARANCES

Matthew Jeffery for applicant.
Alexis Singer for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Matthew Jeffery, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

autre date antérieure. Ce qui ne lui était pas loisible de faire, c'était de refuser de lui délivrer la carte dès qu'il eut satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 59(1) du Règlement.

La Cour a ordonné au défendeur d'envoyer la carte de résident permanent à l'endroit où se trouve le demandeur à l'étranger en cas de besoin et de lui délivrer une fois que le défendeur est convaincu que les copies des documents soumis avec la demande correspondent aux originaux.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 28, 44(2), 46(1), 63(3),(4).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 56, 57, 58(3),(4), 59(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Sidhu*, 2011 CF 1056; *Shaath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 731, [2010] 3 R.C.F. 117; *Bageerathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 513.

DÉCISION CITÉE :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente d'immigration de ne pas délivrer de carte de résident permanent au motif que le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Matthew Jeffery pour le demandeur.
Alexis Singer pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Matthew Jeffery, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

ZINN J.:

Introduction

[1] Mr. Khan is a permanent resident of Canada and had been issued a permanent resident card (PR card) as proof of his status. PR cards are time limited and this application arises out of Mr. Khan's failed attempt to renew his now-expired PR card. The PR card does not create or maintain one's status as a permanent resident—it merely serves as proof of that status. Despite the fact that Mr. Khan no longer has a valid PR card, he remains a permanent resident of Canada.

Background

[2] Mr. Khan had a PR card valid for five years ending March 10, 2010. He submitted the required application form to Citizenship and Immigration Canada (CIC) to obtain a replacement PR card.

[3] The *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act), sets out a residency requirement for permanent residents. It provides that a “permanent resident must comply with a residency obligation with respect to every five-year period”: subsection 28(1) of the Act. “[A] permanent resident complies with the residency obligation with respect to a five-year period if, on each of a total of at least 730 days in that five-year period they are ... physically present in Canada”: subparagraph 28(2)(a)(i) of the Act. Under this requirement, a permanent resident can be abroad up to 1095 days in a five-year period. Subparagraph 56(2)(a)(vii) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), provides that “[a]n application for a permanent resident card must be made in Canada and include ... the periods during the previous five years that the applicant was absent from Canada”. Accordingly, applicants are asked on the PR card application form to list all absences from Canada “in the last five years” and, if the total number of days

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

LE JUGE ZINN :

Introduction

[1] M. Khan est un résident permanent du Canada et il a obtenu une carte de résident permanent (carte RP) comme preuve de son statut. Les cartes RP ont une durée limitée et la présente demande découle de la tentative infructueuse de M. Khan de renouvellement de sa carte RP maintenant expirée. La carte RP ne crée pas et ne maintient pas le statut de résident permanent d'une personne — elle ne fait que prouver ce statut. Malgré que M. Khan n'ait plus de carte RP valide, il demeure résident permanent du Canada.

L'historique

[2] M. Khan était détenteur d'une carte RP valide pour une période quinquennale prenant fin le 10 mars 2010. Il a soumis la demande exigée par Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) pour obtenir une nouvelle carte RP.

[3] La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), énonce les exigences en matière de résidence s'appliquant aux résidents permanents. Elle prévoit que « [l']obligation de résidence est applicable à chaque période quinquennale » : paragraphe 28(1) de la Loi. « [L]e résident permanent se conforme à l'obligation dès lors que, pour au moins 730 jours pendant une période quinquennale, selon le cas [...] il est effectivement présent au Canada » : sous-alinéa 28(2)a(i) de la Loi. En vertu de cette exigence, un résident permanent peut passer jusqu'à 1 095 jours à l'étranger pendant une période quinquennale. Le sous-alinéa 56(2)a(vii) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), prévoit que « [l]a demande de carte de résident permanent doit être faite au Canada et comporter [...] [les] périodes de séjour à l'étranger [du demandeur] au cours des cinq dernières années ». Par conséquent, le demandeur doit mentionner sur son formulaire de demande de carte RP toutes ses absences du Canada

equals 1095 or more, the applicant must complete other portions of the form focused on the exceptions set out in section 28 of the Act, none of which are relevant to the application before the Court.

[4] Mr. Khan provided an affidavit in this application in which he attests that he “signed” his application for a new PR card on April 12, 2010; he does not specifically say when he filed it with CIC. CIC records confirm that the renewal application was signed April 12, 2010, but indicate that it was received by CIC on June 8, 2010. It is not known what caused the delay of 8 weeks (56 days) between the signing and the receipt of the application. Mr. Khan swears that as at the date he signed his application form, he was absent from Canada for 1044 days, and was present in Canada 781 days. Therefore, in the five-year period ending April 12, 2010, Mr. Khan met the residency obligation specified in the Act.

[5] Also required to be included with an application for a PR card are copies of various documents specified in the Regulations. These include the applicant’s passport, issued travel documents, and various government issued identification cards: paragraphs 56(2)(c) and (d) of the Regulations.

[6] Like all applications for PR cards, Mr. Khan’s application was processed by CIC at its Case Processing Centre - Sydney (CPC-S). The Field Operations Support System (FOSS) notes in the record show the following entry on December 15, 2010, from CPC-S:

15DEC2010 – PR CARD REC’D IN SYDNEY. IMM 194; PPT: PAK828. CLIENT ABSENT 1044 DAYS AS OF 08JUN2010. [Emphasis added.]

[7] It is clear from this entry that the CIC official in Sydney who processed Mr. Khan’s application was satisfied, based on the information provided in and with the application, that Mr. Khan had been absent for 1044 days as of June 8, 2010, which was the date the application was received by CIC. The entry also indicates that on

« au cours des cinq dernières années » et, si le nombre total de jours s’élève à 1 095 ou plus. Le demandeur doit remplir d’autres parties du formulaire portant sur les exceptions énoncées à l’article 28 de la Loi, dont aucune ne s’applique à la demande dont la Cour est saisie.

[4] En l’espèce, M. Khan a produit un affidavit dans lequel il affirme qu’il « a signé » sa demande de renouvellement de sa carte RP le 12 avril 2010; il ne précise pas quand il l’a déposée auprès de CIC. Les dossiers de CIC confirment que la demande de renouvellement a été signée le 12 avril 2010, mais indiquent qu’elle a été reçue par CIC le 8 juin 2010. On ne sait pas ce qui a causé le retard de 8 semaines (56 jours) entre la signature et la réception de la demande. M. Khan jure qu’à la date à laquelle il a signé son formulaire de demande, il avait été absent du Canada pendant 1 044 jours et avait été présent au Canada pendant 781 jours. Par conséquent, au cours de la période quinquennale se terminant le 12 avril 2010, M. Khan s’est conformé à l’obligation de résidence prévue par la Loi.

[5] Des copies des divers documents mentionnés dans le Règlement doivent également être jointes à la demande de carte RP. Il s’agit notamment du passeport du demandeur, les documents de voyage qu’il a obtenus, et diverses cartes d’identité produites par le gouvernement : alinéas 56(2)c) et 56(2)d) du Règlement.

[6] Comme toutes les demandes de cartes RP, la demande de M. Khan a été traitée par CIC à son Centre de traitement des demandes de Sydney (le CTD-S). Les notes provenant du Système de soutien des opérations des bureaux locaux (le SSOBL) qui figurent au dossier contiennent l’inscription suivante qui a été faite le 15 décembre 2010 au CTD-S :

[TRADUCTION] 15DÉC2010 — CARTE DE RÉSIDENT PERMANENT REÇUE À SYDNEY. IMM 194; PPT: PAK828. CLIENT ABSENT 1 044 JOURS EN DATE DU 08JUIN2010. [Non souligné dans l’original.]

[7] Il ressort clairement de cette inscription que le fonctionnaire de CIC à Sydney qui a traité la demande de M. Khan était convaincu, compte tenu des renseignements fournis dans la demande et à l’appui de celle-ci, que M. Khan avait été absent pendant 1 044 jours en date du 8 juin 2010, date à laquelle la demande a été

that date CPC-S received Mr. Khan's new PR card which was valid to December 24, 2015, and it then forwarded the PR card to the CIC office at 25 St. Clair Ave. East in Toronto, Ontario (CIC GTA Central). In a letter dated January 12, 2011, Mr. Khan was informed that he could pick up his new PR card at CIC GTA Central on February 10, 2011; however, he was in Pakistan on that date and was unable to do so. The letter also advised that "if you are unavailable on this date, please visit our office within 180 days". Mr. Khan attended at CIC GTA Central on June 28, 2011, well within that 180-day period.

[8] The January 12, 2011, form letter provided further information to Mr. Khan as follows:

According to the *Immigration and Refugee Protection Act*, all permanent residents of Canada are **subject to a residency assessment** at the time of distribution of their new PR card. An immigration official will review your documents and may request additional information to determine your eligibility for a PR card.

REQUIRED DOCUMENTS:

- This letter;
- All passports and travel documents (**current and expired**);
- Original record of landing, confirmation of permanent residence (IMM 1000 or IMM 5292) or other Canadian residency/landing documents;
- Valid photo ID issued by the province or by a federal agency (e.g. driver's license, health card);
- Minors under age 14 must be accompanied by a parent or legal guardian with a birth certificate and/or legal guardianship papers;
- Expired PR card. A new card will not be issued unless your expired card has been surrendered with your

reçue par CIC. L'inscription indique également que c'est à cette date que le CTD-S a reçu la nouvelle carte de résident permanent de M. Khan, qui est valide jusqu'au 24 décembre 2015 et qu'il a ensuite envoyé la carte de résident permanent au bureau central de CIC de la région du Grand Toronto situé au 25, avenue St. Clair Est, Toronto (Ontario) (bureau central de CIC-RGT). Dans une lettre datée du 12 janvier 2011, M. Khan a été avisé qu'il pouvait aller chercher sa nouvelle carte de résident permanent au bureau central de CIC-RGT le 10 février 2011. M. Khan se trouvait toutefois au Pakistan à cette date et il ne pouvait pas aller chercher sa carte. La lettre mentionnait également ce qui suit : [TRADUCTION] « [S]i vous êtes dans l'impossibilité de vous présenter à notre bureau à cette date, veuillez le faire dans les 180 jours qui suivent ». M. Khan s'est présenté au bureau central de CIC-RGT le 28 juin 2011, bien avant l'expiration du délai de 180 jours.

[8] La lettre type du 12 janvier 2011 contenait les renseignements supplémentaires suivants :

[TRADUCTION] Selon la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, tous les résidents permanents du Canada font l'**objet d'une vérification de résidence** au moment de la délivrance de leur nouvelle carte de résident permanent. Un agent d'immigration examinera vos documents et pourra demander des renseignements supplémentaires afin de déterminer votre admissibilité à recevoir une carte de résident permanent.

DOCUMENTS EXIGÉS :

- La présente lettre;
- Tous vos passeports et documents de voyage (**en vigueur et expirés**);
- La fiche d'établissement originale, confirmation de résidence permanente (IMM 1000 ou IMM 5292) ou autres documents de résidence au Canada/établissement;
- Une carte d'identité avec photo valide délivrée par la province ou par un organisme fédéral (p.ex., permis de conduire, carte santé);
- Les mineurs de moins de 14 ans doivent être accompagnés par un parent ou un tuteur légal muni d'un acte de naissance et/ou de documents de tutelle légale;
- La carte de résident permanent expirée. Aucune nouvelle carte ne sera délivrée sauf si vous avez remis votre

application or is returned and/or accounted for.
[Emphasis in the original.]

[9] When Mr. Khan attended at CIC GTA Central on June 28, 2011, to pick up his new PR card, the CIC officer examined his former and current passport and asked him why he had taken so long to pick up his new PR card. He told her that he had been in Pakistan for the birth of his daughter. Mr. Khan attests that the officer then asked him to write down the dates of all of his absences in the five years preceding that day (June 28, 2011). He did so. The officer then said that it appeared that he did not meet the residency requirement and she could not issue the card to him. He protested saying that he thought the five-year period was from the date of the application, not the date when he picked up the card. The officer told him that it wasn't her decision and that a senior officer would be contacting him. The following entry was made (presumably by the officer at CIC GTA Central) in the FOSS notes on June 29, 2011: "CLIENT ABSENT 1309 DAYS. DID NOT MEET RESIDENCY. SENT TO INVESTIGATION".

[10] Mr. Khan then sought legal advice and his current counsel wrote asking for an explanation and demanding that the PR card be issued immediately. CIC responded as follows:

With regards to the above person's application for a Permanent Resident Card, the application was referred to our office on 29 JUN 2011 as the client was not meeting the residency obligations.

Currently the minimum assessment time is 1.5 years. Should the client require to travel within the time frame, he may do so with a valid passport. The client would then require to apply for a Travel Document at the nearest Canadian Visa Office to facilitate his return to Canada.

carte expirée avec votre demande ou si vous la remettez et/ou si vous indiquez ce que vous en avez fait.
[En caractère gras dans l'original.]

[9] Lorsque M. Khan s'est rendu au bureau central de CIC-RGT le 28 juin 2011 pour aller chercher sa nouvelle carte de résident permanent, l'agente de CIC a examiné son ancien passeport et son passeport actuel et lui a demandé pourquoi il avait pris tant de temps pour venir chercher sa nouvelle carte de résident permanent. Il lui a répondu qu'il s'était rendu au Pakistan pour la naissance de sa fille. M. Khan affirme que l'agente lui a ensuite demandé de lui donner par écrit toutes les dates pendant lesquelles il avait été absent au cours des cinq années précédant le 28 juin 2011. M. Khan a fait ce que l'agente lui a demandé. L'agente a ensuite dit qu'il semblait qu'il ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence et qu'elle ne pouvait pas lui délivrer la carte. Il a protesté en disant qu'il croyait que la période de cinq ans commençait à courir à compter de la date de la demande et non pas à compter de la date à laquelle il était allé chercher la carte. L'agente lui a dit que ce n'était pas sa décision et qu'un agent de rang supérieur communiquerait avec lui. L'inscription suivante a été faite le 29 juin 2011 (probablement par l'agente au bureau central de CIC-RGT) dans les notes du SSOBL : [TRADUCTION] « CLIENT ABSENT PENDANT 1 309 JOURS. NE SATISFAIT PAS AUX EXIGENCES EN MATIÈRE DE RÉSIDENCE. ENVOYÉ À ENQUÊTES ».

[10] M. Khan a ensuite consulté un avocat, lequel a écrit pour demander des explications et demander qu'une carte de résident permanent soit immédiatement délivrée à M. Khan. CIC a répondu ce qui suit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la demande de délivrance d'une carte de résident permanent faite par la personne susmentionnée, la demande a été envoyée à notre bureau le 29 JUIN 2011, car le client ne satisfaisait pas aux exigences en matière de résidence.

Actuellement, la période de résidence minimum est d'un an et demi. Si le client doit se rendre à l'extérieur du pays au cours de cette période de temps, il peut le faire en utilisant un passeport valide. Le client devra alors demander un titre de voyage au bureau canadien des visas le plus proche afin de faciliter son retour au Canada.

We do not expedite applications once referred to our office.

Nous ne procédons pas à un traitement accéléré des demandes qui nous sont envoyées.

[11] This application for leave and judicial review was commenced on November 23, 2011. Leave was opposed by the respondent claiming that no decision, within the meaning of section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, had been made. This Court granted leave by order dated July 31, 2012. It appears that shortly after leave was granted, CIC took a look at the applicant's file because an officer called Mr. Khan's counsel advising that she wished to continue the processing of Mr. Khan's PR card application. On August 29, 2012, the officer sent a letter to Mr. Khan via his counsel stating the following:

[11] La présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire a été introduite le 23 novembre 2011. Le défendeur a demandé à ce que l'autorisation ne soit pas accordée, car selon lui, aucune décision, au sens de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, n'a été rendue. La Cour a accordé l'autorisation par ordonnance datée du 31 juillet 2012. Il semble que peu de temps après que l'autorisation fut accordée, CIC a examiné le dossier du demandeur parce qu'une agente a appelé l'avocat de M. Khan et l'a avisé qu'elle désirait continuer à traiter la demande de carte de résident permanent de M. Khan. Le 29 août 2012, l'agente a envoyé une lettre à l'avocat de M. Khan dans laquelle elle a déclaré ce qui suit :

In order to continue to process your application for a Permanent Resident Card, a determination is required as to whether you have complied with the residency obligation, pursuant to section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[TRADUCTION] Afin que nous puissions continuer à traiter votre demande de carte de résident permanent, il nous faut déterminer si vous avez respecté l'obligation de résidence prévue à l'article 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

...

[...]

Please provide sufficient documentation to prove that you were physically present in Canada during the period of time under consideration, i.e. 09 June 2005 and 08 June 2010. [Emphasis in original.]

Veillez soumettre un nombre suffisant de documents attestant que vous avez été physiquement présent au Canada au cours de la période de temps en cause, à savoir du 9 juin 2005 au 8 juin 2010. [Souligné et en caractère gras dans l'original.]

[12] When contacted, the officer advised that the June 9, 2005 to June 8, 2010 period she sought represented the five-year period ending on the date that CIC received the application for the PR card and that she was "not interested" in the five-year period immediately prior to the date he attempted to pick up his card—the period that had been of interest to the officer at CIC GTA Central.

[12] Lorsqu'on a communiqué avec elle, l'agente a affirmé que la période qui l'intéressait, à savoir du 9 juin 2005 au 8 juin 2010, représentait la période quinquennale se terminant à la date à laquelle CIC a reçu la demande de carte de résident permanent et qu'elle [TRADUCTION] « ne s'intéressait pas » à la période quinquennale précédant immédiatement la date à laquelle le demandeur a tenté, sans succès, d'obtenir sa carte — à savoir la période prise en compte par l'agente au bureau central de CIC-RGT.

[13] The respondent filed an affidavit in this proceeding sworn September 10, 2012, by a CIC employee, Mr. Gillis, "lead analyst" on the Regulations. The applicant objected to this new evidence. I have considered it only insofar as the affiant attests to the process at CIC for issuing PR cards. To the extent that he purports to

[13] Le défendeur a déposé, dans le cadre de la présente procédure, un affidavit souscrit le 10 septembre 2012 par un employé de CIC, M. Gillis, « analyste principal » en matière de règlements. Le demandeur s'est opposé à l'admission de ce nouvel élément de preuve. J'en ai tenu compte seulement dans la mesure

interpret the Act and Regulations, it is improper and inadmissible.

[14] Mr. Gillis, in his affidavit, cautiously attests that the respondent may have used an incorrect five-year period earlier:

... it appears that the application for a permanent resident card may have been directed to the investigation inventory during the local office review that was conducted June 29, 2011. It is unclear from the notes provided what period of residency was used to determine why the application was referred to investigation – a process which in this local office can take 15 months or more. It may have been referred as the reviewing staff used the date that the Applicant appeared at the local office as the part of the five year residency period. As an incorrect residency period may have been used, the application has been removed from the investigation inventory and has been assigned to an officer for review. The officer has been advised on the correct residency period that is under review for the permanent resident card application. [Emphasis added.]

[15] At the hearing held on October 29, 2012, counsel for the respondent admitted that the officer at CIC GTA Central erred in stating that the five-year period for Mr. Khan's residency determination ended on that day; it should have ended on the date the application was received by CIC.

Issues and Standard of Review

[16] Mr. Khan raises the following issues:

1. Did the CIC GTA Central representative act unlawfully in refusing to provide Mr. Khan with his validly issued permanent resident card because the respondent was *functus officio* after granting the card?

où le souscripteur de l'affidavit témoigne quant au processus suivi par CIC quant à la délivrance de cartes de résident permanent. Dans la mesure où il vise à interpréter la Loi et les règlements, cet élément de preuve est irrecevable.

[14] M. Gillis, dans son affidavit, affirme avec circonspection que le défendeur a peut-être utilisé une période quinquennale non pertinente :

[TRADUCTION] [...] il semble que la demande de carte de résident permanent ait pu être envoyée à l'inventaire d'enquête au cours de l'examen du bureau régional qui a eu lieu le 29 juin 2011. Les notes soumises n'indiquent pas clairement quelle période de résidence a été utilisée pour déterminer pourquoi la demande a été envoyée aux enquêtes — un processus qui, dans ce bureau régional, peut prendre 15 mois ou plus. Elle a peut-être été renvoyée aux enquêtes parce que le personnel qui l'a examinée a utilisé la date à laquelle le demandeur s'est présenté au bureau régional comme date incluse dans la période quinquennale de résidence. Comme une période de résidence erronée a pu être utilisée, la demande a été retirée de l'inventaire des enquêtes et a été transmise pour examen à un agent. On a dit à l'agent quelle était la période de résidence qu'il fallait prendre en compte dans le cadre de l'examen de la demande de carte de résident permanent. [Non souligné dans l'original.]

[15] Lors de l'audience qui a eu lieu le 29 octobre 2012, l'avocat du défendeur a admis que l'agente au bureau central de CIC-RGT a commis une erreur en affirmant que la période quinquennale pertinente quant à la détermination de la résidence de M. Khan avait pris fin ce jour-là; elle prenait fin à la date à laquelle la demande avait été reçue par CIC.

Les questions en litige et la norme de contrôle

[16] M. Khan soulève les questions suivantes :

1. La représentante au bureau central de CIC-RGT a-t-elle agi de manière illégale en refusant de remettre à M. Khan sa carte de résident permanent délivrée en bonne et due forme parce que le défendeur était dessaisi de l'affaire après avoir accordé la carte?

2. Did the CIC GTA Central representative otherwise act unlawfully since nothing in the Act mandates the review of the residency requirement when providing the card?

[17] Mr. Khan submits that both issues are reviewable on a standard of correctness because the first is a matter of jurisdiction and the second is a matter of law. The respondent makes no submissions as to the appropriate standard of review.

[18] I am satisfied that both issues raise jurisdictional questions. Both issues ask whether the officer acted without jurisdiction in refusing to provide to or in withholding from Mr. Khan the PR card and accordingly are true questions of jurisdiction because they concern “whether [the officer’s] statutory grant of power [gave] it the authority to decide [that] particular matter”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 59, and see also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 42.

Analysis

1. *Functus Officio*

[19] Mr. Khan submits that his PR card had been issued by CPC-S and that all the officer at CIC GTA Central was to do was to hand it over to him after checking his documents. I do not agree.

[20] This submission turns on when a PR card is issued and by whom. I agree with the respondent that the PR card had been processed by CPC-S but that it had not yet been issued to Mr. Khan. The issuing of a PR card requires the transmitting to or delivery of the card to the applicant. That did not happen at CPC-S; it was to happen at CIC GTA Central when Mr. Khan arrived to take possession of his new card. Accordingly, I reject the submission that the officer at CIC GTA Central was

2. La représentante au bureau central de CIC-RGT a-t-elle par ailleurs agi de manière illégale étant donné que rien dans la Loi n’exige qu’il faille s’assurer du respect des exigences en matière de résidence avant de remettre la carte?

[17] M. Khan prétend que les deux questions en litige sont contrôlables selon la norme de la décision correcte parce que la première a trait à une question de compétence et que la deuxième a trait à une question de droit. Le défendeur ne formule aucun argument quant à la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer.

[18] Je suis convaincu que les deux questions en litige soulèvent des questions de compétence. Les deux questions portent sur la question de savoir si l’agente a agi sans compétence en refusant de remettre à M. Khan la carte de résident permanent, où en retenant celle-ci. Elles sont, par conséquent, de véritables questions de compétence parce qu’elles concernent la question de savoir « si les pouvoirs dont le législateur [...] a investi [l’agent] l’autorisent à trancher [la] question » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 59; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 42).

Analyse

1. Dessaisissement

[19] M. Khan prétend que sa carte de résident permanent a été délivrée par le CTD-S et que tout ce que l’agente au bureau central de CIC-RGT avait à faire c’était de lui remettre sa carte après avoir examiné ses documents. Je ne souscris pas à cette opinion.

[20] Cet argument porte sur la question de savoir quand une carte de résident permanent est délivrée et par qui. Je suis d’accord avec le défendeur pour affirmer que la carte de résident permanent avait été traitée par le CTD-S, mais elle n’avait pas encore été délivrée à M. Khan. Pour qu’il y ait délivrance d’une carte de résident permanent, il faut que la carte soit transmise ou remise au demandeur. Ce n’est pas ce qui s’est produit au CTD-S; c’est au bureau central de CIC-RGT que cela

functus. This is not to suggest that there were no limitations on the officer's obligation to hand over the PR card to Mr. Khan.

2. Limitations on Issuing a PR card

[21] Mr. Khan submits that, pursuant to subsection 59(1) of the Regulations, the officer was legally obliged to issue the PR card to him. He suggests that there was nothing else the officer could do. The respondent submits that prior to issuing the PR card, the officer had to ensure that Mr. Khan met the residency obligation. In my view, neither is correct. Mr. Khan's submission is not accepted because the officer must be satisfied that the conditions set out in subsection 59(1) of the Regulations have been met before issuing the PR card. The respondent's submission is incorrect because it confuses the issuance of a PR card with proving that the residency obligation in the Act has been met.

Why the applicant's submission is in error

[22] Subsection 59(1) of the Regulations provides:

Issuance of
new
permanent
resident
card

59. (1) An officer shall, on application, issue a new permanent resident card if

(a) the applicant has not lost permanent resident status under subsection 46(1) of the Act;

(b) the applicant has not been convicted under section 123 or 126 of the Act for an offence related to the misuse of a permanent resident card, unless a pardon has been granted and has not ceased to have effect or been revoked under the *Criminal Records Act*;

devait se produire lorsque M. Khan s'est présenté pour prendre possession de sa nouvelle carte. Par conséquent, je rejette l'argument voulant que l'agente au bureau central de CIC-RGT était dessaisie. Cela ne veut pas dire qu'il n'existait aucune limite quant à l'obligation de l'agente de remettre la carte de résident permanent à M. Khan.

2. Limites quant à la délivrance d'une carte de résident permanent

[21] M. Khan prétend que, en vertu du paragraphe 59(1) du Règlement, l'agente était tenue par la loi de lui délivrer la carte de résident permanent. Il affirme que c'est tout ce que l'agente devait faire. Le défendeur prétend que, avant de délivrer la carte de résident permanent, l'agente devait s'assurer que M. Khan s'était conformé à l'obligation de résidence. Selon moi, aucune de ces affirmations n'est exacte. L'argument de M. Khan n'est pas accepté parce que l'agente devait être convaincue que les conditions énoncées au paragraphe 59(1) du Règlement avaient été satisfaites avant de délivrer la carte de résident permanent. L'argument du défendeur est erroné parce que celui-ci confond la délivrance d'une carte de résident permanent avec la preuve que l'obligation de résidence prévue dans la Loi a été respectée.

La raison pour laquelle l'argument du demandeur est erroné

[22] Le paragraphe 59(1) du Règlement prévoit ce qui suit :

59. (1) L'agent délivre, sur demande, une nouvelle carte de résident permanent si les conditions suivantes sont réunies :

a) le demandeur n'a pas perdu son statut de résident permanent aux termes du paragraphe 46(1) de la Loi;

b) sauf réhabilitation — à l'exception des cas de révocation ou de nullité — en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, le demandeur n'a pas été condamné sous le régime des articles 123 ou 126 de la Loi pour une infraction liée à l'utilisation frauduleuse d'une carte de résident permanent;

Délivrance
d'une
nouvelle
carte de
résident
permanent

(c) the applicant complies with the requirements of sections 56 and 57 and subsection 58(4); and

(d) the applicant returns their last permanent resident card, unless the card has been lost, stolen or destroyed, in which case the applicant must produce all relevant evidence in accordance with subsection 16(1) of the Act.

c) le demandeur satisfait aux exigences prévues aux articles 56 et 57 et au paragraphe 58(4);

d) le demandeur rend sa dernière carte de résident permanent, à moins qu'il ne l'ait perdue ou qu'elle n'ait été volée ou détruite, auquel cas il doit donner tous éléments de preuve pertinents conformément au paragraphe 16(1) de la Loi.

[23] This provision stipulates that prior to being entitled to have a PR card issued, an applicant must meet the requirements set out in paragraph 59(1)(a) (i.e. he has not lost his permanent resident status under subsection 46(1) of the Act), and the requirements of paragraph 59(1)(c) (i.e. he has provided the documents and information required with his application set out in sections 56 and 57 and subsection 58(4) of the Regulations).

[23] Cette disposition prévoit que, avant d'avoir le droit de recevoir une carte de résident permanent, le demandeur doit satisfaire aux exigences énoncées à l'alinéa 59(1)a) (à savoir qu'il n'a pas perdu son statut de résident permanent aux termes du paragraphe 46(1) de la Loi), ainsi qu'aux exigences de l'alinéa 59(1)c) (à savoir qu'il a fourni avec sa demande les documents et les renseignements mentionnés aux articles 56 et 57 et au paragraphe 58(4) du Règlement).

Paragraph 59(1)(a) of the Regulations—Lost Permanent Resident Status

L'alinéa 59(1)a) du Règlement — Perte du statut de résident permanent

[24] The requirement in paragraph 59(1)(a) of the Regulations is met if “the applicant has not lost permanent resident status under subsection 46(1) of the Act”. That subsection provides as follows:

[24] L'exigence énoncée à l'alinéa 59(1)a) du Règlement est satisfaite si « le demandeur n'a pas perdu son statut de résident permanent aux termes du paragraphe 46(1) de la Loi ». Ce paragraphe prévoit ce qui suit :

Permanent resident **46.** (1) A person loses permanent resident status

46. (1) Emportent perte du statut de résident permanent les faits suivants : Résident permanent

(a) when they become a Canadian citizen;

a) l'obtention de la citoyenneté canadienne;

(b) on a final determination of a decision made outside of Canada that they have failed to comply with the residency obligation under section 28;

b) la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l'obligation de résidence;

(c) when a removal order made against them comes into force; or

c) la prise d'effet de la mesure de renvoi;

(d) on a final determination under section 109 to vacate a decision to allow their claim for refugee protection or a final determination under subsection 114(3) to vacate a decision to allow their application for protection.

d) l'annulation en dernier ressort de la décision ayant accueilli la demande d'asile ou celle d'accorder la demande de protection.

[25] Mr. Khan did not become a Canadian citizen and he has not made any claim for protection. Therefore, the

[25] M. Khan n'est pas devenu citoyen canadien et il n'a pas demandé l'asile. Par conséquent, les seules

only questions remaining are whether Mr. Khan “lost permanent resident status” as a result of “a final determination of a decision made outside of Canada that [he has] failed to comply with the residency obligation under section 28 ” (emphasis added) or had a removal order made against him. These provisions reflect the two ways that a permanent resident may be stripped of his status: (1) by actions taken when he is outside Canada, and (2) by actions taken when he is in Canada.

[26] *Canada (Citizenship and Immigration) v. Sidhu*, 2011 FC 1056, 397 F.T.R. 29 is an illustration of the first situation, in which a permanent resident outside Canada was determined by a visa officer in India that he had failed to comply with the residency obligation in section 28 of the Act. That decision was appealed to the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board pursuant to subsection 63(4) of the Act. *Shaath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 731, [2010] 3 F.C.R. 117 is an illustration of the second situation, in which a permanent resident in Canada was determined to have failed to comply with the residency obligation in section 28 of the Act. A removal order was issued against him pursuant to subsection 44(2) of the Act and that decision was appealed to the IAD pursuant to subsection 63(3) of the Act.

[27] There is no suggestion that Mr. Khan had lost his permanent resident status by virtue of a “decision made outside of Canada” [emphasis added]. In fact, there is no suggestion that any decision, either outside or inside Canada, has been made that has resulted in him losing his status. Whether or not he has lost status as a result of failing to reside in Canada the required amount of time remains under consideration by the respondent. More will be said of this later.

Paragraph 59(1)(c) of the Regulations—
Documents and Information

[28] To meet the requirement of paragraph 59(1)(c), Mr. Khan had to comply “with the requirements of

questions qui restent à trancher sont si M. Khan « a perdu son statut de résident permanent » à la suite de « la confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l’obligation de résidence » (non souligné dans l’original) ou de la prise d’une mesure de renvoi contre lui. Ces dispositions énoncent les deux façons par lesquelles un résident permanent peut perdre son statut : 1) par des mesures prises alors qu’il se trouve hors du Canada, et 2) par des mesures prises alors qu’il se trouve au Canada.

[26] La décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Sidhu*, 2011 CF 1056, illustre la première situation. Dans cette affaire, un agent des visas, en Inde, a jugé qu’un résident permanent qui se trouvait hors du Canada n’avait pas respecté l’obligation de résidence prévue à l’article 28 de la Loi. Cette décision a été portée en appel à la Section d’appel de l’immigration (la SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en conformité avec le paragraphe 63(4) de la Loi. La décision *Shaath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 731, [2010] 3 R.C.F. 117, illustre la deuxième situation. Dans cette affaire, il a été jugé qu’un résident permanent qui se trouvait au Canada n’avait pas respecté l’obligation de résidence prévue à l’article 28 de la Loi. Une mesure de renvoi a été prise contre lui en application du paragraphe 44(2) de la Loi et cette décision a été portée en appel à la SAI en application du paragraphe 63(3) de la Loi.

[27] Rien n’indique que M. Khan a perdu son statut de résident permanent en raison d’une « confirmation en dernier ressort du constat, hors du Canada, de manquement à l’obligation de résidence » [non souligné dans l’original]. En fait, rien n’indique qu’une décision, prise hors du Canada ou au Canada, a eu pour conséquence de lui faire perdre son statut. Le défendeur se demande toujours s’il a perdu son statut parce qu’il n’a pas résidé au Canada pendant la période de temps requise. Cette question sera examinée plus loin.

Alinéa 59(1)c) du Règlement — Documents et renseignements

[28] Pour satisfaire à l’exigence de l’alinéa 59(1)c), M. Khan devait satisfaire « aux exigences prévues aux

sections 56 and 57 and subsection 58(4) [of the Regulations]”. Section 56 of the Regulations prescribes the information and documents that must be included in an application for a PR card. The list is long. The relevant question is whether Mr. Khan fulfilled his obligation to include all of the necessary information and documents in his application.

[29] Mr. Gillis swears in his affidavit that PR cards are only sent by CPC-S to an applicant’s local CIC office for pickup after the application has been reviewed for completeness. Since Mr. Khan’s PR card was sent by CPC-S to CIC GTA Central this means that Mr. Khan’s application was reviewed and deemed complete by the respondent, if only preliminarily. The respondent does not suggest that Mr. Khan’s application was missing documents or information. The officer at CIC GTA Central refused to give Mr. Khan his new PR card only because she formed the view that he did not meet the residency obligation, not because his application was incomplete.

[30] Section 57 of the Regulations states that an applicant must sign an application on their own behalf. Again, there is no suggestion that Mr. Khan did not sign his own application.

[31] Subsections 58(3) and (4) of the Regulations require that an applicant personally attend to pick up his PR card and present the originals of the copied documents submitted with the application, for verification. They provide as follows:

58. ...

Attendance
required

(3) A permanent resident who applies for a permanent resident card under section 56 must, in order to be provided with the card, attend at the time and place specified in a notice mailed by the Department. If the permanent resident fails to attend within 180 days after the Department first mails a notice, the card shall be destroyed and

articles 56 et 57 et au paragraphe 58(4) [du Règlement] ». L’article 56 du Règlement prescrit que les renseignements et les documents qui doivent être joints à une demande de carte de résident permanent. La liste est longue. La question qui se pose est de savoir si M. Khan a rempli son obligation de joindre à sa demande tous les renseignements et tous les documents exigés.

[29] M. Gillis affirme dans son affidavit que les cartes de résident permanent ne sont envoyées par le CTD-S qu’au bureau régional de CIC du demandeur afin que celui-ci puisse aller la chercher après que la demande a été vérifiée pour s’assurer qu’elle est complète. Comme la carte de résident permanent de M. Khan a été envoyée par le CTD-S au bureau central de CIC-RGT, cela signifie que la demande de M. Khan a été vérifiée et jugée complète par le défendeur, ne serait-ce que de façon préliminaire. Le défendeur ne donne pas à penser que M. Khan avait omis de joindre des documents ou des renseignements à sa demande. L’agente au bureau central de CIC-RGT a refusé de remettre à M. Khan sa nouvelle carte de résident permanent uniquement parce qu’elle a estimé qu’il ne satisfaisait pas à l’obligation de résidence et non pas parce que sa demande était incomplète.

[30] L’article 57 du Règlement mentionne que toute personne qui fait une demande de résident permanent doit la faire pour elle-même et la signer. Je le rappelle, rien n’indique que M. Khan n’a pas signé sa demande.

[31] Les paragraphes 58(3) et 58(4) du Règlement exigent qu’un demandeur se présente afin de se voir remettre sa carte de résident permanent et produise les pièces originales dont les copies accompagnaient sa demande, à des fins de vérification. Ces dispositions prévoient ce qui suit :

58. [...]

(3) Le résident permanent qui fait une demande aux termes de l’article 56 doit, afin de se voir remettre la carte de résident permanent, se présenter aux date, heure et lieu mentionnés dans un avis envoyé par courrier par le ministère. Si le résident permanent ne se présente pas dans les cent quatre-vingts jours suivant la première mise

Exigence de
se présenter

the applicant must make a new application in order to be issued a permanent resident card.

à la poste d'un avis, la carte est détruite et il doit, s'il veut qu'une autre carte lui soit délivrée, faire une nouvelle demande.

Document
verification

(4) When attending in accordance with subsection (3), a permanent resident must produce the original documents copies of which were included in their application as required by paragraphs 56(2)(c) and (d).

(4) Lorsqu'il se présente conformément au paragraphe (3), le résident permanent produit les pièces originales dont les copies accompagnaient sa demande aux termes des alinéas 56(2)c) et d).

Vérification
des pièces

[32] Mr. Khan attests that he brought the required documents with him when he went to pick up his PR card on June 28, 2011. Again, there is no suggestion by the respondent that he did not. The objection of the officer at CIC GTA Central was never with the documents Mr. Khan brought with him, but rather with whether he could pass a fresh residency assessment based on the period she set.

[32] M. Khan affirme qu'il a apporté les documents exigés lorsqu'il s'est présenté afin de se voir remettre sa carte de résident permanent le 28 juin 2011. Je le rappelle, le défendeur ne donne pas à penser que M. Khan ne les a pas amenés. L'objection soulevée par l'agente au bureau central de CIC-RGT n'a jamais eu trait aux documents que Mr. Khan avaient apportés. Elle avait plutôt trait à la question de savoir s'il satisfaisait à l'obligation de résidence quant à la période qu'elle avait fixée.

[33] In summary, all of the evidence in the record points to the conclusion that Mr. Khan met all the requirements of paragraph 59(1)(c) of the Regulations. It was only after he had done so that he was entitled to be issued the PR card; however, once he had, then the officer was required to issue the PR card to him.

[33] En résumé, l'ensemble des éléments de preuve versés au dossier porte à conclure que M. Khan a satisfait à toutes les exigences de l'alinéa 59(1)c) du Règlement. Ce n'est qu'après avoir satisfait à ces exigences qu'il avait le droit de se voir remettre la carte de résident permanent; toutefois, dès qu'il eut satisfait aux exigences, l'agente devait lui remettre la carte de résident permanent.

[34] Subsection 59(1) of the Regulations mandates that on application for a PR card, an officer "shall" issue it if the requirements of paragraphs (a) to (d) are met. Mr. Khan met those requirements and thus the officer at CIC GTA Central was required to issue him the PR card that had previously been processed and sent there by CPC-S for issuance.

[34] Le paragraphe 59(1) du Règlement prescrit que l'agent « délivre » sur demande, une carte de résident permanent, si les conditions mentionnées aux alinéas a) à d) sont satisfaites. M. Khan a satisfait à ces conditions et, donc, l'agente au bureau central de CIC-RGT devait lui délivrer la carte de résident permanent qui avait déjà été traitée et envoyée au bureau central de CIC-RGT par le CTD-S afin qu'elle soit délivrée.

[35] What that officer could do, and ought to have done if she did not, was compare the original documents handed to her by Mr. Khan with the copies he provided with his application. If she found that they did not match, then she could have withheld the PR card and had CIC investigate the matter. In my view, that is all that the officer could do once Mr. Khan otherwise met the conditions set out in subsection 59(1) of the Regulations.

[35] Ce que l'agente pouvait faire, et aurait dû faire si elle ne l'a pas fait, c'était de comparer les documents originaux qui lui avaient été remis par M. Khan avec les copies qu'il avait produites avec sa demande. Si elle avait conclu qu'ils étaient différents, alors elle aurait pu retenir la carte de résident permanent et demander à CIC de faire enquête. Selon moi, c'est tout ce que l'agente pouvait faire dès que M. Khan eut par ailleurs satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 59(1) du Règlement.

Why the respondent's submission is in error

[36] The respondent submits that it is incumbent on an applicant to prove that he or she meets the residency requirements as at the date that the PR card application is received by CIC and not merely when he or she purports to have signed it. I agree with the respondent that the relevant date is the date when the application is filed with CIC, otherwise an applicant could unilaterally select an earlier date to sign the application, a date when he or she meets the residency obligation.

[37] In the majority of cases, the time between the date of signature and the date of receipt will only be a few days and it is not likely to be relevant to determining whether residency has been met. In this case, however, there was an unexplained gap of 8 weeks (56 days). That gap could have been relevant as Mr. Khan's application indicated that he had been in Canada, as of the date of signature, 781 days. If he left Canada immediately after signing the application then he would have been in Canada only 725 days—5 days short of the minimum requirement.

[38] It is certainly open to CPC-S, when processing an application, to satisfy itself if there is uncertainty as to whether the residency obligation is met as at the date of filing. It can seek further information from the applicant. Indeed, Mr. Gillis attests that CPC-S “conducts a review of the applicant's residency and other compliance with the IRPA and IRPR to assist in identifying applicants where there is a higher risk of non-compliance”. In this case, the FOSS notes contain an entry that confirms that CPC-S did the required residency review; it reads: “CLIENT ABSENT 1044 DAYS AS OF 08JUN2010”. One can only conclude from this entry that the officer at CPC-S was satisfied, although the officer may have been mistaken, that Mr. Khan met the residency obligation.

La raison pour laquelle l'argument du défendeur est erroné

[36] Le défendeur prétend qu'il incombe au demandeur de prouver qu'il satisfait aux exigences en matière de résidence à la date à laquelle CIC reçoit la carte de résident permanent et non pas simplement lorsqu'il prétend l'avoir signée. Je suis d'accord avec le défendeur pour affirmer que la date pertinente est la date à laquelle la demande est déposée auprès de CIC, autrement un demandeur pourrait unilatéralement choisir une date antérieure pour signer sa demande, une date à laquelle il satisfait à l'obligation de résidence.

[37] Dans la majorité des cas, il ne s'écoule que quelques jours entre la date de la signature et la date de réception et il est peu probable que ce délai ait une incidence sur la question de savoir si l'obligation de résidence a été satisfaite. En l'espèce, toutefois, il y avait une coupure inexpliquée de 8 semaines (56 jours). Cette coupure aurait pu avoir une incidence, car dans sa demande, M. Khan mentionnait qu'il avait été présent au Canada, à la date de la signature, pendant 781 jours. S'il a quitté le Canada immédiatement après avoir signé la demande, alors il n'a été présent au Canada que pendant 725 jours. Il lui manquait ainsi 5 jours pour atteindre le minimum requis.

[38] Il est certainement loisible au CTD-S, lorsqu'il traite une demande, de vérifier, en cas d'incertitude, si l'obligation de résidence est satisfaite à la date du dépôt. Il peut demander d'autres renseignements au demandeur. En effet, M. Gillis affirme que le CTD-S [TRADUCTION] « vérifie si le demandeur a satisfait aux exigences en matière de résidence ainsi qu'aux exigences prévues dans la LIPR et le RIPR dans le but de pouvoir reconnaître les demandeurs qui sont davantage à risque de ne pas satisfaire aux exigences ». En l'espèce, les notes du SSOBL contiennent une inscription qui confirme que le CTD-S a effectué la vérification requise en matière de résidence; l'inscription est ainsi libellée : [TRADUCTION] « CLIENT ABSENT 1 044 JOURS EN DATE DU 08 JUIN 2010 ». On ne peut que conclure, compte tenu de cette inscription, que l'agent au CTD-S estimait, bien qu'il ait pu se tromper, que M. Khan satisfaisait à l'obligation de résidence.

[39] I note that the information that Mr. Khan gave to the officer at CIC GTA Central was that in the five-year period preceding that date he had been absent from Canada from August 17, 2007 to February 28, 2010, and again from June 2, 2010 (or possibly June 12, 2010), to June 6, 2011. If accurate, this information supports that Mr. Khan was in Canada almost all of the period between signing the application and it being received by CIC.

[40] The respondent, however, submits that the officer at CIC GTA Central was obliged to withhold the PR card unless satisfied that Mr. Khan met the residency obligation. That is in error because meeting the residency obligation is not a condition for issuing the PR card set out in subsection 59(1) of the Regulations. Further, notwithstanding the statement in the form letter sent to those who are to pick up their new PR card that “According to the *Immigration and Refugee Protection Act*, all permanent residents of Canada are **subject to a residency** assessment at the time of distribution of their new PR card”, there is no such requirement in the Act. It is most certainly within the prerogative of the respondent to confirm at the time of pick up or at any other time that a permanent resident satisfies the residency obligation; however there is no legislated requirement that it be done at the time of the PR card pick up and such an examination cannot impede the issuance of the PR card.

[41] The Act requires that every permanent resident meet the residency obligation in every rolling five-year period. Therefore, although not required, it was open to the officer at CIC GTA Central to question whether Mr. Khan met the residency obligation as at that date or as at any other earlier date. What was not open to her was to refuse to issue him the PR card once he had met the conditions set out in subsection 59(1) of the Regulations.

[39] Je souligne que, selon les renseignements que M. Khan a donnés à l’agente au bureau central de CIC-RGT, dans les cinq années précédant la date susmentionnée, il s’est absenté du Canada du 17 août 2007 au 28 février 2010, et du 2 juin 2010 (ou peut-être le 12 juin 2010) au 6 juin 2011. S’il est exact, ce renseignement confirme que M. Khan était au Canada durant la quasi-totalité de la période comprise entre la signature de la demande et sa réception par CIC.

[40] Le défendeur, toutefois, prétend que l’agente au bureau central de CIC-RGT devait retenir la carte de résident permanent sauf si elle estimait que M. Khan satisfaisait à l’obligation de résidence. Cette affirmation est erronée parce que l’observation de l’obligation de résidence ne figure pas au paragraphe 59(1) du Règlement comme étant une des conditions de délivrance de la carte de résident permanent. De plus, la déclaration suivante figure dans la lettre type envoyée à ceux qui se présentent afin de recevoir leur nouvelle carte de résident permanent : « Selon la *Loi sur l’Immigration et la protection des réfugiés*, tous les résidents permanents du Canada font l’**objet d’une évaluation de résidence** au moment de la délivrance de leur nouvelle carte de résident permanent. » Or, cette exigence ne figure pas dans la Loi. Il relève très certainement de la prerogative du défendeur de confirmer, au moment où le résident permanent se présente afin de recevoir sa carte de résident permanent, où à tout autre moment, si celui-ci satisfait à l’obligation de résidence; toutefois, la Loi n’exige pas que cela soit fait au moment où le résident permanent se présente afin de recevoir sa carte de résident permanent et cette vérification ne peut pas faire obstacle à la délivrance de la carte de résident permanent.

[41] La Loi exige que chaque résident permanent satisfasse à l’obligation de résidence pour chaque période quinquennale continue. Par conséquent, bien que cela ne fut pas obligatoire, il était loisible au bureau central de CIC-RGT de se demander si M. Khan satisfaisait à l’obligation de résidence à la date susmentionnée ou à toute autre date antérieure. Ce qui ne lui était pas loisible de faire, c’était de refuser de lui délivrer la carte de résident permanent dès qu’il eut satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 59(1) du Règlement.

Remedy

[42] Mr. Khan asks, if his application is allowed, that the respondent be directed to issue a new PR card to him forthwith without requiring him to provide further information or appear in person to pick up the card. He also seeks his costs.

[43] Included as an exhibit to an affidavit of a consultant employed in the offices of Mr. Khan's counsel is an email from Mr. Khan explaining his current circumstances. He is now in Pakistan with his family. Counsel at the hearing said that it was unknown whether he could now return to Canada without a PR card. He cites *Bageerathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 513, 83 Imm. L.R. (3d) 111, where the Court directed the Minister to grant the applicant's husband permanent resident status in Canada due to [at paragraph 38] "the lack of comprehension and cooperation shown by the First Secretary and his obstinacy".

[44] Here, there was a refusal to acknowledge that Mr. Khan was entitled to be issued his new PR card notwithstanding questions as to whether he had complied with the residency obligation. Those questions could and should have been addressed later and, if it was determined that he had failed to meet the residency obligation, appropriate steps taken which would provide Mr. Khan with appeal rights to the IAD from any adverse decision.

[45] Mr. Khan, however, is entitled to be placed back in the position he ought to have been on June 28, 2011. He is entitled to the PR card that ought to have been issued to him that date, provided he produces the relevant original documents. If he is in Pakistan, then he should not be required to travel to Canada to re-attend at a CIC office in Canada to pick it up. Further, it is unclear whether Mr. Khan can obtain a visa to travel to Canada without a valid PR card to prove that he has permanent resident status in Canada. It is not clear from the record whether the officer at CIC GTA Central ever compared his original documents with those submitted with the

Le recours

[42] M. Khan demande, si sa demande est accueillie, qu'il soit ordonné au défendeur de lui délivrer sans délai une nouvelle carte de résident permanent sans lui demander de fournir d'autres renseignements ou de se présenter afin de se voir remettre la carte. Il réclame également ses dépens.

[43] Un courriel émanant de M. Khan, dans lequel celui-ci explique sa situation actuelle, a été joint à un affidavit souscrit par un expert-conseil travaillant dans les bureaux de l'avocat de M. Khan. Celui-ci se trouve actuellement au Pakistan avec sa famille. L'avocat a affirmé à l'audience qu'on ignorait si M. Khan pouvait actuellement retourner au Canada sans carte de résident permanent. Il renvoie à la décision *Bageerathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 513, où la Cour a ordonné au ministre d'accorder le statut de résident permanent au Canada au mari de la demanderesse en raison de [au paragraphe 38] « l'absence de compréhension et de collaboration manifestée par le premier secrétaire, [ainsi que] de [...] son obstination ».

[44] En l'espèce, on a refusé de reconnaître que M. Khan avait le droit de recevoir sa nouvelle carte de résident permanent en dépit des questions visant à savoir s'il avait satisfait à l'obligation de résidence. Ces questions pouvaient et auraient dû être réglées plus tard et, si on estimait que M. Khan n'avait pas satisfait à l'obligation de résidence, on devait prendre des mesures lui permettant de se pourvoir à la SAI contre toute décision défavorable.

[45] M. Khan, toutefois, a le droit d'être mis dans la position dans laquelle il aurait dû être le 28 juin 2011. Il a le droit de recevoir la carte de résident permanent qui aurait dû lui être délivrée à cette date, à condition qu'il produise les documents originaux pertinents. S'il est au Pakistan, alors il ne devrait pas être obligé de se rendre au Canada afin de se présenter à nouveau au bureau de CIC au Canada afin de se voir remettre la carte de résident permanent. De plus, on ne sait trop si M. Khan peut obtenir un visa pour entrer au Canada sans détenir une carte de résident permanent valide prouvant qu'il a le statut de résident permanent au Canada. Le

application or took possession of his old PR card. These are statutory requirements. Although an application for a PR card must be made in Canada there is no requirement in the Act that it must be issued to an applicant in Canada. The Court will order that Mr. Khan inform the respondent as to his current location and if he is in Pakistan, require that the PR card be sent to Islamabad where, upon satisfying an officer that the copies of the documents submitted with the application reflect the originals, and upon returning his expired PR card, if he has not previously done so, he will have the PR card issued to him. Unless Mr. Khan has previously handed over those documents to CIC and thus no longer has possession of them, he must produce them for inspection to be compared with the copies he sent with the application prior to being issued the PR card.

[46] As stated, the issuance of the PR card and the residency obligation are two distinct matters. The respondent is entitled to pursue an investigation as to whether Mr. Khan has met the residency obligation if it continues to have any concerns in that regard. The Court will not therefore order that Mr. Khan is free from responding to inquiries made by the respondent in this respect.

Costs

[47] Costs are exceptional in immigration applications. However, I find that this is one of those exceptional cases. But for the error made by the officer at CIC GTA Central, the applicant would have been issued the PR card and any question whether he met the residency obligation in the Act would have been investigated separately. The applicant has incurred unnecessary costs to bring this matter forward and accordingly is entitled to his costs, which are fixed at \$5 000 inclusive of fees, disbursements, and taxes.

dossier n'indique pas clairement si l'agente au bureau central de CIC-RGT, à un moment ou l'autre, a comparé les documents originaux avec ceux qui ont été soumis avec la demande ou a pris possession de l'ancienne carte de résident permanent. Il s'agit d'exigences prévues par la loi. Bien qu'une demande de carte de résident permanent doive être faite au Canada, la Loi n'exige pas qu'elle soit délivrée à un demandeur au Canada. La Cour ordonnera que M. Khan avise le défendeur quant à l'endroit où il se trouve présentement et, s'il est au Pakistan, exigera que la carte de résident permanent soit envoyée à Islamabad où, après avoir démontré à un agent que les copies des documents soumis avec la demande correspondent aux originaux, et après avoir remis sa carte de résident permanent expirée, s'il ne l'a pas déjà fait, M. Khan se verra remettre la carte de résident permanent. Sauf si M. Khan a déjà remis ces documents à CIC et ne les a donc plus en sa possession, il doit les produire afin que l'on puisse les comparer avec les copies qu'il a envoyées avec la demande avant de se voir remettre la carte de résident permanent.

[46] Comme je l'ai déjà dit, la délivrance de la carte de résident permanent et l'obligation de résidence sont deux questions différentes. Le défendeur a le droit de vérifier si M. Khan a satisfait à l'obligation de résidence s'il entretient toujours des doutes à cet égard. La Cour ne statuera donc pas que M. Khan n'a pas à répondre aux demandes de renseignements faites par le demandeur à cet égard.

Les dépens

[47] Il est exceptionnel que des dépens soient adjugés dans le cadre de demandes d'immigration. Toutefois, je conclus qu'il s'agit en l'espèce de l'un de ces rares cas. N'eût été l'erreur commise par l'agente au bureau central de CIC-RGT, le demandeur aurait reçu sa carte de résident permanent et la question de savoir s'il a satisfait à l'obligation de résidence prévue dans la Loi aurait fait l'objet d'une vérification séparée. Le demandeur a engagé des frais inutiles afin de soumettre cette question et il a donc droit à ses dépens, lesquels sont fixés à 5 000 \$, comprenant les honoraires, les débours et les taxes.

Certified Question

[48] The respondent has proposed the following question for certification:

Who has the jurisdiction to make the final determination on the merits of an application for a permanent resident card application—CPC-S who may authorize the production of the PR card or the CIC local office whose mandate is to issue the PR card pursuant to s. 59 of the regulations?

[49] Aside from the assumptions that the respondent has written into the question, it is not a certifiable question as it would not be determinative of an appeal of this decision.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is allowed and the decision of the officer on June 28, 2011, refusing to issue to Mr. Khan the permanent resident card that had been prepared and sent to it by CPC-S is set aside;
2. Within 30 days of the date hereof, the applicant is to advise the respondent, in writing, as to whether he is in Pakistan or Canada and he is to provide his current address;
3. Within 30 days after receiving such residence information, the respondent is directed to transmit the permanent resident card that was prepared for the applicant on December 15, 2010, to the Canadian High Commission in Islamabad, Pakistan, if the applicant advises that he is currently residing there, or to the CIC office closest to the applicant's residence if the applicant advises that he is currently residing in Canada;
4. The respondent is directed to advise the applicant no more than 90 days from the date hereof, as to where, in accordance with this judgment, he may pick up his permanent resident card and the applicant shall be required to attend in person to pick it up;

La question certifiée

[48] Le défendeur a proposé la question suivante à des fins de certification :

Qui a compétence pour rendre une décision finale quant au bien-fondé d'une demande de carte de résident permanent — est-ce CTD-S, qui peut autoriser la production de la carte de résident permanent, ou le bureau régional de CIC, qui a pour mandat de délivrer la carte de résident permanent en conformité avec l'article 59 du Règlement?

[49] Mis à part les hypothèses que le défendeur a formulées dans la question, il ne s'agit pas d'une question qui peut être certifiée, car elle ne serait pas déterminante quant à l'issue d'un appel de cette décision.

JUGEMENT

LA COUR STATUE ce qui suit :

1. La présente demande est accueillie et la décision par laquelle l'agente, le 28 juin 2011, a refusé de délivrer à M. Khan la carte de résident permanent qui avait été préparée et qui lui avait été envoyée par le CTD-S est annulée;
2. Dans les 30 jours suivants, la date de la présente décision, le demandeur doit aviser le défendeur, par écrit, quant à savoir s'il se trouve au Pakistan ou au Canada et il doit faire mention de son adresse actuelle;
3. Dans les 30 jours suivants la réception de ce renseignement sur la résidence, le défendeur doit transmettre la carte de résident permanent qui a été préparée pour le demandeur le 15 décembre 2010 au Haut-commissariat du Canada à Islamabad (Pakistan), si le demandeur mentionne que c'est là qu'il réside présentement, ou au bureau de CIC qui est situé le plus près de la résidence du demandeur si le demandeur affirme qu'il réside présentement au Canada;
4. Le défendeur doit aviser le demandeur au plus tard dans les 90 jours suivant la date de la présente décision, de l'endroit où, conformément au présent jugement, il peut aller chercher sa carte de résident permanent et le demandeur doit aller la chercher en personne;

5. If the applicant has not previously handed over to the respondent the originals of all or any of the documents copied in his application for a permanent resident card, then he must present them for comparison with the copies provided with his application, prior to being issued the permanent resident card, which shall be issued if the copies match the original documents;

6. If the applicant has not previously done so, he is to return his expired permanent resident card, as required by paragraph 59(1)(d) of the Regulations;

7. If the original documents do not match the copies the applicant submitted with his application for the renewal of his permanent resident card, then the respondent shall not be required to issue the card to the applicant without further examination;

8. The applicant is awarded \$5 000 in costs, inclusive of fees, disbursements and taxes; and

9. No question is certified.

5. Si le demandeur n'a pas déjà remis au défendeur les originaux de l'ensemble ou d'une partie des documents copiés joints à sa demande de carte de résident permanent, alors, avant de recevoir la carte de résident permanent, il doit produire ceux-ci pour qu'ils soient comparés aux copies fournies avec sa demande et, s'ils sont conformes aux documents originaux, on lui remettra la carte de résident permanent;

6. Si le demandeur ne l'a pas déjà fait, il doit rendre sa carte de résident permanent expirée, comme l'exige l'alinéa 59(1)d) du Règlement;

7. Si les documents originaux ne correspondent pas aux copies que le demandeur a soumises avec sa demande de renouvellement de sa carte de résident permanent, alors le défendeur n'est pas tenu de délivrer, sans vérification, la carte au demandeur;

8. Le demandeur a droit à des dépens de 5 000 \$, incluant les frais, débours et taxes;

9. Aucune question n'est certifiée.

T-671-12
2012 FC 1463

T-671-12
2012 CF 1463

Brent William van Buskirk (*Applicant*)

Brent William van Buskirk (*demandeur*)

v.

c.

Canada (Solicitor General) (*Respondent*)

Canada (Solliciteur général) (*défendeur*)

INDEXED AS: VAN BUSKIRK v. CANADA (SOLICITOR GENERAL)

RÉPERTORIÉ : VAN BUSKIRK c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Shore J.—Vancouver, November 27; Ottawa, December 11, 2012.

Cour fédérale, juge Shore—Vancouver, 27 novembre; Ottawa, 11 décembre 2012.

Parole — Judicial review of calculation of applicant's parole eligibility dates by Chief of Sentence Management (CSM) at penal institution — Applicant seeking to have eligibility dates recalculated to exclude community supervision portion of youth sentence — Applicant minor when committing murder but adult when committing other crimes — Serving aggregate sentence of 17 years, 2 months — Sentenced under Youth Criminal Justice Act (YCJA), s. 42(2)(q)(i), which included custodial YCJA sentence, conditional community supervision (non-custodial YCJA sentence) — Later, applicant receiving concurrent adult sentences under Criminal Code (Code), s. 465(1)(a) — Applicant's sentences considered one sentence under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 139 — On June 13, October 23, 2012, CCRA amended making non-custodial youth sentences under YCJA, s. 42(2)(q)(i) included in calculating individual's parole eligibility dates, statutory release date, warrant expiry date — CSM determining that applicant's sentences merged under CCRA, s. 139; therefore, including applicant's 48-month non-custodial YCJA sentence when calculating eligibility dates — Whether recent amendments to CCRA applying to applicant to include applicant's non-custodial YCJA sentence in determining his parole eligibility dates — Plain reading of Code, s. 743.5(3)(a) suggesting that applicant's non-custodial YCJA sentence must be included in calculating his parole eligibility under CCRA — Federal Court of Appeal decision in J.P. v. Canada (Attorney General) involving youth sentenced under YCJA discussed, distinguished from present case — Applicant's judicial review in regard to calculation of applicant's parole eligibility under CCRA, ss. 119(1)(c) 120.1, denied on basis of Criminal Code, s. 743.5(3)(a) whereby applicant's non-custodial YCJA sentence deemed single sentence of imprisonment for purpose of sentence merger provisions in CCRA, s. 139 — Application dismissed.

Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire du calcul des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle du demandeur par le chef de la gestion des peines (CGP) à l'établissement pénitentiaire — Le demandeur voulait que l'on recalcule ses dates d'admissibilité de manière à exclure le volet « mise en liberté sous condition au sein de la collectivité » de sa peine spécifique — Le demandeur était mineur lorsqu'il a commis un meurtre, mais adulte lorsqu'il a commis d'autres crimes — Il purge une peine d'emprisonnement totale de 17 ans et 2 mois — Il a été condamné, en application de l'art. 42(2)q(i) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (la LSJPA), à une peine d'emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA et à une mise en liberté sous condition au sein de la collectivité (peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA) — Plus tard, le demandeur a été condamné à des peines pour adulte concurrentes en vertu de l'art. 465(1)a du Code criminel — Les peines imposées au demandeur étaient considérées comme une seule peine en vertu de l'art. 139 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLSC) — Le 13 juin et le 23 octobre 2012, la LSCMLSC a été modifiée en vue d'inclure les peines spécifiques sans placement sous garde visées à l'art. 42(2)q(i) dans le calcul des dates d'admissibilité d'un individu à la libération conditionnelle, ainsi que des dates de libération d'office et d'expiration du mandat — Le CGP a conclu que les peines imposées au demandeur avaient été fusionnées en vertu de l'article 139 de la LSCMLSC; par conséquent, il a inclus la peine sans placement sous garde d'une durée de 48 mois du demandeur lorsqu'il a calculé ses dates d'admissibilité — Il s'agissait de savoir si les récentes modifications apportées à la LSCMLSC s'appliquaient au demandeur de façon à inclure sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans la détermination de ses dates d'admissibilité à la libération conditionnelle — Une simple lecture de l'art. 743.5(3)a du Code criminel laissait entendre que la peine sans placement sous garde en vertu de la LSJPA du demandeur était à inclure dans le calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de

This was an application for judicial review of the calculation of the applicant's parole eligibility dates by the Chief of Sentence Management (CSM) at a penal institution in British Columbia. The applicant submitted that the CSM committed an error of law by including the community supervision portion of his youth sentence in calculating his day parole, full parole and statutory release dates under the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA); he sought to have his eligibility dates recalculated to exclude the community supervision portion of his youth sentence.

The applicant was a first-time offender serving an aggregate sentence of 17 years, 2 months. He was a minor when he committed the crime of murder but was 18 when he entered into conspiracies to murder certain individuals. The applicant pled guilty to first degree murder and received a sentence under subparagraph 42(2)(q)(i) of the *Youth Criminal Justice Act* (YCJA) of 6 years in custody (custodial YCJA sentence) and 4 years of conditional community supervision (non-custodial YCJA sentence) minus deductions for time already served. Later, the applicant received concurrent adult sentences of 8 and 6 years for conspiracy to commit murder (minus credit for pre-sentence custody) under paragraph 465(1)(a) of the *Criminal Code* (Code), which sentences were to run consecutively to a another sentence he had received and the YCJA sentences. The applicant was informed of his eligibility dates by Correctional Service of Canada (CSC), which had included his non-custodial YCJA sentence in the calculation. At the applicant's request, it was later confirmed that all of the applicant's sentences were considered one sentence under section 139 of the CCRA.

la LSCMLSC — La décision de la Cour d'appel fédérale dans J.P. c. Canada (Procureur général) dans laquelle un jeune a été condamné en vertu de la LSCMLSC a fait l'objet de discussions, mais elle se distinguait de la présente cause — La demande de contrôle judiciaire du demandeur au sujet du calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle en vertu des art. 119(1)c) et 120.1 de la LSCMLSC a été rejetée sur le fondement de l'art. 743.5(3)a) du Code criminel selon lequel la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur a été considérée comme une seule peine d'emprisonnement pour l'application des dispositions en matière de fusion de peines qui figurent à l'art. 139 de la LSCMLSC — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du calcul des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle du demandeur par le chef de la gestion des peines (CGP) d'un établissement pénitentiaire en Colombie-Britannique. Le demandeur a fait valoir que le CGP a commis une erreur de droit en incluant le volet « mise en liberté sous condition au sein de la collectivité » de sa peine spécifique dans le calcul des dates de son admissibilité à la semi-liberté, à la libération conditionnelle totale et à la libération d'office sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLSC); il voulait que l'on recalcule ses dates d'admissibilité de manière à exclure le volet « mise en liberté sous condition au sein de la collectivité » de sa peine spécifique.

Le demandeur était un délinquant primaire qui purgeait une peine d'emprisonnement totale de 17 ans et 2 mois. Il était mineur lorsqu'il a commis un assassinat, mais il était âgé de 18 ans lorsqu'il a été impliqué dans d'autres complots pour assassiner certaines personnes. Le demandeur a plaidé coupable à une accusation de meurtre au premier degré et a été condamné, en application du sous-alinéa 42(2)(q)(i) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (la LSJPA) à une peine de six années d'emprisonnement (la peine d'emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA) et de quatre années de mise en liberté sous condition au sein de la collectivité (la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA). Une période a été soustraite pour le temps déjà purgé. Plus tard, le demandeur a été condamné à des peines concurrentes de huit et de six ans pour complot en vue de commettre un meurtre (moins un crédit pour détention présentencielle) en application de l'alinéa 465(1)a) du *Code criminel* (le Code), lesquelles peines devaient être purgées à la suite d'une autre peine pour laquelle il avait été condamné et des peines imposées en vertu de la LSJPA. Le Service correctionnel du Canada (le SCC) a informé le demandeur de ses dates d'admissibilité, ce qui incluait sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA. À sa demande, on lui a plus tard confirmé que toutes ses peines étaient considérées comme une seule peine au sens de l'article 139 de la LSCMLSC.

On June 13 and October 23, 2012, the CCRA was amended, making non-custodial youth sentences under subparagraph 42(2)(q)(i) of the YCJA included in calculating an individual's eligibility dates for full parole and day parole, an individual's statutory release date and warrant expiry date.

The CSM determined that the applicant's sentences had been merged under section 139 of the CCRA and, in doing so, the CSM included the applicant's 48-month non-custodial YCJA sentence. The CSM consequently calculated the applicant's eligibility dates according to an aggregate sentence of 17 years and 2 months. The applicant argued that his non-custodial YCJA sentence should not be included in determining his parole eligibility dates because parole cannot attach to non-custodial sentences whereas the respondent argued that no error was made in calculating the applicant's parole eligibility dates and that the applicant's non-custodial YCJA sentence should be included in determining his parole eligibility due to recent amendments to the CCRA.

The issue was whether the recent amendments to the CCRA applied to the applicant to include his non-custodial YCJA sentence in determining his parole eligibility dates.

Held, the application should be dismissed.

The applicant argued that pursuant to *J.P. v. Canada (Attorney General)*, a non-custodial YCJA sentence does not fall within the meaning of "sentence" under the CCRA for the purposes of calculating parole eligibility dates. However, a plain reading of paragraph 743.5(3)(a) of the Code suggested that the applicant's non-custodial YCJA sentence must be included in calculating his parole eligibility under the CCRA. The critical distinction between this application and the one decided by the Federal Court of Appeal in *J.P.* was that subsection 743.5(1) and paragraph 743.5(3)(a) of the Code applied to the applicant in this case but did not apply to the applicant in *J.P.* In *J.P.*, the applicant was convicted and sentenced as a youth under the YCJA and did not receive a consecutive sentence as an adult under the Code. The Federal Court of Appeal held that the definition of "sentence" in section 2 of the CCRA could not encompass a non-custodial youth sentence. The applicant in the present case was subject to the conversion provisions under section 743.5 of the Code because he was sentenced to a term of imprisonment for an offence while subject to a youth sentence imposed under paragraph 42(2)(q) of the YCJA. The effect of subsection 743.5(1) of the Code was that his youth sentence under

Le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012, la LSCMLSC a été modifiée en vue d'inclure les peines spécifiques sans placement sous garde visées au sous-alinéa 42(2)(q)(i) de la LSJPA dans le calcul des dates d'admissibilité d'un individu à la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté, ainsi que des dates de libération d'office et d'expiration du mandat.

Le CGP a conclu que les peines imposées au demandeur avaient été fusionnées en vertu de l'article 139 de la LSCMLSC, et, ce faisant, il a inclus la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA d'une durée de 48 mois. Il a par la suite calculé les dates d'admissibilité du demandeur en fonction d'une peine totale d'une durée de 17 ans et 2 mois. Le demandeur a soutenu qu'il ne fallait pas inclure la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans le calcul des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle, car cette dernière ne peut pas se rapporter à des peines sans placement sous garde, tandis que le défendeur a fait valoir qu'aucune erreur n'avait été commise dans le calcul des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle et que la peine d'emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA au demandeur doit être incluse dans la détermination de son admissibilité à la libération conditionnelle à cause de modifications récemment apportées à la LSCMLSC.

Il s'agissait de savoir si les récentes modifications apportées à la LSCMLSC s'appliquaient au demandeur de façon à inclure sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans la détermination de ses dates d'admissibilité.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Le demandeur a fait valoir que conformément à la décision *J.P. c. Canada (Procureur général)*, une peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA ne tombe pas sous le coup du mot « peine » défini dans la LSCMLSC en vue du calcul des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle. Toutefois, selon une simple lecture de l'alinéa 743.5(3)(a) du Code, cette peine est à inclure dans le calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLSC. La distinction critique qu'il y avait entre la présente demande et celle tranchée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *J.P.* était que le paragraphe 743.5(1) et l'alinéa 743.5(3)(a) du Code s'appliquaient au demandeur en l'espèce, mais pas à celui dont il était question dans l'affaire *J.P.* Dans cette dernière, le demandeur avait été déclaré coupable et condamné en tant qu'adolescent en vertu de la LSJPA et ne s'était pas vu imposer une peine consécutive en tant qu'adulte en vertu du Code. La Cour d'appel fédérale a conclu que la définition du mot « peine » qui figure à l'article 2 de la LSCMLSC ne pouvait englober une peine spécifique sans placement sous garde. Le demandeur en l'espèce était assujéti aux dispositions de conversion que prévoit l'article 743.5 du Code parce qu'il a été condamné à une

paragraph 42(2)(q) of the YCJA had to be dealt with as if it had been a sentence imposed under the Code. The effect of paragraph 743.5(3)(a) of the Code, which applied to the applicant, is that the rationale underlying the decision in *J.P.* could not apply to this application. By virtue of paragraph 743.5(3)(a), the applicant's non-custodial YCJA sentence was deemed a single sentence of imprisonment for the purpose of the sentence merger provisions in section 139 of the CCRA. Under section 139 thereof, the applicant's non-custodial YCJA sentence merged with his other sentences into a single sentence for the purposes of calculating his parole eligibility dates under sections 119 and 120.1 of the CCRA.

Even though paragraph 743.5(3)(a) of the Code was determinative of this application, it was worth considering whether the CCRA amendments would have been of immediate or retroactive application if the applicant were not subject to section 743.5 of the *Criminal Code*. A plain reading of paragraph 119(1) and section 120.1 of the unamended CCRA suggested that the amended CCRA would have operated to change the past legal effect of the applicant's ongoing eligibility for full parole and day parole if section 745.3 of the Code had not applied by delaying the date on which he became eligible to apply for full and day parole. Since the applicant would (but for section 743.5 of the Code) have already been eligible to apply by the time the amendments to the CCRA came into force, applying those amendments to his circumstances would have had the effect of changing the past legal effect of this situation. Consequently, the amendments in such circumstances would have resulted in an impermissible retroactive application of the law.

Pursuant to subsection 743.5(3) of the Code and section 139 of the CCRA, the applicant's non-custodial YCJA sentence also had to be included in calculating his statutory release date. Section 743.5 of the Code and section 139 of the CCRA merged the applicant's non-custodial YCJA sentence with his other sentences into a single sentence of imprisonment for the purposes of calculating his statutory release date under section 127 of the CCRA.

peine d'emprisonnement pour une infraction tout en étant sous le coup d'une peine spécifique imposée en vertu de l'alinéa 42(2)(q) de la LSJPA. L'effet du paragraphe 743.5(1) du Code est que la peine spécifique imposée au demandeur en vertu de l'alinéa 42(2)(q) de la LSJPA devait être purgée comme s'il s'agissait d'une peine imposée en vertu du Code. L'alinéa 743.5(3)(a) du Code, lui, avait pour effet que le raisonnement qui sous-tend la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *J.P.* ne pouvait s'appliquer à la décision dont il était question en l'espèce. Du fait de l'alinéa 743.5(3)(a), la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur a été considérée comme une seule peine d'emprisonnement pour l'application des dispositions en matière de fusion de peines qui figurent à l'article 139 de la LSCMLSC. Aux termes de l'article 139, la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur a été fusionnée à ses autres peines en vue d'en faire une seule pour le calcul des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle aux termes des articles 119 et 120.1 de la LSCMLSC.

Même si l'alinéa 743.5(3)(a) était déterminant dans le cas de la présente demande, il pouvait être utile de vérifier si les modifications à la LSCMLSC auraient eu une application immédiate ou rétroactive si le demandeur n'était pas assujéti à l'article 743.5 du Code. Une simple lecture du paragraphe 119(1) et de l'article 120.1 de la version non modifiée de la LSCMLSC donne à penser que la version modifiée de cette loi aurait eu pour effet de changer l'effet juridique passé de l'admissibilité continue du demandeur à la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté si l'article 745.3 du Code ne s'était pas appliqué, en retardant la date à laquelle il est devenu admissible à demander la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté. Étant donné que le demandeur (n'eût été de l'article 743.5 du Code) aurait déjà été admissible à présenter une demande à l'époque où les modifications à la LSCMLSC sont entrées en vigueur, l'application de ces modifications à ses circonstances aurait eu pour effet de changer l'effet juridique passé de cette situation. Par conséquent, l'application des modifications dans de telles circonstances aurait donné lieu à une application rétroactive inadmissible de la loi.

Conformément au paragraphe 743.5(3) du Code et à l'article 139 de la LSCMLSC, la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur devait aussi être incluse dans le calcul de la date de sa libération d'office. L'article 743.5 du Code et l'article 139 de la LSCMLSC ont fusionné la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur à ses autres peines en vue d'obtenir une seule peine d'emprisonnement pour le calcul de la date de sa libération d'office aux termes de l'article 127 de la LSCMLSC.

While hearing the present application did not have the effect of resolving a controversy which could affect the rights of the parties, (the applicant had become eligible for both day and full parole), the factor of judicial economy militated highly in favour of hearing the application. The issues of whether paragraph 743.5(3)(a) already applied to include a non-custodial YCJA sentence in calculating parole eligibility dates and whether the amendments to the CCRA had an immediate or retrospective effect on the calculation of the day and full parole of individuals was very likely to arise in other applications.

Même si entendre la présente demande n’a pas eu pour effet de résoudre une controverse qui aurait pu avoir une incidence sur les droits des parties (le demandeur est devenu admissible à la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté), le facteur de l’économie des ressources judiciaires militait fortement en faveur de l’audition de la présente demande. Les questions de savoir si l’alinéa 743.5(3)a) s’appliquait déjà de manière à inclure une peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans le calcul des dates d’admissibilité à la libération conditionnelle et si les modifications apportées à la LSCMLSC ont eu un effet immédiat ou rétroactif sur le calcul de la semi-liberté et de la libération conditionnelle totale d’individus avaient de très fortes chances de se poser dans d’autres demandes.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1) “sentence”, 99, 119, 119.2, 120, 120.1, 120.2, 120.3, 127, 139.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 465(1)(a), 743.5.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, ss. 75, 76, 196, 197.
Safe Streets and Communities Act: Order Fixing Various Dates as the Day on which Certain Sections of the Act Come into Force, SI/2012-48.
Safe Streets and Communities Act: Order Fixing June 13, 2012 as the Day on which Sections 52 to 107 and 147 of the Act Come into Force, SI/2012-40.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 42(2)(q), 89(1),(3).

CASES CITED

APPLIED:

J.P. v. Canada (Attorney General), 2009 FC 402, [2010] 3 F.C.R. 3, affd 2010 FCA 90, [2011] 4 F.C.R. 29 (as to standard of review); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449.

DISTINGUISHED:

J.P. v. Canada (Attorney General), 2009 FC 402, [2010] 3 F.C.R. 3, affd 2010 FCA 90, [2011] 4 F.C.R. 29.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 465(1)a), 743.5.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, ch. 1, art. 75, 76, 196, 197.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés : Décret fixant au 13 juin 2012 la date d’entrée en vigueur des articles 52 à 107 et 147 de la loi, TR/2012-40.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés : Décret fixant diverses dates d’entrée en vigueur de certains articles de la loi, TR/2012-48.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) « peine » ou « peine d’emprisonnement », 99, 119, 119.2, 120, 120.1, 120.2, 120.3, 127, 139.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 42(2)q), 89(1),(3).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

J.P. c. Canada (Procureur général), 2009 CF 402, [2010] 3 R.C.F. 3, conf. par 2010 CAF 90, [2011] 4 R.C.F. 29 (quant à la question de la norme de contrôle); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

J.P. c. Canada (Procureur général), 2009 CF 402, [2010] 3 R.C.F. 3, conf. par 2010 CAF 90, [2011] 4 R.C.F. 29.

CONSIDERED:

R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500, (1996), 73 B.C.A.C. 81; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. K. (C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194; *R. v. Van Buskirk*, 2007 BCSC 1925; *R. v. C.(A.)*, 2008 ONCJ 613 (CanLII); *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 732, (1986), 66 N.R. 380.

AUTHORS CITED

Baudouin, L. *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*. Paris: Dalloz, 1965.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1984.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPLICATION for judicial review of the calculation of the applicant's parole eligibility dates by the Chief of Sentence Management at a penal institution in British Columbia. Application dismissed.

APPEARANCES

Patrick M. Fullerton for applicant.
Mark E. W. East for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Smart, Harris & Martland, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

SHORE J.:

I. Introduction

[1] The applicant seeks judicial review of the calculation of his parole eligibility dates by the Chief of Sentence Management (CSM) at Kent Institution in Agassiz, British Columbia. According to the applicant, the CSM committed an error of law by including the community supervision portion of his youth sentence in calculating his day parole, full parole, and statutory release dates (eligibility dates) under the *Corrections*

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. v. K. (C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194; *R. v. Van Buskirk*, 2007 BCSC 1925; *R. v. C.(A.)*, 2008 ONCJ 613 (CanLII); *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation et autres*, [1986] 1 R.C.S. 732.

DOCTRINE CITÉE

Baudouin, L. *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*. Paris : Dalloz, 1965.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Qc : Yvon Blais, 1982.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire du calcul des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle du demandeur par le chef de la gestion des peines d'un établissement pénitentiaire en Colombie-Britannique. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Patrick M. Fullerton pour le demandeur.
Mark E. W. East pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Smart, Harris & Martland, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE SHORE :

I. Introduction

[1] Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la façon dont le chef de la gestion des peines (CGP) de l'Établissement Kent, situé à Agassiz (Colombie-Britannique), a calculé les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Selon lui, le CGP a commis une erreur de droit en incluant le volet « mise en liberté sous condition au sein de la collectivité » de sa peine spécifique dans le calcul des dates de son admissibilité

and *Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA). The applicant asks this Court to order that his eligibility dates be recalculated to exclude the community supervision portion of his youth sentence.

II. Judicial Procedure

[2] This is an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 of the CSM's decision, dated February 29, 2012.

III. Background

[3] The applicant, Mr. Brent William van Buskirk, was born in 1986 and is a first-time offender serving an aggregate sentence of 17 years, 2 months.

[4] On August 29, 2004, the applicant (a few weeks before his 18th birthday) murdered an individual pursuant to a contract killing for profit.

[5] In December 2004, the applicant (then aged 18) entered into a conspiracy with a co-conspirator to murder an individual. The conspiracy did not come to fruition.

[6] In January 2005, the applicant entered into another conspiracy to kill another individual. This conspiracy did not proceed beyond the planning stage.

[7] On December 21, 2006, the applicant received a 24-month custodial sentence for the common law offence of contempt of court (contempt of court sentence) because he refused to be sworn and to give evidence in the trial of his co-conspirator.

[8] On November 30, 2007, the applicant pled guilty to first degree murder and received a sentence under subparagraph 42(2)(q)(i) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (YCJA) of 6 years in custody

à la semi-liberté, à la libération conditionnelle totale et à la libération d'office (les dates d'admissibilité) sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la LSCMLSC). Le demandeur voudrait que la Cour ordonne que l'on recalcule ses dates d'admissibilité de manière à exclure le volet « mise en liberté sous condition au sein de la collectivité » de sa peine spécifique.

II. La procédure judiciaire

[2] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, relativement à la décision du CGP datée du 29 février 2012.

III. Le contexte

[3] Le demandeur, M. Brent William van Buskirk, est né en 1986; ce délinquant primaire purge une peine d'emprisonnement totale de 17 ans et 2 mois.

[4] Le 29 août 2004, le demandeur (quelques semaines avant son 18^e anniversaire) a assassiné une personne dans le cadre d'un meurtre commandé et rétribué.

[5] En décembre 2004, le demandeur (alors âgé de 18 ans) a planifié avec un cocomploteur l'assassinat d'une personne. Le complot ne s'est pas concrétisé.

[6] En janvier 2005, le demandeur a été impliqué dans un autre complot d'assassinat. Ce dernier n'a pas dépassé le stade de la planification.

[7] Le 21 décembre 2006, le demandeur s'est vu infliger une peine d'emprisonnement de 24 mois pour l'infraction d'outrage au tribunal en common law (la peine d'outrage au tribunal) parce qu'il avait refusé de prêter serment et de témoigner dans le cadre du procès de son cocomploteur.

[8] Le 30 novembre 2007, le demandeur a plaidé coupable à une accusation de meurtre au premier degré et a été condamné, en application du sous-alinéa 42(2)(q)(i) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les*

(custodial YCJA sentence) and 4 years of conditional community supervision (non-custodial YCJA sentence). One year and 2 months were deducted from the custodial YCJA sentence for time already served.

[9] On December 10, 2007, the applicant received concurrent sentences of 8 and 6 years for two counts of conspiracy to commit murder (adult conspiracy sentences) under paragraph 465(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-34 (Code). The applicant's adult conspiracy sentences were to run consecutively to his contempt of court sentence and the YCJA sentences. The applicant received a credit of one year for pre-sentence custody towards each count of conspiracy to commit murder.

[10] The applicant's sentences commenced on December 21, 2006.

[11] On December 13, 2007, the Correctional Service of Canada (CSC) informed the applicant that his warrant expiry date was February 20, 2024, his statutory release date was June 1, 2018, his full parole eligibility date was December 19, 2012, and his day parole eligibility date was June 19, 2012.

[12] In calculating the applicant's eligibility dates, the CSC had included his non-custodial YCJA sentence, bringing his aggregate sentence to 17 years and 2 months.

[13] On February 27, 2012, the applicant made submissions to the CSM requesting an affidavit outlining his eligibility dates and asking if the combined sentences were considered one sentence under section 139 of the CCRA.

[14] On February 29, 2012, the CSM confirmed that all of the applicant's sentences were considered one sentence under section 139 of the CCRA and provided

adolescents, L.C. 2002, ch. 1 (la LSJPA) à une peine de six années d'emprisonnement (la peine d'emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA) et de quatre années de mise en liberté sous condition au sein de la collectivité (la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA). Une période d'un an et deux mois a été soustraite de la peine d'emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA pour le temps déjà purgé.

[9] Le 10 décembre 2007, le demandeur a été condamné à des peines concurrentes de huit et de six ans pour deux chefs de complot en vue de commettre un meurtre (les peines de complot applicables aux adultes) en application de l'alinéa 465(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Ces peines de complot applicables aux adultes devaient être purgées à la suite de la peine d'outrage au tribunal et des peines imposées en vertu de la LSJPA. Le demandeur a obtenu un crédit d'un an pour détention présentencielle à l'égard de chaque chef de complot en vue de commettre un meurtre.

[10] Les peines imposées au demandeur ont commencé le 21 décembre 2006.

[11] Le 13 décembre 2007, le Service correctionnel du Canada (le SCC) a informé le demandeur que la date d'expiration de son mandat était le 20 février 2024, la date de sa libération d'office était le 1^{er} juin 2018, la date d'admissibilité à sa libération conditionnelle totale était le 19 décembre 2012 et la date d'admissibilité à sa semi-liberté était le 19 juin 2012.

[12] Pour calculer les dates d'admissibilité du demandeur, le SCC avait inclus sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA, ce qui faisait passer la durée de sa peine totale à 17 ans et 2 mois.

[13] Le 27 février 2012, le demandeur a demandé au CGP de fournir un affidavit énonçant ses dates d'admissibilité et d'indiquer si les peines combinées étaient considérées comme une seule peine au sens de l'article 139 de la LSCMLSC.

[14] Le 29 février 2012, le CGP a confirmé que la totalité des peines infligées au demandeur étaient considérées comme une seule peine au sens de l'article 139 de la

the affidavit requested by the applicant and described in paragraph 11, above.

[15] On June 13, 2012 and October 23, 2012, the CCRA was amended to make express Parliament's intention that non-custodial youth sentences under subparagraph 42(2)(q)(i) would be included in calculating an individual's eligibility dates for full parole and day parole, an individual's statutory release date, and an individual's warrant expiry date.

IV. Decision under Review

[16] The CSM determined that the applicant's sentences had been merged under section 139 of the CCRA. In merging these sentences, the CSM included his 48-month non-custodial YCJA sentence. The CSM consequently calculated his eligibility dates according to an aggregate sentence of 17 years and 2 months.

[17] According to the CSM's calculations, the applicant's eligibility date for day parole was June 19, 2012 and for full parole was December 19, 2012, his statutory release date was June 1, 2018, and his warrant expiry date was February 20, 2024.

V. Issue

[18] Do the recent amendments to the CCRA apply to the applicant to include his non-custodial YCJA sentence in determining his eligibility dates?

VI. Relevant Legislative Provisions

[19] Please see Annex A for the relevant legislative provisions of the CCRA (including those provisions coming into force on June 13, 2012 and October 23, 2012 pursuant to the amendments to the CCRA).

LSCMLSC et il a fourni l'affidavit demandé et décrit au paragraphe 11 qui précède.

[15] Le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012, la LSCMLSC a été modifiée en vue de concrétiser l'intention expresse du législateur d'inclure les peines spécifiques sans placement sous garde visées au sous-alinéa 42(2)q(i) dans le calcul des dates d'admissibilité d'un individu à la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté, ainsi que des dates de libération d'office et d'expiration du mandat.

IV. La décision faisant l'objet du présent contrôle

[16] Le CGP a conclu que les peines imposées au demandeur avaient été fusionnées en vertu de l'article 139 de la LSCMLSC. En fusionnant ces peines, le CGP a inclus la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA d'une durée de 48 mois. Il a par la suite calculé ses dates d'admissibilité en fonction d'une peine totale d'une durée de 17 ans et 2 mois.

[17] Selon les calculs du CGP, la date d'admissibilité du demandeur à la semi-liberté était le 19 juin 2012 et la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale était le 19 décembre 2012, la date de sa libération d'office était le 1^{er} juin 2018 et la date d'expiration de son mandat était le 20 février 2024.

V. La question en litige

[18] Les récentes modifications apportées à la LSCMLSC s'appliquent-elles au demandeur de façon à inclure sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans la détermination de ses dates d'admissibilité?

VI. Les dispositions législatives applicables

[19] L'annexe A présente les dispositions applicables de la LSCMLSC (y compris celles qui sont entrées en vigueur le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012 conformément aux modifications qui y ont été apportées).

[20] Please see Annex A for the relevant legislative provisions of the CCRA that applied before the amendments to the CCRA came into force on June 13, 2012 and October 23, 2012.

[21] Please see Annex A for the relevant legislative provisions of the YCJA.

[22] Please see Annex A for the relevant provisions of the Code.

VII. Position of the Parties

[23] In essence, the applicant submits that his non-custodial YCJA sentence should not be included in determining his parole eligibility dates because parole cannot attach to non-custodial sentences.

[24] The applicant cites *J.P. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 402, [2010] 3 F.C.R. 3, affd 2010 FCA 90, [2011] 4 F.C.R. 29, for the proposition that a non-custodial YCJA sentence does not fall within the meaning of “sentence” under the CCRA for the purposes of calculating parole eligibility dates. According to the applicant, the facts of *J.P.* parallel those in the present case, with two exceptions: (i) the applicant was sentenced under subparagraph 42(2)(q)(i) of the YCJA; and, (ii) he also received consecutive sentences as an adult under the Code.

[25] The applicant states that his sentence was converted into an adult offence under subsection 743.5(1) of the Code when he was sentenced for a term of imprisonment for conspiracy to commit murder.

[26] According to the applicant, the CCRA defines “sentence” to mean a sentence of imprisonment and youth sentence imposed under the YCJA.

[27] The applicant acknowledges that legislative reform to the *Safe Streets and Communities Act* [S.C.

[20] L’annexe A présente les dispositions applicables de la LSCMLSC qui s’appliquaient avant l’entrée en vigueur, le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012, des modifications qui y ont été apportées.

[21] L’annexe A présente les dispositions applicables de la LSJPA.

[22] L’annexe A présente les dispositions applicables du *Code criminel*.

VII. Les positions des parties

[23] Le demandeur soutient essentiellement qu’il ne faudrait pas inclure la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans le calcul des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle car cette dernière ne peut pas se rapporter à des peines sans placement sous garde.

[24] Le demandeur cite la décision *J.P. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 402, [2010] 3 R.C.F. 3, conf. par 2010 CAF 90, [2011] 4 R.C.F. 29, à l’appui de la thèse qu’une peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA ne tombe pas sous le coup du mot « peine » défini dans la LSCMLSC en vue du calcul des dates d’admissibilité à la libération conditionnelle. Selon lui, les faits dont il est question dans la décision *J.P.* se comparent à ceux dont il est question en l’espèce, à deux exceptions près : i) le demandeur a été condamné à une peine en vertu du sous-alinéa 42(2)(q)(i) de la LSJPA, et ii) il a aussi été condamné à des peines consécutives en tant qu’adulte en vertu du *Code criminel*.

[25] Le demandeur déclare que sa peine a été transformée en une peine pour adultes en vertu du paragraphe 743.5(1) du *Code criminel* lorsqu’il a été condamné à une peine d’emprisonnement pour complot en vue de commettre un meurtre.

[26] Selon le demandeur, la LSCMLSC définit une « peine » comme une peine d’emprisonnement et une peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA.

[27] Le demandeur reconnaît que la réforme législative de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*

2012, c. 1] (SSCA) has expanded the definition of “sentence” in the CCRA [subsection 2(1)] to include custodial and community supervision sentences.

[28] Notwithstanding these amendments, the applicant argues that interpreting “sentence” to include his non-custodial youth sentence is fundamentally flawed and that parole is a discretionary form of release that allows an offender to serve a portion of his custodial sentence outside the physical confines of a penal institution, it is inconsistent with and cannot attach to a sentence, or portion of a sentence that is non-custodial. The applicant cites *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500 for the proposition that custodial and non-custodial sentences are fundamentally different and *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61 for the proposition that parole cannot apply to an offender who was under a conditional sentence of imprisonment and not incarcerated. The applicant, referring to *J.P.*, above, also observes that parole cannot be granted to a young offender who has been conditionally released. Finally, the applicant refers this Court to *R. v. K.(C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194, which held [at paragraph 22] that “[t]reating a transferred youth exactly like an adult runs into an immediate difficulty in the [*sic*] calculation of the sentence itself” because a conversion can result in a person receiving a sentence of imprisonment in excess of the 6-year period limited by the YCJA.

[29] The respondent argues that the CSM did not err in calculating the applicant’s parole eligibility, statutory release, and warrant expiry dates. According to the respondent, the applicant’s non-custodial YCJA sentence should be included in determining his parole eligibility due to recent amendments to the CCRA.

[L.C. 2012, ch. 1] (la LSRC) a élargi la définition du mot « peine » figurant dans la LSCMLSC [paragraphe 2(1)] en vue d’inclure les peines comportant un placement sous garde et les peines de mise en liberté sous condition au sein de la collectivité.

[28] Le demandeur soutient qu’indépendamment de ces modifications le fait de considérer que le mot « peine » englobe la peine spécifique sans placement sous garde est fondamentalement vicié; par ailleurs, la libération conditionnelle est une forme de libération discrétionnaire qui permet à un délinquant de purger une partie de sa peine avec placement sous garde en dehors des murs d’un établissement pénal, et elle ne cadre pas avec une peine ou une partie d’une peine qui ne comporte pas un placement sous garde et ne peut pas s’y rapporter. Le demandeur cite l’arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, à l’appui de la thèse selon laquelle les peines qui comportent un placement sous garde et celles qui n’en comportent pas sont fondamentalement différentes; il cite aussi l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, à l’appui de la thèse selon laquelle la libération conditionnelle ne peut s’appliquer à un délinquant qui a été l’objet d’une peine d’emprisonnement avec sursis et non incarcéré. Faisant référence à la décision *J.P.*, précitée, il fait également remarquer qu’on ne peut pas accorder la libération conditionnelle à un jeune délinquant qui a été libéré sous condition. Enfin, il renvoie la Cour à la décision *R. c. K.(C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194, où il a été conclu [au paragraphe 22] que le fait de [TRADUCTION] « [t]raiter un adolescent transféré exactement de la même façon qu’un adulte pose d’emblée une difficulté pour le calcul de la peine elle-même » parce qu’une conversion peut faire en sorte qu’une personne se retrouve condamnée à une peine d’emprisonnement qui excède la période limitée de six ans que prévoit la LSJPA.

[29] Le défendeur soutient que le CGP n’a pas commis d’erreur en calculant les dates d’admissibilité à la libération conditionnelle, de libération d’office et d’expiration du mandat du demandeur. Selon lui, la peine d’emprisonnement imposée en vertu de la LSJPA au demandeur doit être incluse dans la détermination de son admissibilité à la libération conditionnelle à cause de modifications récemment apportées à la LSCMLSC.

[30] The respondent submits that Parliament introduced the SSCA to extend the meaning of “sentence” under subsection 2(1) and section 99 of the CCRA to include non-custodial youth sentences in response to *J.P.*, above.

[31] In particular, section 196 of the SSCA modifies the definition of “sentence” in subsection 2(1) of the CCRA to include a youth sentence consisting of a custodial portion and a non-custodial portion. As modified by section 197 of the SSCA, paragraph 99(2)(b) of the CCRA also now provides that the expiration of a sentence refers to the day on which the sentence expires, notwithstanding the non-custodial portion of a youth sentence. Finally, section 75 of the SSCA introduces section 119.2 of the CCRA, which provides that, for the purposes of sections 120 to 120.3 of the CCRA, parole eligibility for a youth sentence is determined on the basis of the total of its custodial and non-custodial periods.

[32] The respondent states that section 76 of the SSCA [which amends sections 120 to 120.3 of the CCRA] came into force on June 13, 2012 and sections 196 and 197 of the SSCA came into force on October 23, 2012.

[33] According to the respondent, the CSM calculated the applicant’s parole eligibility on the basis that (i) his youth sentences were converted into adult sentences under subsection 743.5(1) of the Code and that (ii) his youth and adult sentences were merged into one sentence under section 139 of the CCRA.

[34] According to the respondent’s construction, section 743.5 of the Code deems a YCJA sentence to be a sentence imposed under the Code where an individual receives a youth sentence under subparagraph 42(2)(q)(i) of the YCJA but receives a subsequent sentence as an adult. The respondent reasons that section 743.5 of the Code brings the applicant’s youth sentence within the scope of subsection 139(1) of the CCRA. In the interpretation advanced by the respondent, subsection 139(1)

[30] Le défendeur allègue que le législateur a introduit la LSRC en vue d’étendre le sens donné au mot « peine » au paragraphe 2(1) et à l’article 99 de la LSCMLSC et d’inclure ainsi les peines spécifiques sans placement sous garde en réponse à la décision *J.P.*, précitée.

[31] En particulier, l’article 196 de la LSRC modifie la définition d’une « peine » qui figure au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC de façon à inclure une peine spécifique comprenant un volet comportant un placement sous garde et un volet sans placement sous garde. L’alinéa 99(2)(b) de la LSCMLSC, qui a été modifié par l’article 197 de la LSRC, dispose aussi maintenant que l’expiration d’une peine s’entend du jour où expire la peine, indépendamment du volet « sans placement sous garde » d’une peine spécifique. Enfin, l’article 75 de la LSRC introduit l’article 119.2 de la LSCMLSC, lequel dispose que, pour l’application des articles 120 à 120.3 de la LSCMLSC, l’admissibilité à la libération conditionnelle dans le cas d’une peine spécifique est déterminée en fonction de la somme des périodes de placement sous garde et sans garde.

[32] Le défendeur déclare que l’article 76 de la LSRC [qui modifie les articles 120 à 120.3 de la LSCMLSC] est entré en vigueur le 13 juin 2012 et que les articles 196 et 197 de la LSRC sont entrés en vigueur le 23 octobre 2012.

[33] Selon le défendeur, le CGP a calculé l’admissibilité du demandeur à la libération conditionnelle sur le fondement suivant : i) ses peines spécifiques ont été converties en des peines pour adulte en application du paragraphe 743.5(1) du *Code criminel*; et ii) ses peines spécifiques et ses peines pour adulte ont été fusionnées en une seule peine en application de l’article 139 de la LSCMLSC.

[34] Selon l’interprétation du défendeur, l’article 743.5 du *Code criminel* considère qu’une peine imposée en vertu de la LSJPA est une peine imposée en vertu du *Code criminel* dans les cas où un individu se voit d’abord infliger une peine spécifique en application du sous-alinéa 42(2)(q)(i) de la LSJPA et, ensuite, une peine pour adulte. Le défendeur est d’avis que l’article 743.5 du *Code criminel* fait tomber la peine spécifique qui a été imposée au demandeur sous le coup du paragraphe 139(1) de la

provides that an individual is deemed to have been sentenced to one sentence if he or she is (i) subject to a sentence that has not expired and (ii) receives additional sentences (merged sentence); the merged sentence begins on the first of those sentences to be served and ends on the expiration of the last of them to be served.

[35] The respondent argues that the applicant's consecutive sentences trigger section 120.1 of the CCRA, which outlines how parole is calculated if additional consecutive sentences are imposed. Pursuant to section 120.1 of the CCRA, the applicant's eligibility for parole is calculated from December 10, 2007, the date of the imposition of his youth sentence of 8 years and 2 months and his adult sentence for conspiracy to commit murder of 7 years. The respondent claims that the applicant's parole eligibility is determined on the basis of a sentence of 15 years and 2 months.

[36] The respondent argues that the applicant's eligibility date for full parole is 1/3 of his consecutive sentence of 15 years and 2 months under subsection 120(1) and section 120.1 of the CCRA. Under paragraph 119(1)(c) of the CCRA, the applicant became eligible for day parole 6 months before he becomes eligible for full parole. The effect of these provisions, the respondent submits, is that the applicant's eligibility dates are December 19, 2012 and June 19, 2012 for full parole and day parole, respectively.

[37] The respondent states that section 127 of the CCRA entitles a person serving a determinate sentence to release after serving a period of custody of not less than 2/3 of their sentence (statutory release date). Based on a sentence of 17 years and 2 months, the applicant's statutory release date is June 1, 2018.

LSCMLSC. Selon son interprétation, le paragraphe 139(1) dispose qu'un individu est réputé avoir été condamné à une seule peine si : i) il est sous le coup d'une peine qui n'est pas expirée; et ii) il est condamné à des peines additionnelles (peine fusionnée); la peine fusionnée commence à la date de la première de ces peines et prend fin à l'expiration de la dernière d'entre elles.

[35] Le défendeur soutient que les peines consécutives du demandeur déclenchent l'application de l'article 120.1 de la LSCMLSC, qui décrit de quelle façon la libération conditionnelle est calculée lorsqu'on impose des peines consécutives additionnelles. Aux termes de l'article 120.1 de la LSCMLSC, l'admissibilité du demandeur à une libération conditionnelle est calculée à partir du 10 décembre 2007, soit la date de l'imposition de sa peine spécifique de 8 ans et 2 mois et de celle de sa peine pour adulte pour complot en vue de commettre un meurtre, d'une durée de 7 ans. Il soutient que l'admissibilité du demandeur à la libération conditionnelle est déterminée en fonction d'une peine d'une durée de 15 ans et 2 mois.

[36] Selon le défendeur, la date d'admissibilité du demandeur à la libération conditionnelle totale est le tiers de sa peine consécutive de 15 ans et 2 mois aux termes du paragraphe 120(1) et de l'article 120.1 de la LSCMLSC. D'après l'alinéa 119(1)c) de cette loi, le demandeur est devenu admissible à la semi-liberté 6 mois avant d'être admissible à la libération conditionnelle totale. L'effet de ces dispositions, ajoute le défendeur, est que les dates d'admissibilité du demandeur sont le 19 décembre 2012 et le 19 juin 2012 pour la libération conditionnelle totale et la semi-liberté, respectivement.

[37] Le défendeur déclare que l'article 127 de la LSCMLSC donne à une personne purgeant une peine de durée déterminée le droit d'être mise en liberté après avoir purgé une période d'emprisonnement équivalant à au moins les deux tiers de cette peine (la date de libération d'office). En prenant pour base une peine d'une durée de 17 ans et 2 mois, la date de libération d'office du demandeur est le 1^{er} juin 2018.

[38] The respondent further claims that an order in the applicant's favor will have the effect of reducing his sentence by four years. This, he argues, is inconsistent with section 743.5 of the Code and makes *J.P.*, above, distinguishable.

[39] The respondent submits that the applicant's real purpose in bringing this application for judicial review is to reduce his sentence. According to the respondent, if the applicant's non-custodial YCJA sentence is not converted under section 743.5 of the Code and merged under section 139 of the CCRA, it will either disappear or remain as a concurrent portion of a youth sentence under the YCJA. This will reduce his sentence for first degree murder by four years. The respondent submits that this is not consistent with the sentencing decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Van Buskirk*, 2007 BCSC 1925, which expressly made the applicant's sentence for conspiracy to commit murder consecutive to his sentence for first degree murder. Nor, the respondent argues, is this interpretation consistent with a plain reading of sections 743.5 of the Code and 139 of the CCRA, which seek to treat offenders with multiple consecutive offences as adults serving a single sentence under the Code.

[40] *J.P.*, above, according to the respondent, addressed the discrete issue of including non-custodial youth sentences in calculating parole eligibility. By contrast, the applicant's consecutive adult sentence triggered the application of subsection 743.5(1) of the Code. The respondent reasons that the effect of subsection 743.5(1) is that the YCJA no longer applies to the applicant. Since subsection 743.5(1) deems the applicant to having been sentenced under the Code, the respondent submits that the YCJA's provisions with respect to community supervision, conditional supervision, and continuation of custody no longer apply. According to the respondent, the Federal Court of Appeal in *J.P.*, above, did not address the sentence conversion and merger provisions in sections 743.5 of the Code and 139

[38] Le défendeur soutient par ailleurs qu'une ordonnance rendue en faveur du demandeur aura pour effet de réduire de quatre ans la durée de la peine qui lui a été imposée. Cela, fait-il valoir, ne concorde pas avec l'article 743.5 du *Code criminel* et fait en sorte que la décision *J.P.*, précitée, se distingue de la présente espèce.

[39] Au dire du défendeur, la véritable raison pour laquelle le demandeur a déposé la présente demande de contrôle judiciaire est une réduction de sa peine. Selon lui, si la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur n'est pas convertie en vertu de l'article 743.5 du *Code criminel* et fusionnée en vertu de l'article 139 de la LSCMLSC, elle disparaîtra ou, sinon, restera un volet concurrent d'une peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA. Cela réduira de quatre ans la peine qui lui a été imposée pour meurtre au premier degré. Le défendeur soutient que cela ne concorde pas avec la décision en matière de détermination de la peine que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendue dans la décision *R. v. Van Buskirk*, 2007 BCSC 1925, qui a expressément établi que la peine infligée au demandeur pour complot en vue de commettre un meurtre était consécutive à sa peine pour meurtre au premier degré. D'après le défendeur, cette interprétation ne concorde pas non plus avec une simple lecture des articles 743.5 du *Code criminel* et 139 de la LSCMLSC, qui visent à traiter les délinquants ayant commis de multiples infractions consécutives comme des adultes purgeant une seule peine en vertu du *Code criminel*.

[40] Selon le défendeur, la décision *J.P.*, précitée, traite de la question distincte de l'inclusion des peines spécifiques sans placement sous garde dans le calcul de l'admissibilité à la libération conditionnelle. En l'espèce, par contraste, la peine consécutive pour adulte qui a été imposée au demandeur a déclenché l'application du paragraphe 743.5(1) du *Code criminel*. Le défendeur estime qu'à cause du paragraphe 743.5(1) la LSJPA ne s'applique plus au demandeur. Comme ce paragraphe considère que le demandeur a été condamné en vertu du *Code criminel*, les dispositions de la LSJPA en matière de surveillance dans la collectivité, de mise en liberté sous condition au sein de la collectivité et de maintien sous garde ne s'appliquent plus. Toujours selon le défendeur, la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *J.P.*, précité,

of the CCRA and, as a result, is neither guiding nor binding on this Court.

[41] The respondent submits that, should this Court find that the amendments to the CCRA in the SSCA do not apply to the applicant because they came into effect after he was sentenced, then it should direct the CSC to administer the sentence in a manner consistent with the terms of the youth sentence under the YCJA. In particular, this Court should order the CSC to convert the supervision YCJA sentence of four years into a similar period of statutory release under the CCRA. The respondent reasons that the statutory release provisions in section 127 of the CCRA are analogous to the community supervision provisions in subparagraph 42(2)(q)(i) of the YCJA. Such an approach would convert the applicant's first degree murder sentence into a period of four months and two years in prison and a period of statutory release for four years.

[42] The respondent submits that this approach respects the intention of Parliament as expressed in sections 743.5 of the Code and 139 of the CCRA and that it maintains the integrity of the sentence, respects the principles informing youth sentences under the YCJA, and avoids the potential problem of subjecting the applicant to the dual jurisdiction of the Parole Board of Canada (while on parole) and of the provincial director, youth workers, and youth justice court (while serving his non-custodial YCJA sentence).

[43] Finally, the respondent argues that this application for judicial review is moot or will likely be moot at the date of the hearing of this application for judicial review. According to the respondent, the applicant became eligible for day parole under subsection 119(1) of the CCRA on June 19, 2012 and will be eligible to apply for day parole on December 19, 2012.

n'a pas traité des dispositions en matière de conversion et de fusion de peines qui figurent aux articles 743.5 du *Code criminel* et 139 de la LSCMLSC et, de ce fait, n'a un effet ni directeur ni exécutoire sur la Cour.

[41] Le défendeur soutient que si la Cour conclut que les modifications apportées par la LSRC à la LSCMLSC ne s'appliquent pas au demandeur parce qu'elles sont entrées en vigueur après la date de sa condamnation, il faudrait alors qu'elle ordonne au SCC d'administrer la peine d'une manière conforme aux dispositions relatives à la peine spécifique qui a été infligée en vertu de la LSJPA. En particulier, la Cour devrait ordonner au SCC de convertir la peine de mise en liberté sous condition de quatre ans imposée en vertu de la LSJPA en une période similaire de libération d'office en vertu de la LSCMLSC. Le défendeur estime que les dispositions en matière de libération d'office que comporte l'article 127 de la LSCMLSC sont analogues aux dispositions en matière de mise en liberté sous condition au sein de la collectivité que comporte le sous-alinéa 42(2)(q)(i) de la LSJPA. Une telle mesure convertirait la peine pour meurtre au premier degré du demandeur en une période d'emprisonnement de quatre mois et deux ans et en une période prévue pour la libération d'office de quatre ans.

[42] Le défendeur est d'avis que cette mesure est conforme à l'intention du législateur qui est exprimée aux articles 743.5 du *Code criminel* et 139 de la LSCMLSC et qu'elle préserve l'intégrité de la peine, respecte les principes qui sous-tendent les peines spécifiques prévues par la LSJPA et évite l'éventuel problème d'avoir à soumettre le demandeur à la double compétence de la Commission nationale des libérations conditionnelles (pendant qu'il bénéficie d'une libération conditionnelle) et du directeur, des travailleurs à la jeunesse et du tribunal pour adolescents de la province (pendant qu'il purge sa peine sans placement sous garde en vertu de la LSJPA).

[43] Enfin, le défendeur fait valoir que la présente demande de contrôle judiciaire est de nature théorique ou le sera vraisemblablement à la date de son audition. Selon lui, le demandeur est devenu admissible à la semi-liberté en application du paragraphe 119(1) de la LSCMLSC le 19 juin 2012 et il aura le droit de demander la semi-liberté le 19 décembre 2012.

[44] The respondent cites *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, for the proposition that a decision of a court is moot if it will not have the effect of resolving a controversy which affects or may affect the rights of the parties. The respondent states that a decision on this application for judicial review has no practical effect because (i) the applicant will likely be eligible to apply for full parole by the time it is heard and (ii) it is unlikely that it will have any practical effect on similarly situated applicants.

[45] The respondent distinguishes *J.P.*, above, where this Court and the Federal Court of Appeal adjudicated a moot parole eligibility question on YCJA and adult sentencing because the issue would very likely arise in subsequent applications. The respondent argues that this rationale does not extend to this application for judicial review because amendments to the CCRA prevent applications on similar facts from succeeding. In particular, these amendments express Parliament's intention that both custodial and non-custodial portions of sentences under the YCJA are included in calculating parole eligibility.

VIII. Analysis

[46] In *J.P.*, above, Justice Richard Mosley of this Court held that the interpretation of the parole eligibility provisions is the standard of correctness (at paragraph 10).

[47] This Court follows Justice Mosley's determination of the applicable standard of review. The correctness standard is even more appropriate because the dispositive question in the application for judicial review is the temporal application of recent amendments to the CCRA. A question as to the temporal application of a law is a question of law that is "of central importance

[44] Le défendeur cite l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, à l'appui de la thèse selon laquelle une décision d'un tribunal est de nature théorique si elle n'a pas pour effet de résoudre une controverse qui a ou peut avoir une incidence sur les droits des parties. Il déclare qu'une décision sur la présente demande de contrôle judiciaire n'aura aucun effet concret car : i) le demandeur aura vraisemblablement le droit de demander la libération conditionnelle totale avant d'être entendu; et ii) il est peu probable que cette décision ait un effet pratique quelconque sur les demandeurs qui se trouvent dans une situation semblable.

[45] Le défendeur distingue de la présente espèce l'affaire *J.P.*, précitée, dans lequel la présente Cour et la Cour d'appel fédérale ont tranché une question théorique concernant l'admissibilité à la libération conditionnelle en rapport avec des peines imposées en vertu de la LSJPA et applicables aux adultes parce qu'il y avait de fortes chances que la question se pose dans des demandes ultérieures. Il fait valoir que ce raisonnement ne s'étend pas à la présente demande de contrôle judiciaire car les modifications apportées à la LSCMLSC empêchent les demandes fondées sur des faits semblables de réussir. En particulier, ces modifications expriment l'intention du législateur, à savoir que tant les volets « avec placement sous garde » que « sans placement sous garde » des peines imposées sous le régime de la LSJPA sont incluses dans le calcul de l'admissibilité à la libération conditionnelle.

VIII. Analyse

[46] Dans la décision *J.P.*, précitée, le juge Richard Mosley, de la présente Cour, a conclu que l'interprétation des dispositions en matière d'admissibilité à la libération conditionnelle commande l'application de la norme de la décision correcte (au paragraphe 10).

[47] La Cour suit la décision du juge Mosley pour ce qui est de la norme de contrôle applicable, soit la décision correcte, d'autant plus que, dans la présente demande de contrôle judiciaire la question déterminante est l'application temporelle de modifications récemment apportées à la LSCMLSC. Une question qui se rapporte à l'application temporelle d'une loi est une question de

to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise” of the CSM. Under *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [at paragraph 55] such a question of law attracts the standard of correctness.

[48] The critical question in this application for judicial review is whether the applicant’s non-custodial YCJA sentence can be included in calculating his parole eligibility dates. A plain reading of paragraph 743.5(3)(a) of the Code suggests that the applicant’s non-custodial YCJA sentence must be included in calculating his parole eligibility under the CCRA.

[49] This application represents an interesting departure from the facts underlying the Federal Court of Appeal’s decision in *J.P.*, above. The applicant in *J.P.* was convicted and sentenced as a youth under the YCJA for second degree murder and did not receive a consecutive sentence as an adult under the Code. Conversely, this applicant was convicted and sentenced as a youth under the YCJA for first degree murder and was subsequently convicted and sentenced consecutively as an adult under the Code.

[50] The facts underlying this application attract a different matrix of statutory provisions than those underlying *J.P.* For the purposes of this application, the most important of these statutory provisions is paragraph 743.5(3)(a) of the Code, which provides that, where subsection 743.5(1) applies, the remainder of a youth sentence and a subsequent term of imprisonment are deemed to constitute one sentence of imprisonment for the purposes of section 139 of the CCRA. Subsection 743.5(1) provides that if a young person or an adult is or has been sentenced to a term of imprisonment for an offence while subject to a youth sentence imposed under paragraph 42(2)(q) of the YCJA, the remaining portion of the youth sentence shall be dealt with, for all purposes under this Act or any other Act of Parliament, as if it had been a sentence imposed under the Code.

droit qui est « “d’une importance capitale pour le système juridique [...] étrangère au domaine d’expertise” » du CGP. Selon l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [au paragraphe 55], une telle question de droit commande l’application de la norme de la décision correcte.

[48] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, la question cruciale consiste à savoir si la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur peut être incluse dans le calcul des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Selon une simple lecture de l’alinéa 743.5(3)(a) du *Code criminel*, cette peine est à inclure dans le calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLSC.

[49] La présente demande représente une intéressante rupture par rapport aux faits qui sous-tendent la décision que la Cour d’appel fédérale a rendue dans l’arrêt *J.P.*, précité. Dans cette dernière, le demandeur avait été déclaré coupable et condamné en tant qu’adolescent en vertu de la LSJPA pour meurtre au second degré et ne s’était pas vu imposer une peine consécutive en tant qu’adulte en vertu du *Code criminel*. À l’inverse, dans le cas qui nous occupe, le demandeur a été déclaré coupable et condamné en tant qu’adolescent en vertu de la LSJPA pour meurtre au premier degré et a par la suite été déclaré coupable et condamné consécutivement en tant qu’adulte en vertu du *Code criminel*.

[50] Les faits qui sous-tendent la présente demande mettent en jeu une matrice de dispositions législatives différente de celle qui sous-tend l’affaire *J.P.* Pour les besoins de la présente demande, la plus importante de ces dispositions législatives est l’alinéa 743.5(3)(a) du *Code criminel*, lequel dispose que, dans les cas où le paragraphe 743.5(1) s’applique, le reste d’une peine spécifique et d’une période d’emprisonnement ultérieure est réputé être une seule peine d’emprisonnement pour l’application de l’article 139 de la LSCMLSC. Le paragraphe 743.5(1) dispose que lorsqu’un adolescent ou un adulte est ou a été condamné à une peine d’emprisonnement pour une infraction pendant qu’il était sous le coup d’une peine spécifique imposée en vertu de l’alinéa 42(2)(q) de la LSJPA, le reste de la peine spécifique imposée est purgée, pour l’application de cette loi ou de

[51] The dispositive issue in *J.P.* was the definition of “sentence” in subsection 2(1) of the CCRA and whether that definition could encompass a non-custodial youth sentence. In holding that it could not, the Federal Court of Appeal reasoned (at paragraphs 55 and 63) that the definition of “sentence” in subsection 2(1) of the CCRA was limited to custodial sentences:

To begin with, it is important to note that the definition of “sentence” found in subsection 2(1) of the CCRA says that it “means a sentence of imprisonment and includes ... a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*”

...

Consequently, although I found the appellant’s argument regarding the unity of the youth sentence under the YCJA initially attractive, I do not see any merit in it given the wording of the CCRA and the YCJA. Even if it is true that a sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(iii) [*sic*] of the YCJA is a “single sanction”, only the custody portion thereof constitutes a “sentence of imprisonment”.

[52] The Federal Court of Appeal in *J.P.* (at paragraph 62) supported its reasoning by reading the definition of “sentence” in subsection 2(1) of the CCRA in conjunction with subsections 89(1) and (3) of the YCJA:

Subsection 89(1) of the YCJA provides that a young person, aged 20 or older, must be sent to an adult facility to serve his period of custody. It is therefore my view that that period is the only period to which, pursuant to subsection 89(3) of the YCJA, the CCRA and the PRA [*Prisons and Reformatories Act*] are directed by Parliament to apply. Thus, it necessarily follows that the parole scheme of the CCRA can only be concerned with a young person’s period of custody to the exclusion of his period of supervision.

[53] The critical distinction between this application and *J.P.* is that subsection 743.5(1) and paragraph 743.5(3)(a) of the Code apply to the applicant but did not apply to the applicant in *J.P.* The applicant is subject to the conversion provisions under section 743.5 of the

toute autre loi fédérale, comme si elle avait été imposée en vertu du *Code criminel*.

[51] Dans l’arrêt *J.P.*, la question déterminante était la définition du mot « peine » qui figure au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC et le fait de savoir si cette définition pouvait englober une peine spécifique sans placement sous garde. En décrétant que non, la Cour d’appel fédérale (au paragraphes 55 et 63) a exprimé l’avis que cette définition se limitait aux peines comportant un placement sous garde :

Pour commencer, il est important de noter que la définition du paragraphe 2(1) de la LSCMLC porte : « “peine” ou “peine d’emprisonnement.” S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* » [...]

[...]

Par conséquent, bien que j’aie d’abord trouvé intéressant l’argument de l’appelant touchant l’unité de la peine spécifique sous le régime de la LSJPA, je l’estime mal fondé, étant donné le libellé de la LSCMLC et de la LSJPA. Il est vrai que la peine prononcée en vertu du sous-alinéa 42(2)(q)(ii) de la LSJPA constitue une [TRADUCTION] « seule sanction », mais il n’en reste pas moins que seule la période de garde qu’elle comprend constitue une « peine d’emprisonnement ».

[52] Dans l’arrêt *J.P.*, la Cour d’appel fédérale (au paragraphe 62) a étayé son raisonnement en lisant la définition d’une « peine » qui figure au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC de pair avec les paragraphes 89(1) et (3) de la LSJPA :

Le paragraphe 89(1) de la LSJPA porte que l’adolescent âgé de 20 ans ou plus doit être détenu dans un établissement correctionnel pour adultes pour y purger sa peine. Par conséquent, c’est selon moi seulement à cette période que le législateur a disposé, au paragraphe 89(3) de la LSJPA, que s’appliquent la LSCMLC et la LPMC [*Loi sur les prisons et les maisons de correction*]. Il s’ensuit nécessairement que le régime de la libération conditionnelle de la LSCMLC ne peut s’appliquer qu’à la période de garde de l’adolescent, à l’exclusion de sa période de surveillance.

[53] La distinction critique qu’il y a entre la présente demande et l’affaire *J.P.* est que le paragraphe 743.5(1) et l’alinéa 743.5(3)(a) du *Code criminel* s’appliquent au demandeur, mais pas à celui dont il était question dans l’affaire *J.P.* Le demandeur est assujéti aux

Code because he was sentenced to a term of imprisonment for an offence while subject to a youth sentence imposed under paragraph 42(2)(q) of the YCJA. The effect of subsection 743.5(1) of the Code is that his youth sentence under paragraph 42(2)(q) of the YCJA must be dealt with, for all purposes under the Code or any other Act of Parliament (including the CCRA), as if it had been a sentence imposed under the Code. Since subsection 743.5(1) applies to the applicant, paragraph 743.5(3)(a) also applies.

[54] Neither the applicant nor the respondent dispute that section 743.5 applies.

[55] The effect of paragraph 743.5(3)(a) of the Code is that the rationale underlying the Federal Court of Appeal's decision in *J.P.* cannot apply to this application. The issue in *J.P.* was that the definition of "sentence" in subsection 2(1) of the CCRA had been limited to a sentence of imprisonment. By contrast, paragraph 743.5(3)(a) deems the applicant's non-custodial YCJA sentence and subsequent terms of imprisonment to constitute one sentence of imprisonment for the purposes of section 139 of the CCRA.

[56] This statutory matrix neutralizes the impact of the definition of "sentence" in subsection 2(1) of the unamended CCRA that was so critical in *J.P.* By virtue of paragraph 743.5(3)(a) (which was in force when the applicant was sentenced), the applicant's non-custodial YCJA sentence was deemed a single sentence of imprisonment for the purpose of the sentence merger provisions in section 139 of the CCRA. Under section 139, his non-custodial YCJA sentence merged with his other sentences into a single sentence for the purpose of calculating his parole eligibility dates under sections 119 and 120.1 of the CCRA. This single sentence began on the first day of the first of his sentences to be served and ends on the last day of the last of them to be served.

dispositions de conversion que prévoit l'article 743.5 du *Code criminel* parce qu'il a été condamné à une peine d'emprisonnement pour une infraction tout en étant sous le coup d'une peine spécifique imposée en vertu de l'alinéa 42(2)(q) de la LSJPA. L'effet du paragraphe 743.5(1) du *Code criminel* est que la peine spécifique imposée au demandeur en vertu de l'alinéa 42(2)(q) de la LSJPA doit être purgée, pour l'application du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale (y compris la LSCMLSC), comme s'il s'agissait d'une peine imposée en vertu du *Code criminel*. Étant donné que le paragraphe 743.5(1) s'applique au demandeur, c'est également le cas de l'alinéa 743.5(3)(a).

[54] Ni le demandeur ni le défendeur ne contestent l'application de l'article 743.5.

[55] L'alinéa 743.5(3)(a) du *Code criminel* a pour effet que le raisonnement qui sous-tend la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *J.P.* ne peut s'appliquer à la décision dont il est question en l'espèce. Dans l'affaire *J.P.*, la question en litige était que la définition du mot « peine » au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC avait été limitée à une peine d'emprisonnement. Par contraste, l'alinéa 743.5(3)(a) considère que la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur et les peines d'emprisonnement ultérieures constituent une seule peine d'emprisonnement pour l'application de l'article 139 de la LSCMLSC.

[56] Cette matrice législative neutralise l'effet de la définition de « peine » figurant au paragraphe 2(1) de la version non modifiée de la LSCMLSC et si cruciale dans l'affaire *J.P.* Du fait de l'alinéa 743.5(3)(a) (qui était en vigueur à l'époque où le demandeur a été condamné), la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur a été considérée comme une seule peine d'emprisonnement pour l'application des dispositions en matière de fusion de peines qui figurent à l'article 139 de la LSCMLSC. Aux termes de cet article, sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA a été fusionnée à ses autres peines en vue d'en faire une seule pour le calcul des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle aux termes des articles 119 et 120.1 de la LSCMLSC. Cette peine unique a commencé le premier jour de la première des

[57] In sum, this application engages a provision (paragraph 743.5(3)(a) of the Code) that did not arise on the facts in *J.P.* and therefore could not have influenced the Federal Court of Appeal's determination. In this application, the conversion provisions in subsection 743.5(3) of the Code merged the applicant's non-custodial YCJA sentence with his other sentences of imprisonment into a single sentence of imprisonment for the purpose of applying the merger provisions of the CCRA. In *R. v. C.(A.)*, 2008 ONCJ 613 (CanLII), Justice Paul Robertson of the Ontario Court of Justice came to a similar conclusion in interpreting the conversion provisions of the Code: "[The effect of section 743.5 is that a young offender] has now been sentenced on the adult matters and is therefore presently serving [a] sentence, any youth sentence that I impose will be treated as if it was imposed under the *Criminal Code* as opposed to the *YCJA* and that the sentences will be treated as a single sentence, pursuant to s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*" (at paragraph 18).

[58] The undersigned member of this Court observes, *in obiter*, that if paragraph 743.5(3)(a) had not applied, this Court would have had to consider whether the amendments to the CCRA apply to the applicant. To answer this question, this Court would have been required to assess the temporal application of subsection 2(1) "sentence", paragraph 99(2)(b), and section 119.2 of the CCRA.

[59] Before proceeding, it is helpful to consider the distinction that Professor Ruth Sullivan draws between legislation of retroactive, retrospective and immediate application. While legislation of retroactive application operates to "change the past legal effect of a past situation" [emphasis added] and legislation of retrospective application operates to "change the future legal effect of a past situation" [emphasis added], legislation of

peines qu'il avait à purger et prendra fin le dernier jour de la dernière d'entre elles.

[57] En résumé, la présente demande déclenche l'application d'une disposition (l'alinéa 743.5(3)a) du *Code criminel* qui n'avait pas été soulevée au regard des faits dont il était question dans l'affaire *J.P.* et qui n'aurait donc pas pu influencer la décision de la Cour d'appel fédérale. Dans la présente demande, les dispositions en matière de conversion que renferme le paragraphe 743.5(3) du *Code criminel* ont fusionné la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur avec ses autres peines d'emprisonnement en vue de faire une seule peine d'emprisonnement pour l'application des dispositions en matière de fusion de la LSCMLSC. Dans la décision *R. v. C.(A.)*, 2008 ONCJ 613 (CanLII), le juge Paul Robertson, de la Cour de justice de l'Ontario, est arrivé à une conclusion semblable au moment d'interpréter les dispositions en matière de conversion du *Code criminel* : [TRADUCTION] « [L'effet de l'article 743.5 est qu'un jeune délinquant] a maintenant été condamné pour les questions applicables aux adultes et purge donc à l'heure actuelle une peine; toute peine spécifique que j'imposerais sera traitée comme si elle l'avait été en vertu du *Code criminel* plutôt que de la LSJPA et les peines seront traitées comme une peine unique, conformément à l'article 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* » (au paragraphe 18).

[58] Le juge soussigné fait remarquer, à titre incident, que si l'alinéa 743.5(3)a ne s'était pas appliqué, il aurait fallu que la Cour examine si les modifications apportées à la LSCMLSC s'appliquaient au demandeur. Pour répondre à cette question, il aurait fallu qu'elle évalue l'application temporelle du paragraphe 2(1) « peine », de l'alinéa 99(2)b) et de l'article 119.2 de la LSCMLSC.

[59] Avant de poursuivre, il serait utile d'examiner la distinction que fait la professeure Ruth Sullivan entre les dispositions législatives qui ont une application rétroactive, retrospective et immédiate. Une disposition législative d'application rétroactive a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique passé d'une situation passée » [non souligné dans l'original] et une disposition législative d'application retrospective a pour

immediate application operates to “change the future legal effect of an on-going situation” (emphasis added) (Professor Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed (Markham, Ont.: LexisNexis, 2008), at page 669).

[60] *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271 holds that there is a presumption that legislation is not construed to have retrospective effect unless [at page 279] “such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act. An amending enactment may provide that it shall be deemed to have come into force on a date prior to its enactment or it may provide that it is to be operative with respect to transactions occurring prior to its enactment. In those instances the statute operates retrospectively.” In the present case, section 119.2 of the CCRA came into force on June 13, 2012 and the amended definition of “sentence” in subsection 2(1) and the amended version of paragraph 99(2)(b) came into force on October 23, 2012. The orders in council giving effect to the SSCA did not specify whether the amendments to the CCRA would be deemed to come into force before this date (SI/2012-48, *C. Gaz.* 2012.II.1627; SI/2012-40, *C. Gaz.* 2012. II. 1410). Consequently, the presumption against retroactivity is not rebutted.

[61] Even though paragraph 743.5(3)(a) is determinative of this application and the respondent did not specifically address the presumption of retroactivity, this Court finds that it may be worthwhile to consider if the CCRA amendments would have been of immediate or retroactive application if the applicant were not subject to section 743.5.

[62] In *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 732, Justice Julien Chouinard of the Supreme Court of Canada held that a “distinction must be made between the retroactivity of legislation and its immediate effect” (at page 744). Justice Chouinard reasoned that new legislation cannot apply to immediate effects already produced or that occurred over an extended period of time before that

effet de [TRADUCTION] « changer l’effet juridique futur d’une situation passée » [non souligné dans l’original], alors qu’une disposition législative d’application immédiate a pour effet de [TRADUCTION] « changer l’effet juridique futur d’une situation présente » (non souligné dans l’original) (professeure Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2008), à la page 669).

[60] Selon l’arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, il existe une présomption selon laquelle une loi n’a un effet rétroactif que si [à la page 279] « [son texte] ne le décrète expressément ou n’exige implicitement une telle interprétation. Une disposition modificatrice peut prévoir qu’elle est censée être entrée en vigueur à une date antérieure à son adoption, ou qu’elle porte uniquement sur les transactions conclues avant son adoption. Dans ces deux cas, elle a un effet rétroactif. » Dans le cas présent, l’article 119.2 de la LSCMLSC est entré en vigueur le 13 juin 2012 et la définition modifiée du mot « peine » qui figure au paragraphe 2(1) ainsi que la version modifiée de l’alinéa 99(2)b) sont entrées en vigueur le 23 octobre 2012. Les décrets donnant effet à la LSRC n’ont pas précisé si les modifications apportées à la LSCMLSC seraient réputées entrer en vigueur avant cette date (TR/2012-48, *Gaz. C.* 2012.II.1627; TR/2012-40, *Gaz. C.* 2012. II.1410). C’est donc dire que la présomption contre la rétroactivité n’est pas réfutée.

[61] Même si l’alinéa 743.5(3)a) est déterminant dans le cas de la présente demande et que le défendeur n’a pas traité expressément de la présomption de rétroactivité, la Cour conclut qu’il peut être utile de vérifier si les modifications à la LSCMLSC auraient eu une application immédiate ou rétroactive si le demandeur n’était pas assujéti à l’article 743.5.

[62] Dans l’arrêt *Procureur général du Québec c. Tribunal de l’expropriation et autres*, [1986] 1 R.C.S. 732, le juge Julien Chouinard, de la Cour suprême du Canada, a conclu qu’« [i]l faut distinguer entre la rétroactivité d’une loi et son application immédiate » (à la page 744). Il a estimé qu’une nouvelle loi ne peut s’appliquer à des effets immédiats déjà produits ou survenus pendant une période prolongée avant que cette loi soit

new legislation came into effect because that would give retroactive effect to the new legislation. Nonetheless such new legislation “will apply to future effects arising out of these legal situations, which have not yet occurred at the time it came into effect” [emphasis added] (*Expropriation Tribunal et al.* [at page 744], citing Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec* (Paris: Dalloz, 1965)) and that it “applies to all future effects of both pending and future legal relations” (emphasis added) ([*Expropriation Tribunal et al.*, at page 744], citing Professor Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1984)).

[63] *Expropriation Tribunal et al.*, concerned the application of a statute that came into force in 1973 (1973 statute) to an expropriation that began in 1970 but was discontinued in 1979. The 1973 statute required the Quebec government to seek the authorization of an expropriation tribunal before discontinuing an expropriation but the predecessor statute only required the Government to file a unilateral discontinuance. Justice Chouinard rejected the Quebec government’s argument that the 1973 statute did not apply because the appropriation began before its enactment. Even though the underlying legal situation occurred before the 1973 statute came into effect, Justice Chouinard reasoned that its application was immediate rather than retroactive. This was because the underlying situation was of an on-going nature and the effect of the 1973 statute was to change the future legal effect of that on-going situation. Indeed, Justice Chouinard [at page 745] accepted the respondent’s argument that the 1973 statute “intended to remove for the future the right to file a unilateral discontinuance previously enjoyed by the appellant. That section has no effect on the right in so far as it was exercised before [section] 55 came into effect” (emphasis added).

[64] Are the amendments to the CCRA of retroactive or immediate application? If section 743.5 of the Code had not applied, would these amendments have operated to change the past legal effect of the applicant’s past parole eligibility or would they have changed the future legal effect of his on-going parole eligibility?

entrée en vigueur car cela donnerait à cette dernière un effet rétroactif. Néanmoins, cette nouvelle loi « saisira les effets à venir attachés à ces situations juridiques et qui ne se sont pas encore produits avant sa mise en vigueur » [non souligné dans l’original] (*Tribunal de l’expropriation et autres* [à la page 744], citant Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec* (Paris : Dalloz, 1965)) et qu’elle « s’applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résultent dans l’avenir de rapports juridiques nés ou à naître » (non souligné dans l’original) ([*Tribunal de l’expropriation et autres*, à la page 744], citant le professeur Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (Cowansville (Qc) : Yvon Blais, 1982)).

[63] L’arrêt *Tribunal de l’expropriation et autres* avait traité à l’application d’une loi entrée en vigueur en 1973 (la loi de 1973) à une expropriation qui avait débuté en 1970 mais qui avait été abandonnée en 1979. La loi de 1973 obligeait le gouvernement du Québec à solliciter l’autorisation d’un tribunal d’expropriation avant de pouvoir se désister d’une expropriation mais la loi précédente obligeait seulement le gouvernement à déposer un désistement unilatéral. Le juge Chouinard a rejeté l’argument du gouvernement du Québec selon lequel la loi de 1973 ne s’appliquait pas parce que l’expropriation avait commencé avant que la loi soit édictée. Il a exprimé l’avis que, même si la situation juridique sous-jacente avait pris naissance avant l’entrée en vigueur de la loi de 1973, son application était immédiate plutôt que rétroactive. En effet, la situation sous-jacente était de nature continue et la loi de 1973 avait eu pour effet de changer l’effet juridique à venir de cette situation continue. En fait, le juge Chouinard [à la page 754] a souscrit à l’argument de l’intimé selon lequel la loi de 1973 « ne vis[ait] qu’à retirer pour l’avenir le droit de produire un désistement unilatéral dont l’appelant pouvait se prévaloir auparavant. Cet article n’[avait] aucune incidence sur ce droit dans la mesure où il [avait] été exercé avant l’entrée en vigueur de l’art. 55 » (non souligné dans l’original).

[64] Les modifications apportées à la LSCMLSC sont-elles d’application rétroactive ou immédiate? Si l’article 743.5 du *Code criminel* ne s’était pas appliqué, ces modifications auraient-elles eu pour effet de changer l’effet juridique passé de l’admissibilité passée du demandeur à la libération conditionnelle, ou auraient-elles

[65] A plain reading of paragraph 119(1)(c) and section 120.1 of the unamended CCRA suggests that the amended CCRA would have operated to change the past legal effect of the applicant's on-going eligibility for full parole and day parole if section 745.3 of the Code had not applied.

[66] Section 120.1 of the unamended CCRA provides that an offender who receives an additional consecutive sentence is not eligible for full parole until the day on which he or she has served, commencing on the day on which that additional sentence was imposed: (i) any remaining period of ineligibility in relation to the sentence the offender was serving when the additional sentence was imposed; and, (ii) the period of ineligibility in relation to the additional sentence. Section 120 of the unamended CCRA provides that an offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of the lesser of 1/3 of the sentence and seven years. Under paragraph 119(1)(c) of the unamended CCRA, the portion of a sentence that must be served by an offender serving a sentence of two years or more before he or she may be released on day parole is, subject to non-applicable exceptions, the greater of (i) the portion ending six months before the date on which full parole may be granted, and (ii) six months.

[67] Before the amendments to the CCRA came into force on June 13, 2012 and October 23, 2012, the unamended definition of "sentence" in subsection 2(1) of the CCRA applied to the applicant. In *J.P.*, above, Justice Marc Nadon held that, under this definition, the non-custodial portion of a YCJA sentence could not be included in determining the applicant's parole eligibility dates (at paragraphs 65 and 67).

[68] If section 743.5 had not applied to this application, the past legal effect of the unamended CCRA (as interpreted by Justice Nadon in *J.P.*, above, would have

changé l'effet juridique futur de son admissibilité continue à la libération conditionnelle?

[65] Une simple lecture de l'alinéa 119(1)c) et de l'article 120.1 de la version non modifiée de la LSCMLSC donne à penser que la version modifiée de cette loi aurait eu pour effet de changer l'effet juridique passé de l'admissibilité continue du demandeur à la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté si l'article 745.3 du *Code criminel* ne s'était pas appliqué.

[66] Selon l'article 120.1 de la version non modifiée de la LSCMLSC, un délinquant qui se voit infliger une peine consécutive additionnelle n'est pas admissible à la libération conditionnelle totale avant le jour où il a purgé, à compter de la date à laquelle cette peine additionnelle a été imposée : i) tout temps d'épreuve relatif à la peine que le délinquant purgeait déjà lorsqu'il s'est vu imposer la peine supplémentaire et ii) le temps d'épreuve relatif à cette peine additionnelle. L'article 120 de la version non modifiée de la LSCMLSC dispose qu'un délinquant n'est pas admissible à la libération conditionnelle totale avant la date où il a accompli un temps d'épreuve équivalant au moindre du tiers de la peine ou sept ans. Aux termes de l'alinéa 119(1)c) de la version non modifiée de la LSCMLSC, la partie de la peine que doit purger un délinquant condamné à une peine égale ou supérieure à deux ans avant de pouvoir obtenir la semi-liberté est, sous réserve d'exceptions non applicables, la plus longue des deux périodes suivantes : i) celle qui se termine six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale, ou ii) six mois.

[67] Avant l'entrée en vigueur des modifications à la LSCMLSC le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012, la définition non modifiée d'une « peine », au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC, s'appliquait au demandeur. Dans l'arrêt *J.P.*, précité, le juge Marc Nadon a décrété que, selon cette définition, le volet « sans placement sous garde » d'une peine imposée en vertu de la LSJPA ne pouvait pas être incluse dans le calcul des dates d'admissibilité du demandeur à la libération conditionnelle (aux paragraphes 65 et 67).

[68] Si l'article 743.5 ne s'était pas appliqué à la présente demande, l'effet juridique passé de la version non modifiée de la LSCMLSC (selon l'interprétation du

been that the applicant would become eligible to apply for full parole and for day parole before section 119.2 of the CCRA came into force on June 13, 2012 and before the amended definition of “sentence” in subsection 2(1) and paragraph 99(2)(b) of the CCRA came into force on October 23, 2012.

[69] The amendments to the CCRA, if section 743.5 had not been engaged, would have changed the past legal effect of the applicant’s ability to apply for full parole and day parole by delaying the date on which he became eligible to apply for full parole to December 19, 2012 and to apply for day parole to June 19, 2012. Since the applicant would (but for section 743.5) have already been eligible to apply by the time the amendments to the CCRA came into force, applying those amendments to his circumstances would have had the effect of changing the past legal effect of this situation. Consequently, applying the amendments in such circumstances would have resulted in an impermissible retroactive application of the law.

[70] Having disposed of the question of the applicant’s full and day parole eligibility dates by applying paragraph 743.5(3)(a), it is not, of course necessary to consider the issue of retroactivity for the purposes of disposing of this application. The undersigned member of this Court stresses that paragraph 743.5(3)(a) is dispositive of this application and that the discussion of the temporality of the amendments to the CCRA is *in obiter*.

[71] Pursuant to paragraph 743.5(3)(a) of the Code and section 139 of the CCRA, the applicant’s non-custodial YCJA sentence must also be included in calculating the applicant’s statutory release date. Section 743.5 and section 139 merged the applicant’s non-custodial YCJA sentence with his other sentences into a single sentence of imprisonment for the purpose of calculating his statutory release date under section 127 of the CCRA.

juge Nadon dans l’arrêt *J.P.*, précité) aurait été le suivant : le demandeur aurait eu le droit de demander la libération conditionnelle totale et la semi-liberté avant que l’article 119.2 de la LSCMLSC entre en vigueur le 13 juin 2012 et avant que la définition modifiée d’une « peine », au paragraphe 2(1) et à l’alinéa 99(2)(b) de la LSCMLSC, entre en vigueur le 23 octobre 2012.

[69] Si l’article 743.5 n’était pas entré en jeu, les modifications à la LSCMLSC auraient changé l’effet juridique passé de la capacité qu’avait le demandeur de demander la libération conditionnelle totale et la semi-liberté : elles auraient retardé la date à laquelle il est devenu admissible à demander la libération conditionnelle totale le 19 décembre 2012 et à demander la semi-liberté le 19 juin 2012. Étant donné que le demandeur (n’eût été de l’article 743.5) aurait déjà été admissible à présenter une demande à l’époque où les modifications à la LSCMLSC sont entrées en vigueur, l’application de ces modifications à ses circonstances aurait eu pour effet de changer l’effet juridique passé de cette situation. C’est donc dire que l’application des modifications dans de telles circonstances aurait donné lieu à une application rétroactive inadmissible de la loi.

[70] Une fois tranchée la question des dates d’admissibilité du demandeur à la libération conditionnelle totale et à la semi-liberté en appliquant l’alinéa 743.5(3)(a), il est bien sûr inutile d’examiner la question de la rétroactivité dans le but de trancher la présente demande. Le juge soussigné souligne que l’alinéa 743.5(3)(a) permet de trancher la présente demande et que l’analyse du caractère temporel des modifications apportés à la LSCMLSC constitue une opinion incidente.

[71] Conformément à l’alinéa 743.5(3)(a) du *Code criminel* et à l’article 139 de la LSCMLSC, la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur doit aussi être incluse dans le calcul de la date de sa libération d’office. Les articles 743.5 et 139 ont fusionné la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur à ses autres peines en vue d’obtenir une seule peine d’emprisonnement pour le calcul de la date de sa libération d’office aux termes de l’article 127 de la LSCMLSC.

[72] Even if paragraph 743.5(3)(a) had not been engaged, the amendments to the CCRA would have been of immediate rather than retrospective application to the applicant's statutory release date. Consequently, the amended definition of "sentence" in subsection 2(1) of the CCRA would have applied to the determination of the applicant's statutory release date under section 127 of the CCRA and the respondent's concern that the applicant's real purpose in bringing this application is to reduce his sentence would have been unwarranted.

[73] Before the amended definition of "sentence" in subsection 2(1) of the CCRA came into force on October 23, 2012 and in the absence of paragraph 743.5(3)(a), *J.P.*, above, would have applied to exclude the applicant's non-custodial YCJA sentence from the meaning of sentence and, thus, from the calculation of statutory release date under section 127. Under this framework and pursuant to subsections 127(1) and (3) of the CCRA, the applicant would have been entitled to be released on the day on which he completed 2/3 of his sentence (statutory release date).

[74] The applicant, however, did not reach his statutory release date before the amended CCRA came into force on October 23, 2012. At that point, the applicant had the possibility, but not an actual entitlement to, a statutory release date determined by excluding his non-custodial YCJA sentence. Such an entitlement was subject to the condition precedent that the applicant had completed 2/3 of his sentence. Until that condition precedent had been satisfied, it cannot be said that the past legal effect of the applicant's situation is changed by the inclusion of his custodial YCJA sentence in calculating his statutory release date. Consequently, subsection 2(1) of the amended CCRA would have been of immediate application to the application, if paragraph 743.5(3)(a) did not already apply to include his non-custodial YCJA sentence in calculating his statutory release date. That is to say that it would have changed the future legal effect of his previous sentencing situation.

[72] Même si l'alinéa 743.5(3)a) n'était pas entré en jeu, les modifications à la LSCMLSC se seraient appliquées immédiatement plutôt que rétroactivement à la date de libération d'office du demandeur. De ce fait, la définition modifiée d'une « peine », au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC, se serait appliquée à la détermination de la date de libération d'office du demandeur en vertu de l'article 127 de la LSCMLSC, et le souci du défendeur, à savoir que le véritable motif pour lequel le demandeur avait déposé la présente demande était une réduction de sa peine, aurait été injustifié.

[73] Avant que la définition modifiée d'une « peine », au paragraphe 2(1) de la LSCMLSC, entre en vigueur le 23 octobre 2012 et en l'absence de l'alinéa 743.5(3)a), l'affaire *J.P.*, précitée, aurait eu pour effet d'exclure la peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA au demandeur du sens du mot « peine » et donc du calcul de la date de libération d'office prévu à l'article 127. Selon ce cadre et conformément aux paragraphes 127(1) et (3) de la LSCMLSC, le demandeur aurait eu le droit d'être mis en liberté le jour où il aurait purgé les deux tiers de sa peine (la date de libération d'office).

[74] Cependant, le demandeur n'a pas atteint la date de sa libération d'office avant que la version modifiée de la LSCMLSC entre en vigueur le 23 octobre 2012. À ce stade, le demandeur avait le droit possible, mais non réel, à une date de libération d'office qui serait déterminée en excluant sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA. Ce droit était soumis à la condition préalable que le demandeur ait purgé les deux tiers de sa peine. Tant que cette condition préalable n'est pas remplie, on ne peut pas dire que l'effet juridique passé de la situation du demandeur a changé du fait de l'inclusion de la peine avec placement sous garde qui lui a été imposée en vertu de la LSJPA dans le calcul de la date de sa libération d'office. Par conséquent, l'article 2 de la version modifiée de la LSCMLSC se serait appliqué d'office au demandeur, si l'alinéa 743.5(3)a) ne s'appliquait pas déjà de manière à inclure sa peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans le calcul de la date de sa libération d'office. Résultat, cela aurait changé l'effet juridique futur de sa situation antérieure sur le plan des peines infligées.

[75] This Court adds that, even if a law is of immediate application, it may interfere with a vested right (*Expropriation Tribunal et al.*, above, at page 746). The applicant would not have met the conditions precedent to establish his entitlement to an earlier statutory release date before the amended CCRA came into force. It follows that he would have had no vested right to have the previous definition of “sentence”, as interpreted by *J.P.*, above, applied in his circumstances.

[76] This Court has decided to exercise its discretion to hear this application even though it will not have the effect of resolving a controversy which affects or may affect the rights of the parties because the applicant became eligible for day parole under subsection 119(1) of the CCRA on June 19, 2012 and for full parole under section 120.1 of the CCRA on December 19, 2012.

[77] *Borowski*, above, holds that the following factors ought to be considered in exercising the discretion to hear an application notwithstanding its mootness: (i) the existence of an adversarial relationship; (ii) the concern for judicial economy; and (iii) the court’s proper function to adjudicate and not legislate.

[78] The factor of judicial economy militates highly in favor of hearing this application. The issues of whether paragraph 743.5(3)(a) already applies to include a non-custodial YCJA sentence in calculating parole eligibility dates and whether the amendments to the CCRA have an immediate or retrospective effect on the calculation of the day and full parole of individuals is very likely to arise in other applications. As Justice John Sopinka stated in *Borowski*, above, “The economics of judicial involvement are weighed against the social cost of continued uncertainty in the law” (at page 361).

[75] La Cour ajoute qu’une loi, même si elle s’applique immédiatement, peut aller à l’encontre d’un droit acquis (*Tribunal de l’expropriation et autres*, précité, à la page 746). Le demandeur n’aurait pas satisfait aux conditions préalables à l’établissement de son droit à une date de libération d’office antérieure avant qu’entre en vigueur la version modifiée de la LSCMLSC. Il s’ensuit qu’il n’aurait eu aucun droit acquis à ce que la définition antérieure du mot « peine », telle qu’interprétée dans l’affaire *J.P.*, précitée, s’applique à sa situation.

[76] La Cour a décidé d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’entendre la présente demande, même si cela n’aura pas pour effet de résoudre une controverse qui a ou peut avoir une incidence sur les droits des parties parce que le demandeur est devenu admissible à la semi-liberté en vertu du paragraphe 119(1) de la LSCMLSC le 19 juin 2012 et à la libération conditionnelle totale en vertu de l’article 120.1 de cette même loi le 19 décembre 2012.

[77] Selon l’arrêt *Borowski*, précité, il y a lieu de prendre en considération les facteurs suivants au moment d’exercer le pouvoir discrétionnaire d’entendre une demande, indépendamment de son caractère théorique : i) l’existence d’un rapport contradictoire entre les parties; ii) l’économie des ressources judiciaires; et iii) le besoin pour la cour de ne pas empiéter sur le pouvoir législatif.

[78] Le facteur de l’économie des ressources judiciaires milite fortement en faveur de l’audition de la présente demande. Les questions de savoir si l’alinéa 743.5(3)a) s’applique déjà de manière à inclure une peine sans placement sous garde imposée en vertu de la LSJPA dans le calcul des dates d’admissibilité à la libération conditionnelle et si les modifications apportées à la LSCMLSC ont un effet immédiat ou rétroactif sur le calcul de la semi-liberté et de la libération conditionnelle totale d’individus ont de très fortes chances de se poser dans d’autres demandes. Comme l’a déclaré le juge John Sopinka dans l’arrêt *Borowski*, précité : « Il faut mettre en balance la dépense de ressources judiciaires et le coût social de l’incertitude du droit » (à la page 361).

IX. Conclusion

[79] For all of the above reasons, as this matter is not moot as discussed above, the applicant's application for judicial review in regard to the calculation of the applicant's parole eligibility under section 120.1 of the CCRA and under paragraph 119(1)(c) of the CCRA is denied on the basis of paragraph 743.5(3)(a) of the Code.

[80] The question in the application of the applicant to this Court is in respect of the calculation of parole eligibility. The derivation of that calculation stems from the recognition that the applicant's sentence under the *Youth Criminal Justice Act* is to be interpreted as if the sentence had been under the *Criminal Code*.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that review be denied with respect to the calculation of the applicant's eligibility dates for full parole under section 120.1 of the CCRA and for day parole under paragraph 119(1)(c) of the CCRA.

ANNEX A

Relevant Legislative Provisions

The following legislative provisions of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA) (including those provisions coming into force on June 13, 2012 and October 23, 2012 pursuant to the amendments to the CCRA) are relevant:

Definitions 2. (1) In this Part,

...

IX. Conclusion

[79] Pour tous les motifs qui précèdent, étant donné que, comme nous l'avons vu plus tôt, la présente affaire n'est pas de nature théorique, la demande de contrôle judiciaire du demandeur au sujet du calcul de son admissibilité à la libération conditionnelle en vertu de l'article 120.1 de la LSCMLSC et de l'alinéa 119(1)c) de la même loi est rejetée sur le fondement de l'alinéa 743.5(3)a) du *Code criminel*.

[80] La question que le demandeur a soumise à la Cour dans le cadre de la présente demande a trait au calcul de l'admissibilité à la libération conditionnelle. La détermination de ce calcul découle de la reconnaissance du fait que la peine imposée au demandeur en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* doit être interprétée comme si elle avait été imposée en vertu du *Code criminel*.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée, relativement au calcul des dates d'admissibilité du demandeur à la libération conditionnelle totale en vertu de l'article 120.1 de la LSCMLSC et à la semi-liberté en vertu de l'alinéa 119(1)c) de cette même loi.

ANNEXE A

Dispositions législatives applicables

Les dispositions législatives suivantes, tirées de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLSC) (y compris celles qui sont entrées en vigueur le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012, conformément aux modifications qui y ont été apportées) sont pertinentes :

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent Définitions à la présente partie.

[...]

“sentence”
« peine » ou
« peine
d’emprison-
nement »

“sentence” means a sentence of imprisonment and includes

(a) a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act*, and

(b) a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act* consisting of a custodial portion and a portion to be served under supervision in the community subject to conditions under paragraph 42(2)(n) of that Act or under conditional supervision under paragraph 42(2)(o), (q) or (r) of that Act;

...

99. ...

References
to expiration
of sentence

(2) For the purposes of this Part, a reference to the expiration according to law of the sentence of an offender shall be read as a reference to the day on which the sentence expires, without taking into account

(a) any period during which the offender could be entitled to statutory release;

(b) in the case of a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*, the portion to be served under supervision in the community subject to conditions under paragraph 42(2)(n) of that Act or under conditional supervision under paragraph 42(2)(o), (q) or (r) of that Act; or

(c) any remission that stands to the credit of the offender on November 1, 1992.

...

Time when
eligible for
day parole

119. (1) Subject to section 746.1 of the *Criminal Code*, subsection 140.3(2) of the *National Defence Act* and subsection 15(2) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, the portion of a sentence that must be served before an offender may be released on day parole is

« peine » ou « peine d’emprisonnement »
S’entend notamment :

a) d’une peine d’emprisonnement infligée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*;

b) d’une peine spécifique infligée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, laquelle comprend la partie purgée sous garde et celle purgée sous surveillance au sein de la collectivité en application de l’alinéa 42(2)n) de cette loi ou en liberté sous condition en application des alinéas 42(2)o), q) ou r) de cette loi.

[...]

99. [...]

(2) Pour l’application de la présente partie, la mention de l’expiration légale de la peine que purge un délinquant s’entend du jour d’expiration de la peine compte non tenu :

a) de la libération d’office à laquelle il pourrait avoir droit;

b) dans le cas d’une peine spécifique infligée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, de la partie de la peine purgée sous surveillance au sein de la collectivité en application de l’alinéa 42(2)n) de cette loi ou en liberté sous condition en application des alinéas 42(2)o), q) ou r) de cette loi;

c) des réductions de peine à son actif en date du 1^{er} novembre 1992.

[...]

« peine »
ou « peine
d’emprison-
nement »
“sentence”

Mention de
l’expiration
légale de la
peine

Temps
d’épreuve
pour la
semi-liberté

119. (1) Sous réserve de l’article 746.1 du *Code criminel*, du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale* et du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, le temps d’épreuve pour l’admissibilité à la semi-liberté est :

(a) one year, where the offender was, before October 15, 1977, sentenced to preventive detention;

(b) where the offender is an offender, other than an offender referred to in paragraph (b.1), who was sentenced to detention in a penitentiary for an indeterminate period, the longer of

(i) the period required to be served by the offender to reach the offender's full parole eligibility date, determined in accordance with section 761 of the *Criminal Code*, less three years, and

(ii) the period required to be served by the offender to reach the offender's full parole eligibility date, determined in accordance with subsection 120.2(2), less three years;

(b.1) where the offender was sentenced to detention in a penitentiary for an indeterminate period as of the date on which this paragraph comes into force, the longer of

(i) three years, and

(ii) the period required to be served by the offender to reach the offender's full parole eligibility date, determined in accordance with subsection 120.2(2), less three years;

(c) where the offender is serving a sentence of two years or more, other than a sentence referred to in paragraph (a) or (b), the greater of

(i) the portion ending six months before the date on which full parole may be granted, and

(ii) six months; or

(d) one half of the portion of the sentence that must be served before full parole may be granted, where the offender is serving a sentence of less than two years.

...

a) un an, en cas de condamnation à la détention préventive avant le 15 octobre 1977;

b) dans le cas d'un délinquant — autre que celui visé à l'alinéa b.1) — condamné à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée, la période qui se termine trois ans avant l'admissibilité à la libération conditionnelle totale déterminée conformément à l'article 761 du *Code criminel* ou, si elle est supérieure, la période qui se termine trois ans avant l'admissibilité à la libération conditionnelle totale déterminée conformément au paragraphe 120.2(2);

(b.1) dans le cas d'un délinquant condamné, avant la date d'entrée en vigueur du présent alinéa, à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée, trois ans ou, si elle est supérieure, la période qui se termine trois ans avant l'admissibilité à la libération conditionnelle totale déterminée conformément au paragraphe 120.2(2);

c) dans le cas du délinquant qui purge une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à deux ans, à l'exclusion des peines visées aux alinéas a) et b), six mois ou, si elle est plus longue, la période qui se termine six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale;

d) dans le cas du délinquant qui purge une peine inférieure à deux ans, la moitié de la peine à purger avant cette même date.

[...]

Youth
sentence

119.2 For the purposes of sections 120 to 120.3, the eligibility for parole of a young person in respect of whom a youth sentence is imposed under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r) of the *Youth Criminal Justice Act* and who is transferred to a provincial correctional facility for adults or a penitentiary under section 89, 92 or 93 of that Act shall be determined on the basis of the total of the custody and supervision periods of the youth sentence.

119.2 Pour l'application des articles 120 à 120.3, l'admissibilité à la libération conditionnelle de l'adolescent qui a reçu une des peines spécifiques prévues aux alinéas 42(2)n, o, q) ou r) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et est transféré dans un établissement correctionnel provincial pour adultes ou dans un pénitencier au titre des articles 89, 92 ou 93 de cette loi est déterminée en fonction de la somme des périodes de garde et de surveillance de la peine spécifique.

Peine spécifi-
que

Time when
eligible for
full parole

120. (1) Subject to sections 746.1 and 761 of the *Criminal Code* and to any order made under section 743.6 of that Act, to subsection 140.3(2) of the *National Defence Act* and to any order made under section 140.4 of that Act, and to subsection 15(2) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, an offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of the lesser of one third of the sentence and seven years.

120. (1) Sous réserve des articles 746.1 et 761 du *Code criminel* et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 743.6 de cette loi, du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale* et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 140.4 de cette loi, et du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale est d'un tiers de la peine à concurrence de sept ans.

Temps
d'épreuve
pour la
libération
condition-
nelle totale

...

[...]

Multiple
sentences on
same day

120.1 (1) A person who is not serving a sentence and who receives more than one sentence on the same day is not eligible for full parole until the day on which they have served a period equal to the total of

120.1 (1) La personne qui est condamnée le même jour à plusieurs peines d'emprisonnement alors qu'elle n'en purgeait aucune n'est admissible à la libération conditionnelle totale qu'après avoir accompli le temps d'épreuve égal à la somme des périodes suivantes :

Peines
imposées le
même jour

(a) the period of ineligibility in respect of any portion of the sentence constituted under subsection 139(1) that is subject to an order under section 743.6 of the *Criminal Code* or section 140.4 of the *National Defence Act*, and

a) le temps d'épreuve requis relativement à la partie de la peine, déterminée conformément au paragraphe 139(1), qui est visée par une ordonnance rendue en vertu de l'article 743.6 du *Code criminel* ou de l'article 140.4 de la *Loi sur la défense nationale*;

(b) the period of ineligibility in respect of any other portion of that sentence.

b) le temps d'épreuve requis relativement à toute autre partie de cette peine.

One or more
additional
consecutive
sentences

(2) If an offender who is serving a sentence, or is serving a sentence that was constituted under subsection 139(1), receives an additional sentence that is to be served consecutively to the sentence they are serving when the additional sentence is imposed — or receives, on the same day, two or more additional sentences to be served consecutively and the additional sentence

(2) Le délinquant dont la peine d'emprisonnement — peine simple ou peine déterminée conformément au paragraphe 139(1) — n'est pas expirée et qui est condamné à une peine d'emprisonnement supplémentaire à purger consécutivement à l'autre ou qui est condamné le même jour à plusieurs peines d'emprisonnement supplémentaires à purger consécutivement

Peine supplémen-
taire
consécutive

they are serving when the additional sentences are imposed — the offender is not eligible for full parole until the day on which they have served, from the day on which the additional sentence is or sentences are imposed, the total of the following periods:

(a) any remaining period of ineligibility in respect of the sentence they are serving when the additional sentence is or sentences are imposed, and

(b) the period of ineligibility in respect of the additional sentence or, in the case of two or more additional sentences, a period equal to the total of the periods of ineligibility in respect of all of the additional sentences.

Additional sentence to be served consecutively to portion sentence

(3) Despite subsection (2), if an offender who is serving a sentence or a sentence that was constituted under subsection 139(1) receives an additional sentence or two or more sentences that are to be served consecutively to a portion of the sentence they are serving when the additional sentence is imposed — or receives, on the same day, two or more additional sentences including a sentence to be served concurrently with the sentence being served and one or more sentences to be served consecutively to the additional concurrent sentence — they are not eligible for full parole until the day on which they have served, from the day on which the additional sentence is or sentences are imposed, any remaining period of ineligibility to which they are subject and the longer of the following periods:

(a) one third of the period that equals the difference between the length of the sentence that was constituted under subsection 139(1), including the additional sentence or sentences, and the length of the sentence that they are serving when the additional sentence is or sentences are imposed; or

(b) the period of ineligibility of the additional sentence that is or sentences that are ordered to be served consecutively.

à la peine non expirée n'est admissible à la libération conditionnelle totale qu'après avoir accompli, à compter du jour de la condamnation, le temps d'épreuve égal à la somme des périodes suivantes :

a) le reste du temps d'épreuve relatif à la peine qu'il purgeait au moment de la condamnation;

b) le temps d'épreuve relatif à la peine supplémentaire ou, en cas de condamnation à plusieurs peines supplémentaires, la période égale à la somme des temps d'épreuve relatifs à celles-ci.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), le délinquant dont la peine d'emprisonnement — peine simple ou peine déterminée conformément au paragraphe 139(1) — n'est pas expirée et qui est condamné à une ou plusieurs peines d'emprisonnement supplémentaires à purger consécutivement à une partie de la peine non expirée ou qui est condamné le même jour à plusieurs peines d'emprisonnement supplémentaires dont une à purger concurrentement à la peine non expirée et une ou plusieurs peines à purger consécutivement à la peine supplémentaire concurrente n'est admissible à la libération conditionnelle totale qu'après avoir accompli, à compter du jour de la condamnation, le temps d'épreuve qui correspond à la période la plus longue résultant de la somme des périodes ci-après, d'une part, le reste du temps d'épreuve relatif à la peine qu'il purgeait au moment de la condamnation et, d'autre part :

Peine supplémentaire consécutive à une partie de la peine

(a) soit un tiers de la période équivalant à la différence entre la durée de la peine déterminée conformément au paragraphe 139(1) qui englobe la ou les peines supplémentaires et la durée de la peine non expirée;

b) soit le temps d'épreuve relatif à la ou aux peines supplémentaires à purger consécutivement.

Additional
concurrent
sentence

120.2 (1) Subject to subsection (2), if an offender who is serving a sentence, or is serving a sentence that was constituted under subsection 139(1), receives an additional sentence that is to be served concurrently with the sentence they are serving when the additional sentence is imposed, they are not eligible for full parole until the day that is the later of

(a) the day on which they have served the period of ineligibility in respect of the sentence they are serving when the additional sentence is imposed, and

(b) the day on which they have served

(i) the period of ineligibility in respect of any portion, of the sentence that includes the additional sentence as provided by subsection 139(1), that is subject to an order under section 743.6 of the *Criminal Code* or section 140.4 of the *National Defence Act*, and

(ii) the period of ineligibility in respect of any other portion of that sentence.

...

Entitlement

127. (1) Subject to any provision of this Act, an offender sentenced, committed or transferred to penitentiary is entitled to be released on the date determined in accordance with this section and to remain at large until the expiration of the sentence according to law.

...

Sentence for
future
offences

(3) Subject to this section, the statutory release date of an offender sentenced on or after November 1, 1992 to imprisonment for one or more offences is the day on which the offender completes two thirds of the sentence.

...

Multiple
sentences

139. (1) For the purposes of the *Criminal Code*, the *Prisons and Reformatives Act*, the *International Transfer of Offenders Act* and this Act, a person who is subject to two or more sentences is deemed to have been sentenced to one sentence beginning on the first day of the first of those sentences to be served and ending on the last day of the last of them to be served.

120.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le délinquant dont la peine d'emprisonnement — peine simple ou peine déterminée conformément au paragraphe 139(1) — n'est pas expirée et qui est condamné à une peine d'emprisonnement supplémentaire à purger concurremment à l'autre n'est admissible à la libération conditionnelle totale qu'à la plus éloignée des dates suivantes :

a) la date à laquelle il a accompli le temps d'épreuve relatif à la peine qu'il purgeait au moment de la condamnation;

b) la date à laquelle il a accompli, d'une part, le temps d'épreuve requis relativement à la partie de la peine, déterminée conformément au paragraphe 139(1) et englobant la peine supplémentaire, qui est visée par une ordonnance rendue en vertu de l'article 743.6 du *Code criminel* ou de l'article 140.4 de la *Loi sur la défense nationale* et, d'autre part, le temps d'épreuve requis relativement à toute autre partie de cette peine.

[...]

127. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'individu condamné ou transféré au pénitencier a le droit d'être mis en liberté à la date fixée conformément au présent article et de le demeurer jusqu'à l'expiration légale de sa peine.

[...]

(3) La date de libération d'office d'un individu condamné à une peine d'emprisonnement le 1er novembre 1992 ou par la suite est, sous réserve des autres dispositions du présent article, celle où il a purgé les deux tiers de sa peine.

[...]

139. (1) Pour l'application du *Code criminel*, de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* et de la présente loi, le délinquant qui est assujéti à plusieurs peines d'emprisonnement est réputé n'avoir été condamné qu'à une seule peine commençant le jour du début de l'exécution de la première et se terminant à l'expiration de la dernière.

Peine
supplémentaire
concurrante

Droit du
délinquant

[Date de libération
d'office]

Peines
multiples

The following legislative provisions of the CCRA that applied before the amendments to the CCRA came into force on June 13, 2012 and October 23, 2012 are relevant:

Definitions

2. (1) In this Part,

...

“sentence”
« peine » ou
« peine
d’emprison-
nement »

“sentence” means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*;

...

Additional
consecutive
sentence

120.1 (1) Where an offender who is serving a sentence receives an additional sentence that is to be served consecutively to the sentence the offender was serving when the additional sentence was imposed, the offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served, commencing on the day on which the additional sentence was imposed,

(a) any remaining period of ineligibility in relation to the sentence the offender was serving when the additional sentence was imposed; and

(b) the period of ineligibility in relation to the additional sentence.

Additional
sentence to
be served
consecu-
tively to a
portion of
the sentence

(2) Notwithstanding subsection (1), where an offender who is serving a sentence receives an additional sentence that is to be served consecutively to a portion of the sentence the offender was serving when the additional sentence was imposed, the offender is not eligible for full parole until the day that is the latest of

(a) the day on which the offender has served the period of ineligibility for full parole in relation to the sentence the offender was serving when the additional sentence was imposed,

Les dispositions législatives suivantes de la LSCMLSC, qui s’appliquaient avant que les modifications à cette loi entrent en vigueur le 13 juin 2012 et le 23 octobre 2012, sont pertinentes :

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

[...]

« peine » ou « peine d’emprisonnement » S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d’une peine d’emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

[...]

120.1 (1) Le délinquant dont la peine d’emprisonnement n’est pas expirée et qui est condamné à une peine d’emprisonnement supplémentaire à purger à la suite de l’autre n’est pas admissible à la libération conditionnelle totale avant d’avoir purgé, à la fois, depuis le jour où il s’est vu infliger cette peine supplémentaire :

a) le reste du temps d’épreuve relatif à la peine que le délinquant purgeait déjà lorsqu’il s’est vu imposer la peine supplémentaire;

b) le temps d’épreuve relatif à cette peine supplémentaire.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le délinquant dont la peine d’emprisonnement n’est pas expirée et qui est condamné à une peine supplémentaire à purger après une partie de la peine en cours n’est admissible à la libération conditionnelle totale qu’à la plus éloignée des dates suivantes :

a) la date à laquelle il a accompli le temps d’épreuve sur la peine qu’il purge au moment de la condamnation à la peine supplémentaire

Définitions

« peine » ou
« peine
d’emprison-
nement »
“sentence”

Peine
supplémentaire
consécutive

Peine
supplémentaire à purger
après une
partie de la
peine

(b) the day on which the offender has served, commencing on the date on which the additional sentence was imposed, the period of ineligibility for full parole in relation to the additional sentence, and

(c) the day on which the offender has served the period of ineligibility for full parole in relation to the sentence that includes the additional sentence as provided by subsection 139(1).

b) la date à laquelle il a accompli le temps d'épreuve sur la peine supplémentaire, déterminé à compter de la date de la condamnation à celle-ci;

c) la date à laquelle il a accompli le temps d'épreuve requis par rapport à la peine d'emprisonnement déterminée conformément au paragraphe 139(1).

The following legislative provisions of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (YCJA) are relevant:

42. ...

Youth
sentence

(2) When a youth justice court finds a young person guilty of an offence and is imposing a youth sentence, the court shall, subject to this section, impose any one of the following sanctions or any number of them that are not inconsistent with each other and, if the offence is first degree murder or second degree murder within the meaning of section 231 of the *Criminal Code*, the court shall impose a sanction set out in paragraph (q) or subparagraph (r)(ii) or (iii) and may impose any other of the sanctions set out in this subsection that the court considers appropriate:

...

(q) order the young person to serve a sentence not to exceed

(i) in the case of first degree murder, ten years comprised of

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that must not, subject to subsection 104(1) (continuation of custody), exceed six years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 105, and

Les dispositions législatives suivantes, tirées de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (LSJPA) sont pertinentes :

42. [...]

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, dans le cas où il déclare un adolescent coupable d'une infraction et lui impose une peine spécifique, le tribunal lui impose l'une des sanctions ci-après en la combinant éventuellement avec une ou plusieurs autres compatibles entre elles; dans le cas où l'infraction est le meurtre au premier ou le meurtre au deuxième degré au sens de l'article 231 du *Code criminel*, le tribunal lui impose la sanction visée à l'alinéa q) ou aux sous-alinéas r)(ii) ou (iii) et, le cas échéant, toute autre sanction prévue au présent article qu'il estime indiquée :

Peine
spécifique

[...]

q) l'imposition par ordonnance :

(i) dans le cas d'un meurtre au premier degré, d'une peine maximale de dix ans consistant, d'une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour une période maximale de six ans à compter de sa mise à exécution, sous réserve du paragraphe 104(1) (prolongation de la garde), et, d'autre part, en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité conformément à l'article 105,

(ii) in the case of second degree murder, seven years comprised of

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that must not, subject to subsection 104(1) (continuation of custody), exceed four years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 105;

(ii) dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, d'une peine maximale de sept ans consistant, d'une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour une période maximale de quatre ans à compter de sa mise à exécution, sous réserve du paragraphe 104(1) (prolongation de la garde), et, d'autre part, en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité conformément à l'article 105;

The following provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-34 (Code) are relevant:

La disposition suivante du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-34 est pertinente :

Transfer of jurisdiction when person already sentenced under Youth Criminal Justice Act

743.5 (1) If a young person or an adult is or has been sentenced to a term of imprisonment for an offence while subject to a disposition made under paragraph 20(1)(k) or (k.1) of the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985, or a youth sentence imposed under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r) of the *Youth Criminal Justice Act*, the remaining portion of the disposition or youth sentence shall be dealt with, for all purposes under this Act or any other Act of Parliament, as if it had been a sentence imposed under this Act.

743.5 (1) Lorsqu'un adolescent ou un adulte assujetti à une décision rendue au titre des alinéas 20(1)k) ou k.1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985), ou à une peine spécifique imposée en vertu des alinéas 42(2)n), o), q) ou r) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* est ou a été condamné à une peine d'emprisonnement pour une infraction, le reste de la décision prononcée ou de la peine spécifique imposée est purgée, pour l'application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, comme si elle avait été prononcée ou imposée au titre de la présente loi.

Transfert de compétence

A-302-12
A-457-12
2013 FCA 28

A-302-12
A-457-12
2013 CAF 28

Tervita Corporation, Complete Environmental Inc. and Babkirk Land Services Inc. (*Appellants*)

Tervita Corporation, Complete Environmental Inc. et Babkirk Land Services Inc. (*appelants*)

v.

c.

Commissioner of Competition, Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey (*Respondents*)

Commissaire de la concurrence, Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey (*intimés*)

INDEXED AS: *TERVITA CORPORATION v. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)*

RÉPERTORIÉ : *TERVITA CORPORATION c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)*

Federal Court of Appeal, Evans, Stratas and Mainville J.J.A.—Toronto, December 10 and 11, 2012; Ottawa, February 11, 2013.

Cour d’appel fédérale, juges Evans, Stratas et Mainville, J.C.A.—Toronto, 10 et 11 décembre 2012; Ottawa, 11 février 2013.

Editor’s Note: Leave to appeal this judgment was granted by the Supreme Court of Canada on July 11, 2013.

Note de l’arrêstiste : La Cour suprême du Canada a accordé l’autorisation d’en appeler de cette décision le 11 juillet 2013.

Competition — Appeals from Competition Tribunal divestiture order made pursuant to Competition Act, s. 92 — Tribunal finding that proposed merger likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern (NE) British Columbia — Appellant Tervita Corporation operating two secure landfills in NE British Columbia — Other landfill (Babkirk site) operated by Babkirk Land Services Inc. (BLS) — Individual respondents (vendors) acquiring BLS through new corporation (Complete Environmental Inc.) — Vendors subsequently selling shares in Complete to Tervita — Commissioner of Competition opposing transaction on ground likely to prevent competition in secure landfill services in NE British Columbia, applying to Tribunal seeking order that transaction be dissolved or order requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS — Tribunal concluding, under s. 92, that impugned merger likely to prevent competition substantially — Also finding, under Act, s. 96, no or only marginal gains in efficiency warranting order under s. 92 not be made — Issues herein pertaining to alleged errors with respect to Tribunal’s analysis under ss. 92, 96 — Tribunal erring, breaching rules of procedural fairness by considering Commissioner’s “deadweight loss” quantification under s. 96 — Tribunal should have concluded that “deadweight loss” not properly quantified — Tribunal also erring when favouring subjective balancing exercise for determining whether gains in efficiency offsetting anti-competitive effects under s. 96 — Overall offset analysis under s. 96 having to be as objective as reasonably possible; where objective determination cannot be made, must be reasonable — In light of Tribunal’s errors,

Concurrence — Appels visant une ordonnance de désaisissement prononcée par le Tribunal de la concurrence en application de l’art. 92 de la Loi sur la concurrence — Le Tribunal a conclu que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est (N.-E.) de la Colombie-Britannique — L’appelante Tervita Corporation exploitait deux sites d’enfouissement sécuritaire dans le N.-E. de la Colombie-Britannique — Un autre site d’enfouissement (le site Babkirk) était exploité par Babkirk Land Services Inc. (BLS) — Les intimés (les vendeurs) ont acquis BLS par l’entremise d’une nouvelle personne morale (Complete Environmental Inc.) — Les vendeurs ont par la suite vendu leurs actions de Complete à Tervita — La commissaire de la concurrence s’est opposée à la transaction qu’elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d’enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique et a demandé au Tribunal d’ordonner l’annulation de la transaction, ou d’ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS — Le Tribunal a conclu, au titre de l’art. 92, que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence — Il a également conclu, au titre de l’art. 96 de la Loi, qu’aucun gain en efficience ou que des gains négligeables justifiaient qu’aucune ordonnance ne soit rendue en application de l’art. 92 — Les questions en l’espèce portaient sur les erreurs qu’aurait commises le Tribunal dans son analyse au titre des art. 92 et 96 — Le Tribunal a erré et manqué aux principes d’équité procédurale en tenant compte de la

fresh assessment of matter conducted — Merger herein providing negligible gains in efficiency while ensuring continuation, strengthening of Tervita's market monopoly in geographic area at issue — These negligible gains not offsetting known anti-competitive effects even where weight to be afforded to such effects undetermined — Appeals dismissed.

These were appeals from a divestiture order of the Competition Tribunal (Tribunal) made pursuant to section 92 of the *Competition Act* on the ground that the proposed merger was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern (NE) British Columbia.

Oil and gas operations in NE British Columbia produce hazardous waste which must be disposed of in accordance with a regulatory framework. One preferred method of disposal is to truck the waste to a secure landfill. Four permits for dedicated landfill operations have been issued for NE British Columbia. Two permits are held for the Silverberry and Northern Rockies landfill sites owned or operated by the appellant, Tervita Corporation (Tervita), formerly known as CCS Corporation. A third permit was issued for the Peejay site, developed by an aboriginal community. However, that secure landfill had not yet been constructed. The fourth permit was issued for the Babkirk site located approximately 81 km northwest of Tervita's Silverberry secure landfill. It is the acquisition of the Babkirk site by Tervita which triggered the Commissioner's intervention and was at the heart of the Tribunal's decision.

The Babkirk site was operated by Babkirk Land Services Inc. (BLS). In 2008, a group composed of the individual respondents (the "vendors") acquired all the shares of BLS through a new corporation, Complete Environmental Inc. (Complete). The vendors intended to operate the Babkirk site primarily as a bioremediation facility. The vendors were confident that they could succeed with their bioremediation facility at the Babkirk site if they could complement this

quantification de la « perte sèche » par la commissaire en vertu de l'art. 96 — Le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n'avait pas été quantifiée correctement — Le Tribunal a également commis une erreur lorsqu'il a favorisé une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficacité neutralisaient les effets anticoncurrentiels aux termes de l'art. 96 — L'analyse globale de la neutralisation prévue à l'art. 96 doit être aussi objective que possible et, lorsqu'il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d'être raisonnable — Compte tenu des erreurs du Tribunal, une nouvelle analyse de la question a été effectuée — Le fusionnement, en l'espèce, n'a permis de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question — Ces gains négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue — Appels rejetés.

Il s'agissait d'appels visant une ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* au motif que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du Nord-Est (N.-E.) de la Colombie-Britannique.

Les exploitations pétrolières et gazières du N.-E. de la Colombie-Britannique produisent des déchets dangereux, qui doivent être éliminés conformément au cadre réglementaire. Une des méthodes d'élimination privilégiées consiste à transporter les déchets par camion jusqu'à un site d'enfouissement sécuritaire. Quatre permis de site d'enfouissement spécialisés ont été délivrés dans le N.-E. de la Colombie-Britannique. Deux de ces permis visent les sites d'enfouissement Silverberry et Northern Rockies que l'appelante, Tervita Corporation (Tervita), anciennement connue sous le nom CCS Corporation, possède ou exploite. Un troisième permis concerne le site de Peejay, aménagé par une collectivité autochtone. Cependant, ce site ne possède toujours pas d'installations d'enfouissement sécuritaire. Le quatrième permis vise le site Babkirk, situé à environ 81 km au nord-ouest du site d'enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. C'est l'acquisition du site Babkirk par Tervita qui a déclenché l'intervention de la commissaire et qui est au cœur de la décision du Tribunal.

Le site Babkirk était exploité par Babkirk Land Services Inc. (BLS). En 2008, un groupe composé des intimés (les « vendeurs ») a acquis toutes les actions de BLS par l'entremise d'une nouvelle personne morale, Complete Environmental Inc. (Complete). Les vendeurs avaient l'intention d'exploiter le site Babkirk principalement comme installation de biorestauration. Ils étaient confiants en leur capacité de rentabiliser leur installation de biorestauration au

service with a secure landfill facility allowing for the storage of waste which was not amenable to bioremediation.

Subsequently, the vendors decided to sell their shares in Complete to Tervita in 2010. However, prior to the closing of this transaction the Commissioner of Competition informed the parties that she opposed the transaction on the ground that it was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in NE British Columbia. Shortly after the closing, the Commissioner applied to the Tribunal pursuant to section 92 seeking an order that the transaction be dissolved or, in the alternative, requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS.

The Tribunal found that absent the merger, the bioremediation facility offered at the Babkirk site would have been unprofitable and that by October 2012, the vendors would have sought to generate additional revenues by accepting more waste into their secure landfill. It further concluded that by the spring of 2013, the site would have ended up being operated as a full-service secure landfill and that as such, the Babkirk site and Tervita's secure landfills would have become direct, serious and substantial competitors by no later than the spring of 2013. The Tribunal found that there were no other proposed new entrants in the Contestable Area, and that the barriers to entry into the relevant market were significant. It thus concluded that the impugned merger was likely to prevent competition substantially in the supply of secure landfill services in at least the Contestable Area, and by no later than the spring of 2013.

The Tribunal noted that under section 96 of the *Competition Act* (which provides that the Tribunal shall not make an order under section 92 where there are gains in efficiency), it is necessary to: (a) identify and, if possible, quantify the gains in efficiency resulting from the merger; (b) identify and, if possible, quantify the effects resulting from the merger; and (c) determine if these gains in efficiency exceed and offset these effects. The Tribunal further noted that the Commissioner bore the burden of proving the extent of the anti-competitive effects resulting from the merger where they are quantifiable, even if only roughly so, as well as any non-quantifiable or qualitative anti-competitive effects. On the other hand, Tervita bore the burden of establishing that the gains in efficiency resulting from the merger were likely to be greater than, or to offset, these effects.

The Tribunal went on to find that in the present instance, there were no gains in efficiency or that these gains were marginal. As to the effects of the merger, the Tribunal was persuaded, on a balance of probabilities, that the approach

site Babkirk dans la mesure où ils ajouteraient à ce service une installation d'enfouissement sécuritaire capable de stocker les déchets impossibles à valoriser par la biorestauration.

Par la suite, les vendeurs ont décidé de vendre leurs actions de Complete à Tervita, en 2010. Toutefois, avant la conclusion de la vente, la commissaire de la concurrence a informé les parties qu'elle s'opposait à la transaction, qu'elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique. Peu après la conclusion de la vente, la commissaire a demandé au Tribunal, en application de l'article 92, d'ordonner l'annulation de la transaction, ou encore d'ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS.

Le Tribunal a conclu que sans le fusionnement, l'installation de biorestauration proposée au site Babkirk n'aurait pas été rentable et qu'en octobre 2012 ou avant, les vendeurs auraient tenté d'accroître leurs revenus en acceptant davantage de déchets dans leur site d'enfouissement sécuritaire. Il a en outre estimé que d'ici le printemps 2013, les vendeurs auraient commencé à exploiter un site d'enfouissement sécuritaire à service complet et qu'en conséquence, le site Babkirk et les sites d'enfouissement sécuritaires de Tervita se seraient livrés une concurrence directe, sérieuse et sensible au plus tard au printemps 2013. Le Tribunal a estimé qu'aucun autre acteur ne proposait de s'installer dans la zone contestable et que la pénétration du marché pertinent comportait des obstacles considérables. Il a donc conclu que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence dans les services d'enfouissement sécuritaire, à tout le moins dans la zone contestable et au plus tard au printemps 2013.

Le Tribunal a signalé qu'en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* (qui prévoit que le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où le fusionnement entraîne des gains en efficacité), il est nécessaire de procéder comme suit : a) cerner et, si possible, quantifier les gains en efficacité qui résulteront du fusionnement; b) cerner et, si possible, quantifier les effets du fusionnement; c) déterminer si ces gains en efficacité surpasseront et neutraliseront ces effets. Le Tribunal a signalé en outre qu'il incombait à la commissaire de prouver l'ampleur des effets anticoncurrentiels qui résulteraient du fusionnement, s'ils étaient quantifiables, même approximativement, de même que les effets anticoncurrentiels qualitatifs ou non quantifiables. De son côté, Tervita devait établir que les gains en efficacité susceptibles de résulter du fusionnement surpasseraient ou neutraliseraient vraisemblablement ces effets.

Le Tribunal a conclu qu'en l'espèce, il n'y avait aucun gain en efficacité ou que ceux-ci étaient négligeables. En ce qui concerne les effets du fusionnement, le Tribunal s'est dit convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la

adopted by the Commissioner's expert and the numbers he used in reaching his estimate of the likely "deadweight loss" were reasonable for the purposes of the Tribunal's assessment of effects under section 96. The Tribunal acknowledged that this approach to calculating the "deadweight loss" was deficient, but it found nevertheless that the "rough" estimate produced by this approach was sufficiently reliable for its purposes. Turning to the qualitative effects resulting from the merger, the Tribunal recognized that the reduction in tipping fees resulting from competition between Silverberry and Babkirk would induce waste generators to more actively clean up legacy sites in NE British Columbia. The Tribunal also recognized as a qualitative effect the reduction in "value propositions". It found that competition from the Babkirk site would lead Tervita to offer certain of its customers link prices on some of its other services, which would in turn lead to a lower total cost for overall waste services used by such customers. Finally, with respect to offset, the Tribunal held that the quantified anti-competitive effects exceeded the quantified gains in efficiency. Alternatively, the qualitative anti-competitive effects taken together would outweigh the merger gains in efficiency under any reasonable approach.

At issue were a number of alleged errors with respect to the Tribunal's analysis under sections 92 and 96 of the Act. Particularly, the alleged errors were that the Tribunal erred: by acting on a theory of the case that had not been pleaded; by extending the analysis of potential entry beyond the time of the impugned merger; by engaging in speculation regarding possible future events; by reversing the onus and shifting the burden of proof on Tervita and the vendors; by considering the Commissioner's "deadweight loss" quantification in the face of a finding that the Commissioner had failed to meet her burden to prove such quantification; by not considering the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger; and by applying an offset methodology which tipped the scale in favour of anti-competitive effects on the basis of an unreasoned and subjective assessment of unquantifiable qualitative effects.

Held, the appeals should be dismissed.

The Tribunal did not base its decision on a theory of the case that had not been pleaded. The feasibility of a bioremediation facility at the Babkirk site was squarely before the Tribunal, as was the issue of whether Complete was a "poised entrant" in the market for secure landfills once it ceased to pursue bioremediation. In any event, the appellants were not

méthode de calcul adoptée par l'expert de la commissaire et les chiffres employés pour estimer la « perte sèche » probable étaient raisonnables aux fins de l'évaluation des effets pour l'application de l'article 96 par le Tribunal. Tout en reconnaissant les lacunes de cette méthode de calcul de la « perte sèche », le Tribunal a quand même conclu qu'elle permettait d'obtenir une estimation « approximative » suffisamment fiable pour les besoins du Tribunal. Sur la question des effets qualitatifs découlant du fusionnement, le Tribunal a reconnu que la réduction des redevances de déversement qui résulterait de la concurrence entre Silverberry et Babkirk inciterait les producteurs de déchets du N.-E. de la Colombie-Britannique à assainir davantage les sites contaminés laissés à l'abandon. Le Tribunal a également reconnu la réduction des « propositions de valeur » au titre d'effet qualitatif. Selon lui, la concurrence du site Babkirk pousserait Tervita à offrir à certains de ses clients des forfaits avantageux incluant d'autres services, ce qui entraînerait une baisse du prix total des services de gestion des déchets utilisés par ces clients. Enfin, en ce qui a trait à la neutralisation des effets, le Tribunal a jugé que les effets anticoncurrentiels quantifiés surpassaient les gains en efficacité quantifiés. À titre subsidiaire, l'ensemble des effets anticoncurrentiels qualitatifs surpasserait les gains en efficacité réalisés par le fusionnement, quelle que soit l'approche raisonnable retenue.

Un certain nombre d'erreurs qui auraient été commises par le Tribunal dans son analyse au titre des articles 92 et 96 de la Loi étaient en cause. Plus particulièrement, les erreurs qu'aurait commises le Tribunal étaient les suivantes : le Tribunal s'est fondé sur une thèse qui n'avait pas été plaidée en l'espèce; il a élargi son analyse de la pénétration éventuelle du marché au-delà de la période visée par le fusionnement contesté; il s'est livré à des spéculations au sujet de futurs événements possibles; il a inversé le fardeau de la preuve et l'a transféré de Tervita aux vendeurs; il a tenu compte de la quantification de la « perte sèche » effectuée par la commissaire, et ce, malgré le fait qu'il avait conclu que la commissaire ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir cette quantification; il n'a pas tenu compte des gains en efficacité procurés par une année de transport et d'expansion du marché grâce au fusionnement; il a appliqué une méthode de neutralisation qui favorisait les effets anticoncurrentiels en se fondant sur une appréciation déraisonnable et subjective d'effets qualitatifs non quantifiables.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

Le Tribunal n'a pas fondé sa décision sur une thèse qui n'a pas été plaidée. La faisabilité de l'entreprise de biorestauration sur le site Babkirk était une question qui avait été carrément soumise au Tribunal, tout comme celle de savoir si Complete était un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché » des sites d'enfouissement sécuritaire après la fin de

prejudiced by the fact that these issues were considered and decided by the Tribunal.

The Tribunal could extend the section 92 analysis beyond the date of the merger. The analysis required for the review of a merger under section 92 involving the prevention of competition is necessarily forward-looking. The Tribunal was thus correct in concluding that while “poised entry” should be considered by taking into account the date of the merger, it need not be limited to that date. The analysis may require that the Tribunal look into the future to ascertain whether the entry into the market would have occurred within a reasonable period of time. What is a reasonable period of time will necessarily vary from case to case. However, certain guidelines should be followed to ascertain an appropriate temporal framework: the time frame must be discernible, and the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue. In this case, the Tribunal discerned a clear time frame under which the Babkirk site would enter the market for secure landfills, and this discernible time frame was well within the temporal framework of the barriers to market entry.

The Tribunal did not engage in unfounded speculation regarding possible future events. The Tribunal’s findings were supported by abundant evidence.

The Tribunal did not reverse the onus and shift the burden of proof away from the Commissioner. It implicitly accepted that the burden lay with the Commissioner. Moreover, in his concurring reasons, Crampton C.J. explicitly and correctly stated that the burden was on the Commissioner to establish, on a balance of probabilities, that “but for” the merger, one of the merging parties likely would have entered or expanded within the relevant market within a reasonable period of time, and on a sufficient scale, to effect either a material reduction of prices or a material increase in one or more levels of non-price competition, in a material part of the market. It was implicit in the Tribunal’s reasons that this approach to the burden of proof was applied by the Tribunal as a whole.

The Tribunal erred and breached the rules of procedural fairness by considering the Commissioner’s “deadweight loss” quantification. The Commissioner did not discharge her burden to quantify the “deadweight loss” resulting from the merger, and the Tribunal erred by allowing her to correct that failure through a reply report using an admittedly deficient methodology. The Tribunal compounded that error by not allowing Tervita an opportunity to formally respond to that report. As a result, the Tribunal should have concluded that

l’exploitation de son entreprise de biorestauration. Dans tous les cas, les appelants n’ont pas subi un préjudice du fait que ces questions ont été examinées et tranchées par le Tribunal.

Le Tribunal pouvait élargir l’analyse qu’il effectuait au titre de l’article 92 au-delà de la date du fusionnement. L’analyse requise pour examiner un fusionnement sous l’angle de l’empêchement de la concurrence aux termes de l’article 92 est nécessairement prospective. Le Tribunal avait donc raison de conclure qu’il fallait envisager la « pénétration prochaine » en tenant compte de la date du fusionnement, sans nécessairement se limiter à cette date. L’analyse peut nécessiter que le Tribunal envisage l’avenir afin de vérifier si la pénétration du marché aurait eu lieu dans un délai raisonnable. La définition d’un délai raisonnable varie nécessairement d’une affaire à l’autre. Il convient toutefois de suivre certaines lignes directrices afin d’établir un cadre temporel approprié : le délai doit être discernable et le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question. En l’espèce, le Tribunal discernait un délai évident à l’intérieur duquel le site Babkirk pénétrerait le marché des sites d’enfouissement sécuritaires, et ce délai discernable de pénétration du marché s’inscrivait résolument dans le cadre temporel des obstacles à la pénétration du marché.

Le Tribunal ne s’est pas livré à des spéculations non fondées quant à d’éventuels événements futurs. Les conclusions du Tribunal étaient soutenues par une preuve abondante.

Le Tribunal n’a pas inversé le fardeau de la preuve et dispensé la commissaire de son obligation de s’en acquitter. Il a admis implicitement que le fardeau revenait à la commissaire. En outre, dans ses motifs concourants, le juge en chef Crampton a affirmé explicitement et avec raison qu’il incombe à la commissaire d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’en l’absence hypothétique de fusionnement, une des parties fusionnées aurait pénétré le marché pertinent, ou y aurait élargi sa présence, dans un laps de temps raisonnable et à une échelle suffisante pour entraîner soit une réduction sensible des prix ou une augmentation sensible de la concurrence hors prix, à un ou à plusieurs niveaux, dans une portion sensible du marché. Les motifs du Tribunal indiquent implicitement que cette approche du fardeau de la preuve a été adoptée par l’ensemble du Tribunal.

Le Tribunal a erré et manqué aux principes d’équité procédurale en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » par la commissaire. La commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de quantifier la « perte sèche » résultant du fusionnement, et le Tribunal a commis une erreur en lui permettant de corriger cette omission en produisant en réplique un rapport qui utilisait une méthodologie dont il était admis qu’elle était déficiente. Le Tribunal a aggravé cette erreur en n’accordant pas à Tervita la possibilité

the “deadweight loss” had not been properly quantified, and that consequently the weight to be attributed to it was not zero, as the appellants submit, but was rather undetermined.

The Tribunal correctly refused to consider the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger. The Tribunal found these one-year gains in efficiency to be the result of delays in the implementation of its order, and concluded that it would be contrary to the purposes of the *Competition Act* to recognize them. Indeed, it would be contrary to the overall scheme of the *Competition Act* to consider order implementation gains in efficiency since the results of a merger review should not be driven by the delays required to properly implement a divestiture order from the Tribunal resulting from such a review. In addition, under subsection 96(1) of the *Competition Act*, the Tribunal must find “that the merger ... has brought about or is likely to bring about gains in efficienc[ies]” (emphasis added). Thus, gains in efficiency claimed for the period *preceding* the merger review decision must have been *in fact* achieved in order to be recognized (“has brought about”). Gains in efficiency claimed for the period *subsequent* to the merger review decision must be *likely* to be achieved (“likely to bring about”). Possible gains in efficiency which could have been brought about prior to the merger review decision, but were not actually achieved, are consequently not considered. This is because the gains in efficiency defence rests on the premise that the trade-off between merger gains in efficiency and anti-competitive effects must actually benefit the Canadian economy. In the case at bar, Tervita has admittedly still not started to build or operate a secure landfill operation at the Babkirk site. Consequently, the one-year transportation and market expansion gains in efficiency have not in fact been realized by Tervita, and will now never be realized. These gains in efficiency are irremediably lost for the Canadian economy. They should therefore not be considered in the balancing exercise required under section 96.

Finally, the Tribunal erred when it favoured a subjective balancing exercise for determining whether the gains in efficiency offset the anti-competitive effects under section 96. The offset analysis must not be based on subjective judgment. The overall offset analysis under section 96 must be as *objective* as is reasonably possible, and where an objective determination cannot be made, it must be reasonable. In the

de répondre formellement à ce rapport. Par conséquent, le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n’avait pas été quantifiée correctement et qu’en conséquence la valeur qui devait y être attribuée n’était pas égale à zéro, comme le prétendent les appelants, mais qu’elle était indéterminée.

Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en ne tenant pas compte des gains en efficacité résultant du fusionnement procurés par une année de transport et une année d’expansion du marché. Le Tribunal a estimé que ces gains en efficacité d’un an découleraient du délai de mise en application de son ordonnance et conclu qu’il serait contraire à l’intention de la *Loi sur la concurrence* de les reconnaître. De fait, il serait contraire à l’objectif global de la *Loi sur la concurrence* de prendre en considération des gains en efficacité découlant de la mise en application d’une ordonnance, étant donné que les résultats de l’examen d’un fusionnement ne devraient pas être dictés par les délais requis pour mettre correctement en application une ordonnance de dessaisissement formulée par le Tribunal par suite de cet examen. De plus, aux termes du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal doit conclure que le fusionnement « a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité » (non souligné dans l’original). Ainsi, les gains en efficacité revendiqués pour la période *précédant* la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent avoir été *en fait* réalisés pour pouvoir être reconnus (« a eu pour effet »). Les gains en efficacité revendiqués pour la période *postérieure* à la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent *vraisemblablement* avoir été réalisés (« aura vraisemblablement pour effet »). Les éventuels gains en efficacité qui auraient été réalisés avant la décision prise à l’issue de l’examen du fusionnement, mais qui n’ont pas été effectivement réalisés n’entrent donc pas en considération. Cette situation tient au fait que le moyen de défense tiré des gains en efficacité repose sur la prémisse que le compromis entre les gains en efficacité que procure le fusionnement et les effets anticoncurrentiels doit se concrétiser par un avantage réel pour l’économie canadienne. En l’espèce, Tervita a admis ne pas avoir encore commencé à construire ou à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk. Par conséquent, les gains d’une année de transport et d’une année d’expansion du marché ne se sont pas matérialisés dans le cas de Tervita et ne se concrétiseront jamais. Ces gains en efficacité sont irrémédiablement perdus pour l’économie canadienne. On ne devrait donc pas en tenir compte dans le cadre de l’analyse de la pondération exigée par l’article 96.

Enfin, le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il a favorisé une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficacité neutralisaient les effets anticoncurrentiels aux termes de l’article 96. L’analyse de la neutralisation ne peut reposer sur une appréciation subjective. L’analyse globale de la neutralisation prévue à l’article 96 doit être aussi *objective* que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une

case at bar, the Tribunal considered reduced site clean-up and the resulting environmental benefits as qualitative effects of the merger. However, it was questionable whether the environmental effects of a merger, where no economic effect is ascribed to them, could be taken into account in a merger review under the *Competition Act*. Environmental concerns having no economic impact are not listed under section 1 of the *Competition Act*, which sets out the purposes thereof, nor are they otherwise considered under the *Competition Act*.

In light of the Tribunal's errors, a fresh assessment of the matter was conducted. The merger herein provided negligible gains in efficiency while ensuring the continuation and strengthening of Tervita's market monopoly in the geographic area at issue. An anti-competitive merger may not be approved under section 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger. Though the anti-competitive effects of the merger in this case were not quantified, they nevertheless existed. Under an objective and reasonable offset determination, marginal and insignificant gains in efficiency cannot offset known anti-competitive effects even where the weight to be afforded to such effects is undetermined. For these reasons, the appeals were dismissed.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Clayton Act, 15 U.S.C. § 18 (1977).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1, 92, 93(b), 96.
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 3(2)(a),(3), 8, 9(1),(2), 12(1)(a), 13(1),(2).
Competition Tribunal Rules, SOR/2008-141, rr. 36(2)(c),(d), 38(2),(a),(b),(c), 39(2), 68-74, 77, 78.
Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.5, 28(2).
Hazardous Waste Regulation, B.C. Reg. 63/88.

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1.

appréciation objective, cette appréciation se doit d'être raisonnable. En l'espèce, le Tribunal a considéré la réduction de l'ampleur du nettoyage du site et les avantages en découlant pour l'environnement comme des effets qualitatifs du fusionnement. On peut toutefois se demander si l'on peut tenir compte, dans le cadre de l'examen d'un fusionnement effectué sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, des effets environnementaux d'un fusionnement lorsqu'aucun effet économique n'est associé aux effets environnementaux en question. Les préoccupations environnementales qui n'ont pas de répercussions économiques ne sont pas énumérées à l'article premier de la *Loi sur la concurrence*, qui énonce ses objets, et elles ne sont pas par ailleurs prises en compte dans la *Loi sur la concurrence*.

Compte tenu des erreurs du Tribunal, une nouvelle analyse de la question a été effectuée. Le fusionnement, en l'espèce, n'a permis de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question. On ne peut conclure qu'un fusionnement anticoncurrentiel peut être approuvé en vertu de l'article 96 si ce fusionnement ne peut procurer que des gains en efficacité négligeables ou insignifiants. Bien qu'en l'espèce les effets anticoncurrentiels du fusionnement n'aient pas été quantifiés, ils existent quand même. Suivant une analyse de la neutralisation objective et raisonnable, des gains en efficacité secondaires et négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue. Pour ces raisons, les appels ont été rejetés.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Clayton Act, 15 U.S.C. § 18 (1977).
Environmental Management Act, S.B.C. 2003, ch. 53.
Hazardous Waste Regulation, B.C. Reg. 63/88.
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1, 92, 93b), 96.
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 3(2)a),(3), 8, 9(1),(2), 12(1)a), 13(1),(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5, 28(2).
Règles du Tribunal de la concurrence, DORS/2008-141, règles 36(2)c),d), 38(2)a),b),c), 39(2), 68-74, 77, 78.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748.

APPLIED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc., 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *BOC International, Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417, affd 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, (1995), 129 D.L.R. (4th) 609.

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Career Management Group Corp., 2009 FCA 295, [2010] 4 F.C.R. 413.

REFERRED TO:

Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition), 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co. Ltd.*, 2008 FCA 22; *Nadeau Poultry Farm Ltd. v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1988), 160 D.L.R. (4th) 193, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74, 2002 CanLII 41834 (C.A.); *Nunn v. Canada*, 2006 FCA 403, [2007] 2 C.T.C. 222; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 F.C. 40, (1996), 65 C.P.R. (3d) 167 (C.A.); *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215; *Colautti Construction Ltd. v. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138; *Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 FCA 103, 100 C.P.R. (4th) 203; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *BOC International, Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 conf. par 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634.

DÉCISION EXAMINÉE :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Premier Career Management Group Corp., 2009 CAF 295, [2010] 4 R.C.F. 413.

DÉCISIONS CITÉES :

Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22; *Nadeau Ferme Avicole Ltée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *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; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* 2002 CanLII 41834, 59 R.J.O. (3^e) 74, (C.A.); *Nunn c. Canada*, 2006 CAF 403; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 R.J.O. (3^e) 677; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 C.F. 40 (C.A.); *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215; *Colautti Construction Ltd. v. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138; *Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 CAF 103; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387.

AUTHORS CITED

Competition Bureau Canada. *Merger Enforcement Guidelines*, October 6, 2011, online: <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/$FILE/cb-meg-2011-e.pdf)>.

Facey, B. A. and D. H. Assaf. *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis Canada, 2006.

Trebilcock, Michael *et al.* *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto: University of Toronto Press, 2002.

APPEALS from a divestiture order of the Competition Tribunal (*Commissioner of Competition v. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14) made pursuant to section 92 of the *Competition Act* on the ground that the proposed merger was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern British Columbia. Appeals dismissed.

APPEARANCES

John Laskin, Linda Plumpton, Dany Assaf and Crawford Smith for appellants.

Nikiforos Iatrou, Jonathan Hood and Scott McGrath for respondent Commissioner of Competition.

No one appearing for respondents Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey.

SOLICITORS OF RECORD

Torys LLP, Toronto, for appellants.

Competition Bureau Legal Services, Gatineau, and *WeirFoulds LLP*, Toronto, for respondent Commissioner of Competition.

Davis LLP, Vancouver, for respondents Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence Canada. *Fusion — Lignes directrices pour l'application de la loi*, 6 octobre 2011, en ligne : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/$FILE/cb-meg-2011-f.pdf)>.

Facey, B. A. et D. H. Assaf. *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3^e éd. Toronto: LexisNexis Canada, 2006.

Trebilcock, Michael *et al.* *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto : University of Toronto Press, 2002.

APPELS visant une ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal de la concurrence (*Commissaire de la concurrence c. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14) en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* au motif que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du Nord-Est de la Colombie-Britannique. Appels rejetés.

ONT COMPARU

John Laskin, Linda Plumpton, Dany Assaf et Crawford Smith pour les appelants.

Nikiforos Iatrou, Jonathan Hood et Scott McGrath pour l'intimée la commissaire de la concurrence.

Personne n'a comparu pour les intimés Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Torys, S.E.N.C.R.L., Toronto, pour les appelants.

Services juridiques du Bureau de la concurrence, Gatineau, et *WeirFoulds LLP*, Toronto, pour l'intimée la commissaire de la concurrence.

Davis, S.E.N.C.R.L., Vancouver, pour les intimés Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey.

The following are the public¹ reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A.: These reasons concern two appeals challenging a divestiture order of the Competition Tribunal (Tribunal), dated May 29, 2012, made pursuant to section 92 of the *Competition Act*, R.S.C., (1985), c. C-34 for reasons cited as *Commissioner of Competition v. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14 (reasons).

[2] Appeal A-302-12 was brought under subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, while appeal A-457-12, dealing with questions of fact, was brought with leave of this Court under subsection 13(2) of that same statute. The appeals were consolidated and heard together. These reasons apply to both appeals, and a copy thereof shall be included in each appeal file.

CONTEXT AND BACKGROUND

[3] A detailed and precise description of the factual and contextual background to these proceedings can be found in the Tribunal's lengthy decision. For the purposes of this appeal, it is sufficient to highlight some salient aspects.

[4] Oil and gas operations in north-eastern British Columbia (NE British Columbia) produce hazardous waste which must be disposed of in accordance with a regulatory framework. One preferred method of disposal is to truck the waste to a secure landfill. Operators of secure landfills in British Columbia must hold permits and operate under British Columbia's *Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, c. 53 and the *Hazardous Waste Regulation*, B.C. Reg. 63/88.

Ce qui suit est la version française des motifs publics¹ du jugement rendus par

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A.: Les présents motifs concernent deux appels visant une ordonnance de désaisissement prononcée le 29 mai 2012 par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, pour les motifs publiés sous la référence *Commissioner of Competition v. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14 (les motifs).

[2] L'appel dans le dossier A-302-12 a été interjeté en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, tandis que celui dans le dossier A-457-12, qui porte sur des questions de fait, a été interjeté avec l'autorisation de notre Cour en vertu du paragraphe 13(2) de cette même loi. Les appels ont été réunis et instruits ensemble. Les présents motifs s'appliquent aux deux appels et une copie des présents motifs sera versée dans chaque dossier.

CONTEXTE

[3] On trouvera un exposé détaillé et précis des faits et du contexte qui entourent la présente instance dans la volumineuse décision du Tribunal. Aux fins du présent appel, il est suffisant de souligner quelques points saillants.

[4] Les exploitations pétrolières et gazières du Nord-Est de la Colombie-Britannique (N.-E. de la Colombie-Britannique) produisent des déchets dangereux, qui doivent être éliminés conformément au cadre réglementaire. Une des méthodes d'élimination privilégiées consiste à transporter les déchets par camion jusqu'à un site d'enfouissement sécuritaire. En Colombie-Britannique, les exploitants de site d'enfouissement sécuritaire doivent détenir un permis et respecter l'*Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, ch. 53 et le *Hazardous Waste Regulation*, B.C. Reg. 63/88 de la Colombie-Britannique.

¹ Editor's Note: Portions deleted by order of the Court are indicated by [omitted].

¹ Note de l'arrêtiste : Les parties expurgées par ordonnance de la Cour sont indiquées par [supprimé].

[5] Oil and gas developers typically pay third-party trucking companies to transport the hazardous waste to a secure landfill, and these transportation costs usually represent a substantial portion of the developers' overall cost of disposal. Secure landfill owners also charge the developers what is usually designated as a "tipping fee" to accept the waste.

[6] Four permits for dedicated landfill operations have been issued for NE British Columbia.

[7] Two permits are held for landfills owned or operated by the appellant, Tervita Corporation (Tervita), formerly known as CCS Corporation. These landfills are the Silverberry and Northern Rockies landfill sites, which have permitted capacities of 6 000 000 and 3 344 000 tonnes of waste respectively, and at which [omitted] and [omitted] tonnes of hazardous waste were tipped in 2010.

[8] A third permit was issued for the Peejay site located in a relatively inaccessible area near the Alberta border. This site was developed by an aboriginal community to serve nearby drilling operations. However, that secure landfill has not yet been constructed, and the Tribunal was of the view that the project may be encountering financial difficulties.

[9] The fourth permit was issued for the Babkirk site located in NE British Columbia approximately 81 km northwest (or one and a half hours by road) of Tervita's Silverberry secure landfill. It is the acquisition of the Babkirk site by Tervita which has triggered the Commissioner's intervention and which is at the heart of the Tribunal's decision. It is thus appropriate to briefly focus on the Babkirk site and on the events which lead to its acquisition by Tervita.

[10] Babkirk Land Services Inc. (BLS) was founded in 1996 by Murray and Kathy Babkirk. For approximately six years, BLS operated the Babkirk site as a facility for the treatment and short-term storage of

[5] En général, les promoteurs de projets pétroliers et gaziers paient des sociétés de camionnage tierces pour transporter leurs déchets dangereux jusqu'à un site d'enfouissement sécuritaire; les frais de transport représentent généralement une partie substantielle du total des coûts d'élimination. En outre, les propriétaires de sites d'enfouissement sécuritaire imposent aux promoteurs ce qu'on appelle une « redevance de déversement » pour accepter les déchets.

[6] Quatre permis de site d'enfouissement spécialisés ont été délivrés dans le N.-E. de la Colombie-Britannique.

[7] Deux de ces permis visent des sites d'enfouissement que l'appelante, Tervita Corporation (Tervita), anciennement connue sous le nom CCS Corporation, possède ou exploite. Il s'agit des sites d'enfouissement Silverberry et Northern Rockies, ayant respectivement une capacité autorisée de 6 000 000 et de 3 344 000 tonnes de déchets, et dans lesquels [supprimé] et [supprimé] tonnes de déchets dangereux ont été déversés en 2010.

[8] Un troisième permis concerne le site de Peejay, situé dans une région relativement inaccessible, à proximité de la frontière de l'Alberta. Aménagé par une collectivité autochtone en vue de desservir les exploitations minières avoisinantes, ce site ne possède toujours pas d'installations d'enfouissement sécuritaire. Le Tribunal était d'avis que ce projet connaîtrait des difficultés financières.

[9] Le quatrième permis vise le site Babkirk, situé dans le N.-E. de la Colombie-Britannique, à environ 81 km au nord-ouest (ou à environ une heure et demie de route) du site d'enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. Comme c'est l'acquisition du site Babkirk par Tervita qui a déclenché l'intervention de la commissaire et qui est au cœur de la décision du Tribunal, il convient de s'attarder brièvement sur le site Babkirk et sur les événements qui ont mené à son acquisition par Tervita.

[10] Babkirk Land Services Inc. (BLS) a été fondée en 1996 par Murray et Kathy Babkirk. Pendant environ six ans, BLS a exploité le site Babkirk en tant qu'installation de traitement et de stockage de courte durée de

hazardous waste. However, in 2004 BLS stopped accepting waste at that site.

[11] In 2006, BLS retained the services of SNC-Lavalin, an engineering and project development firm, to prepare the documents required to apply for permits regarding a secure landfill at the Babkirk site. At approximately the same time, a group composed of the individual respondents in this appeal (Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey, collectively referred to in these reasons as the “vendors”) negotiated a handshake agreement to purchase all the shares of BLS from Murray and Kathy Babkirk. Following the issuance of an environmental assessment certificate for the secure landfill at the Babkirk site in December of 2008, the vendors acquired in April of 2008 all the shares of BLS through a new corporation, Complete Environmental Inc. (Complete). BLS thus became a wholly owned subsidiary of Complete, which was itself owned and controlled by the vendors.

[12] The vendors intended to operate the Babkirk site primarily as a bioremediation facility. Bioremediation is a method for treating contaminated soil by using microorganisms to reduce contamination.

[13] Oil and gas drilling operations produce two principal types of hazardous waste: contaminated soil and drill cuttings. The soil may be contaminated with hydrocarbons, both heavy and light end, as well as with salts and metals: reasons, at paragraphs 30 to 32. The Tribunal found that soil contaminated with heavy-end hydrocarbons is not amenable to cost effective bioremediation because it is difficult, unpredictable, and very time consuming. Further, the Tribunal also found that waste contaminated with metals and salts cannot be effectively bioremediated with the technology currently approved for use in Canada: reasons, at paragraph 44.

[14] The vendors were nevertheless confident that they could succeed with their bioremediation facility at the Babkirk site if they could complement this service

déchets dangereux. En 2004, cependant, BLS a cessé d’accepter des déchets à cet endroit.

[11] En 2006, BLS a fait appel à SNC-Lavalin, société d’ingénierie et d’élaboration de projets, afin d’établir les documents requis pour soumettre une demande de permis pour un site d’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk. À peu près au même moment, un groupe composé des personnes physiques intimées au présent appel (Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey, collectivement appelés les « vendeurs » dans les présents motifs) a négocié une entente à l’amiable concernant l’achat de toutes les actions de BLS de Murray et Kathy Babkirk. En avril 2008, après avoir obtenu un certificat d’évaluation environnementale pour l’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk en décembre 2008, les vendeurs ont acquis toutes les actions de BLS par l’entremise d’une nouvelle personne morale, Complete Environmental Inc. (Complete). BLS est ainsi devenue une filiale à part entière de Complete, elle-même détenue et contrôlée par les vendeurs.

[12] Les vendeurs avaient l’intention d’exploiter le site Babkirk principalement comme installation de bio-restauration. La biorestauration est une méthode de traitement des sols contaminés qui fait appel à des microorganismes pour réduire la contamination.

[13] Le forage pétrolier et gazier produit deux principaux types de déchets dangereux : les sols contaminés et les déblais de forage. Les sols peuvent être contaminés par des fractions lourdes ou légères d’hydrocarbures, des sels et des métaux (motifs, aux paragraphes 30 à 32). Le Tribunal a estimé que le sol contaminé par des fractions lourdes d’hydrocarbures pouvait rarement faire l’objet d’une biorestauration économique, puisque sa décontamination s’avère difficile, imprévisible et très longue. En outre, le Tribunal a estimé que les déchets contaminés par des métaux et des sels ne pouvaient faire l’objet d’une biorestauration efficace au moyen de la technologie actuellement autorisée au Canada (motifs, au paragraphe 44).

[14] Les vendeurs étaient néanmoins confiants en leur capacité de rentabiliser leur installation de biorestauration au site Babkirk dans la mesure où ils ajouteraient à

with a secure landfill facility allowing for the storage of waste which was not amenable to bioremediation. It was for this purpose that a permit for a limited capacity secure landfill facility operating alongside the bioremediation service was sought for the Babkirk site. Following the issue of the environmental assessment certificate for the secure landfill, the vendors received an operating permit. That permit was issued on February 26, 2010, and authorized a secure landfill at the Babkirk site with a maximum storage capacity of 750 000 tonnes.

[15] Shortly afterwards, a company known as Integrated Resources Technologies Ltd. (IRTL) offered to purchase Complete for [omitted]. Before accepting that offer, the vendors explored the possibility of selling to other third parties. Secure Energy Services (SES) showed some limited interest, but at a lower sales price. The vendors thus decided to accept the offer from IRTL; however, that offer was withdrawn in early June of 2010 due to lack of financing. The vendors decided to try to sell one last time, and pursued various discussions with SES and Tervita, then known as CCS Corporation. They reached an understanding with CCS Corporation (Tervita) in July of 2010, and signed a letter of intent on July 14, 2010. The sale of the vendors' shares in Complete (comprising its wholly owned subsidiary BLS and the Babkirk site) eventually closed on January 7, 2011.

[16] Prior to the closing, the Commissioner informed the parties that she opposed the transaction on the ground that it was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in NE British Columbia. Shortly after the closing, the Commissioner applied to the Tribunal pursuant to section 92 of the *Competition Act* seeking an order that the transaction be dissolved or, in the alternative, requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS.

ce service une installation d'enfouissement sécuritaire capable de stocker les déchets impossibles à valoriser par la biorestauration. C'est dans cet esprit qu'ils ont demandé un permis pour une installation d'enfouissement sécuritaire de capacité limitée qu'ils prévoyaient exploiter sur le site Babkirk, parallèlement au service de biorestauration. Suite à la délivrance du certificat d'évaluation environnementale pour le site d'enfouissement sécuritaire, les vendeurs ont obtenu un permis d'exploitation. Délivré le 26 février 2010, ce permis autorisait l'exploitation d'un site d'enfouissement sécuritaire d'une capacité de stockage limitée à 750 000 tonnes, sur le site Babkirk.

[15] Peu après, une société du nom d'Integrated Resources Technologies Ltd. (IRTL) a offert d'acheter Complete pour la somme de [supprimé]. Avant d'accepter l'offre, les vendeurs ont examiné la possibilité de vendre à d'autres tierces parties. Secure Energy Services (SES) a manifesté un certain intérêt, mais exigeait un prix de vente inférieur. Les vendeurs ont donc décidé d'accepter l'offre d'IRTL. Pour des raisons de financement insuffisant, IRTL a cependant retiré son offre au début de juin 2010. Dans une ultime tentative de vente, les vendeurs ont eu plusieurs discussions avec SES et Tervita, alors connue sous le nom de CCS Corporation. En juillet 2010, ils sont arrivés à une entente avec CCS Corporation (Tervita), consignée dans une lettre d'intention signée le 14 juillet 2010. Les vendeurs ont finalisé la vente de leurs actions de Complete (y compris BLS, sa filiale à part entière, et le site Babkirk) le 7 janvier 2011.

[16] Avant la conclusion de la vente, la commissaire a informé les parties qu'elle s'opposait à la transaction, qu'elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique. Peu après la conclusion de la vente, la commissaire a demandé au Tribunal, en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, d'ordonner l'annulation de la transaction, ou encore d'ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS.

RELEVANT LEGISLATION

[17] The relevant extracts of the *Competition Act* are reproduced in the Schedule to these reasons. A brief overview of these provisions is set out below.

[18] When reviewing a merger under section 92 of the *Competition Act*, the Tribunal primarily determines whether the merger is likely to prevent or lessen competition substantially. For this purpose, the Tribunal must determine whether the merger will create, enhance or facilitate the exercise of market power. The factors considered for this purpose include, but are not limited to, defining the relevant product and geographic market, determining market shares and industry concentration levels, identifying effects that could result from the merger, and determining the likelihood of countervailing bargaining power by customers.

[19] Some mergers are not driven by the desire to increase profits through greater market power, but rather seek to allow greater profits through gains in efficiency. These gains can be beneficial to the Canadian economy. Subsection 92(2) of the *Competition Act* provides that the Tribunal cannot find that a merger prevents or lessens competition substantially solely on the basis of concentration or market share. Further, section 96 specifically provides for a defence based on gains in efficiency. If it can be established that the gains in efficiency resulting from the merger are greater than and offset its anti-competitive effects, the Tribunal is prohibited from making an order under section 92.

[20] The main sources of gains in efficiency in mergers “are reductions in costs through the realization of economies of scale, such as the sharing of fixed costs or greater efficiency in the deployment of some types of capital; reduced transportation costs through rationalization of shipping and distribution networks; savings attributable to the transfer of superior production techniques, know-how, or intellectual property rights from one merging party to the other; and gains in efficiency

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[17] Les passages pertinents de la *Loi sur la concurrence* sont reproduits à l’annexe jointe aux présents motifs. Un bref survol de ces dispositions suit.

[18] Lorsqu’il examine un fusionnement en vertu de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal cherche principalement à savoir si le fusionnement réalisé ou proposé aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. À cette fin, le Tribunal doit déterminer si le fusionnement en question engendrera, renforcera ou facilitera l’exercice d’un pouvoir de marché. Parmi les facteurs dont il y a lieu de tenir compte à cette fin, mentionnons la définition du produit et du marché géographique applicables, la délimitation des parts de marché et du degré de concentration sectorielle, l’identification des effets que pourraient entraîner le fusionnement, et la détermination de la probabilité de l’existence d’un pouvoir de négociation compensateur pour les consommateurs.

[19] Certains fusionnements ne sont pas motivés par le désir d’augmenter ses profits par une plus grande emprise sur le marché, mais plutôt par la volonté d’accroître ses bénéfices au moyen de gains en efficacité. Ces gains peuvent profiter à l’ensemble de l’économie canadienne. Le paragraphe 92(2) de la *Loi sur la concurrence* précise que le Tribunal ne peut conclure qu’un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part du marché. De plus, l’article 96 permet expressément d’invoquer en défense les gains en efficacité. En effet, si l’on peut démontrer que les gains en efficacité que le fusionnement entraînera surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels, le Tribunal ne peut rendre l’ordonnance prévue à l’article 92.

[20] Les principales sources de gains en efficacité que les fusionnements sont susceptibles de procurer sont [TRADUCTION] « la réduction de coûts grâce à la réalisation d’économies d’échelles, sous la forme notamment de partage des frais fixes ou d’une plus grande efficacité dans le déploiement de certains types d’immobilisations, la réduction des coûts de transport grâce à la rationalisation des réseaux d’expédition et de distribution, les économies réalisées grâce au transfert de

accruing to buyers from the ability to choose from a wider variety of products and services”: M. Trebilcock, R. A. Winter, P. Collins, and E. W. Iacobucci, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto: University of Toronto Press, 2002), at pages 145 and 146. The analysis of productive and dynamic gains in efficiency is usually the distinguishing feature of merger analysis: B. A. Facey and D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3rd ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2006), at page 201.

THE TRIBUNAL’S DECISION

(a) The section 92 analysis

[21] The Tribunal defined the relevant product market as “solid hazardous waste generated by oil and gas producers and tipped into secure landfills in [NE British Columbia]”: reasons, at paragraph 91. The Tribunal has traditionally considered it necessary to also define a relevant geographic market before assessing the competitive effects of a merger. In this case, the Tribunal found that, at a minimum, the area of 11 000 square kilometres identified by Tervita’s expert, Dr. Kahwaty, and designated the “Contestable Area”, was part of the relevant geographic market. It was satisfied that a hypothetical monopolist supplying secure landfill services in that area would have the ability to impose a small but significant price increase (typically 5 percent) and sustain it for a non-transitory period of time (typically one year): reasons, at paragraph 98.

[22] The Tribunal was also of the view that this Contestable Area likely understated the geographic market. However, it found that it was not necessary in this case to define precisely the geographic scope of the relevant market beyond the Contestable Area since

techniques de production supérieures, de savoir-faire et de droits de propriété intellectuelle entre les entités parties au fusionnement et, enfin, les gains en efficacité réalisés par les acheteurs du fait qu’ils sont en mesure de choisir parmi une vaste gamme de produits et de services » (M. Trebilcock, R. A. Winter, P. Collins et E. W. Iacobucci, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto : University of Toronto Press, 2002), aux pages 145 et 146). L’analyse des gains en efficacité sur le plan de la productivité et de la rentabilité constitue habituellement la caractéristique distinctive de l’analyse des fusionnements (B. A. Facey et D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2006), à la page 201).

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

a) L’analyse effectuée au titre de l’article 92

[21] Le Tribunal définit le marché des produits visé comme suit : [TRADUCTION] « “les déchets dangereux solides générés par les producteurs de pétrole et de gaz naturel et versés dans des sites d’enfouissement sécuritaires dans [le N.-E. de la Colombie-Britannique]” » (motifs, au paragraphe 91). Traditionnellement, le Tribunal a toujours considéré nécessaire de définir aussi le marché géographique visé avant d’évaluer les effets concurrentiels d’un fusionnement. Dans l’affaire qui nous intéresse, le Tribunal a estimé qu’à tout le moins, la superficie de 11 000 kilomètres carrés délimitée par M. Kahwaty, l’expert de Tervita, et désignée « zone contestable » faisait partie du marché géographique visé. Il s’est dit convaincu qu’un hypothétique monopoleur qui fournirait des services d’enfouissement sécuritaire dans cette zone serait en mesure d’imposer une augmentation de prix modeste, mais significative (normalement 5 p. 100) et de la maintenir au-delà de la période de transition (normalement un an) (motifs, au paragraphe 98).

[22] Le Tribunal a également exprimé l’avis que cette zone contestable constituait probablement une sous-estimation du marché géographique. Il a cependant conclu qu’en l’espèce, il n’était pas nécessaire de définir précisément l’ampleur géographique du marché

Tervita “would remain the sole supplier of Secure Landfill services to any reasonably defined broader group of customers”: reasons, at paragraphs 92, 93, 117 and 118.

[23] The Tribunal noted that “prevention” of competition cases have been rare: reasons, at paragraph 121. Consequently, no detailed analytical framework had previously been determined for the “prevention” branch of section 92 of the *Competition Act*. The Tribunal thus set out at paragraphs 122 to 125 of its reasons the analytical framework it intended to apply to “prevention” cases in general, and to the merger at hand specifically. This framework will be reviewed and discussed in the analysis section of these reasons.

[24] The Tribunal focused on the period during which the merger occurred, i.e. the period between July 2010, when the letter of intent was signed, and January 2011, when the merger transaction closed. It concluded that only two realistic scenarios existed during this period for the Babkirk site absent the merger: (a) the vendors would have sold to SES which would have operated a secure landfill on the site; or (b) the vendors would have operated a bioremediation facility together with a half-cell secure landfill: reasons, at paragraph 132.

[25] After extensively reviewing the large amount of evidence submitted on these two scenarios, the Tribunal found that, on a balance of probabilities, SES would not have made an acceptable offer for Complete at the end of July 2010 or at any time in the summer of 2010: reasons, at paragraph 154. It further found that the vendors would have moved forward with their own plan to develop the Babkirk site as a bioremediation facility for hazardous waste with a small incidental half cell (125 000 tonnes) secure landfill in which to move the soil that was not successfully treated: reasons, at paragraph 197. The Tribunal also found that this bioremediation facility at the Babkirk site would have been fully operational by October 2011: reasons, at paragraph 200. This facility would not have been serious

pertinent au-delà de la zone contestable, étant donné que Tervita [TRADUCTION] « resterait le seul fournisseur de services d’enfouissement sécuritaire de toute clientèle élargie donnée, définie de façon raisonnable » (motifs, aux paragraphes 92, 93, 117 et 118).

[23] Le Tribunal signale que les tribunaux ont rarement dû trancher des affaires d’« empêchement » de la concurrence (motifs, au paragraphe 121). Par conséquent, il n’a pu recourir à aucun cadre d’analyse détaillé défini au préalable quant aux dispositions de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence* qui traitent de l’empêchement. C’est pourquoi le Tribunal a établi, aux paragraphes 122 à 125 de ses motifs, le cadre d’analyse qu’il avait l’intention d’employer de façon générale dans les affaires d’empêchement, et particulièrement dans l’affaire du fusionnement en cause. Ce cadre sera examiné dans la section « analyse » des présents motifs.

[24] Le Tribunal s’est surtout penché sur la période entourant le fusionnement, soit celle allant de la signature de la lettre d’intention, en juillet 2010, à la conclusion de la transaction de fusionnement, en janvier 2011. Il a conclu que, durant cette période, hormis le fusionnement, seuls deux scénarios réalistes existaient pour le site Babkirk : a) les vendeurs auraient pu le vendre à SES, qui aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire sur place, ou b) les vendeurs auraient pu exploiter une installation de biorestauration parallèlement à une demi-cellule d’enfouissement sécuritaire (motifs, au paragraphe 132).

[25] Après un examen exhaustif des nombreux éléments de preuve relatifs à ces deux scénarios, le Tribunal a estimé que, selon la prépondérance des probabilités, SES n’aurait pas soumis une offre acceptable pour l’acquisition de Complete à la fin de juillet 2010, ni à un autre moment durant l’été 2010 (motifs, au paragraphe 154). Il a également conclu que les vendeurs auraient procédé à la mise en œuvre de leur propre projet d’aménagement du site Babkirk, en y construisant une installation de biorestauration pour déchets dangereux et, en annexe, une petite demi-cellule d’enfouissement sécuritaire (de 125 000 tonnes) pour y accueillir le sol insuffisamment valorisé (motifs, au paragraphe 197). Le Tribunal a en outre estimé que cette installation de biorestauration aurait été pleinement fonctionnelle sur

competition for Tervita's secure landfills, since bioremediation does not compete in the same market as the supply of secure landfill services, and exercises no constraining influence on price and non-price competition in that market: reasons, at paragraphs 223 and 224.

[26] The Tribunal then expanded its analysis further into the future. It found that the bioremediation facility offered at the Babkirk site would have been unprofitable since (a) it would have attracted few customers and (b) the tipping fees it would have charged for bioremediation would have been substantially higher than Silverberry's tipping fees for a secure landfill: reasons, at paragraphs 201 to 204. It further found that the vendors would not have been prepared to operate an unprofitable bioremediation facility beyond one year, i.e. from October 2011 to October 2012: reasons, at paragraphs 205 and 206.

[27] Consequently, the Tribunal concluded that by October 2012 the vendors would have sought to generate additional revenues by accepting more waste into the half-cell secure landfill which would have been part of their facility. It further concluded that by the spring of 2013, the vendors would have either (a) started to operate a full-service secure landfill operation; or (b) sold the facility to someone who would have operated it as a full-service secure landfill. In either scenario, the Tribunal was of the view that the Babkirk site and Tervita's secure landfills would have become direct, serious and substantial competitors by no later than the spring of 2013: reasons, at paragraphs 207 to 209 and 215.

[28] The Tribunal found that there were no other proposed new entrants in the Contestable Area, and that the barriers to entry into the relevant market were significant, as it would take a new entrant at least 30 months to open a new secure landfill: reasons, at paragraphs 216 to 222. Finally, it also found that the customers of Tervita did not have significant countervailing power in

le site Babkirk en octobre 2011 (motifs, au paragraphe 200). Cette installation n'aurait pas pu concurrencer sérieusement les sites d'enfouissement sécuritaires de Tervita, étant donné que la biorestauration ne visait pas les mêmes marchés que les services d'enfouissement sécuritaire et n'exerçait aucune influence contraignante sur la concurrence des prix ou hors prix dans ce marché (motifs, aux paragraphes 223 et 224).

[26] Le Tribunal a ensuite élargi son analyse vers un horizon plus lointain et a conclu que l'installation de biorestauration proposée au site Babkirk n'aurait pas été rentable, pour les raisons suivantes : a) elle aurait attiré une clientèle limitée; b) les redevances de déversement qu'elle aurait imposées pour la biorestauration auraient été sensiblement supérieures à celles imposées par le site d'enfouissement sécuritaire Silverberry (motifs, aux paragraphes 201 à 204). En outre, les vendeurs n'auraient pas eu les moyens d'exploiter une installation de biorestauration non rentable durant plus d'une année, soit d'octobre 2011 à octobre 2012 (motifs, aux paragraphes 205 et 206).

[27] Par conséquent, le Tribunal a conclu qu'en octobre 2012 ou avant, les vendeurs auraient tenté d'accroître leurs revenus en acceptant davantage de déchets dans la demi-cellule d'enfouissement sécuritaire qui aurait fait partie de leur installation. Il a en outre estimé qu'au plus tard au printemps 2013, les vendeurs auraient : a) soit commencé à exploiter un site d'enfouissement sécuritaire à service complet, b) soit vendu l'installation à quelqu'un qui l'aurait exploité en tant que site d'enfouissement sécuritaire à service complet. Quel que soit le scénario, le Tribunal a estimé que le site Babkirk et les sites d'enfouissement sécuritaires de Tervita se seraient livrés une concurrence directe, sérieuse et sensible, au plus tard au printemps 2013 (motifs, aux paragraphes 207 à 209 et 215).

[28] Le Tribunal a estimé qu'aucun autre acteur ne proposait de s'installer dans la zone contestable et que la pénétration du marché pertinent comportait des obstacles considérables, puisqu'il faudrait au moins 30 mois de travail à un nouvel arrivant pour ouvrir un site d'enfouissement sécuritaire (motifs, aux paragraphes 216 à 222). Enfin, il a estimé que le pouvoir compensateur

order to significantly lower tipping fees in the absence of competition for secure landfill services: reasons, at paragraphs 226 to 228.

[29] The Tribunal concluded its section 92 analysis by finding that the impugned merger was likely to prevent competition substantially in the supply of secure landfill services in at least the Contestable Area, and by no later than the spring of 2013. The Tribunal was also satisfied that prices likely would have been at least 10 percent lower in the Contestable Area in the absence of the impugned merger. It further concluded that the merger would more likely than not maintain the ability of Tervita to exercise materially greater market power than if it did not occur: reasons, at paragraph 229.

(b) The section 96 analysis

[30] The Tribunal noted that under section 96 of the *Competition Act*, it is necessary to: (a) identify and, if possible, quantify the gains in efficiency resulting from the merger; (b) identify and, if possible, quantify the effects resulting from the merger; and (c) determine if these gains in efficiency exceed and offset these effects. The Tribunal further noted that the Commissioner bore the burden of proving the extent of the anti-competitive effects resulting from the merger where they are quantifiable, even if only roughly so, as well as any non-quantifiable or qualitative anti-competitive effects. On the other hand, Tervita bore the burden of establishing that the gains in efficiency resulting from the merger are likely to be greater than, or to offset, these effects: reasons, at paragraphs 232 and 233.

(i) *Gains in efficiencies*

[31] The Tribunal eliminated most of the gains in efficiency claimed by Tervita on the basis that these would likely be attained through (a) alternative means if the Tribunal were to make the order necessary to ensure that the merger does not prevent competition, or

des clients de Tervita était insuffisant pour obliger la société à réduire sensiblement ses redevances de déversement en l'absence de concurrence dans les services d'enfouissement sécuritaire (motifs, aux paragraphes 226 à 228).

[29] Le Tribunal conclut son analyse de l'article 92 en expliquant que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence dans les services d'enfouissement sécuritaire, à tout le moins dans la zone contestable et au plus tard au printemps 2013. Le Tribunal s'est également dit convaincu qu'en l'absence du fusionnement contesté, les prix auraient sans doute été inférieurs d'au moins 10 p. 100 dans la zone contestable. Enfin, il conclut qu'il est plus probable qu'improbable que le fusionnement aurait permis à Tervita d'exercer sensiblement plus de pouvoir dans le marché qu'elle ne l'aurait pu en l'absence de fusionnement (motifs, au paragraphe 229).

b) L'analyse effectuée au titre de l'article 96

[30] Le Tribunal signale qu'en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*, il est nécessaire de procéder comme suit : a) cerner et, si possible, quantifier les gains en efficience qui résulteront du fusionnement; b) cerner et, si possible, quantifier les effets du fusionnement; c) déterminer si ces gains en efficience surpasseront et neutraliseront ces effets. Le Tribunal signale en outre qu'il incombait à la commissaire de prouver l'ampleur des effets anticoncurrentiels qui résulteraient du fusionnement, s'ils étaient quantifiables, même approximativement, de même que les effets anticoncurrentiels qualitatifs ou non quantifiables. De son côté, Tervita devait établir que les gains en efficience susceptibles de résulter du fusionnement surpasseraient ou neutraliseraient vraisemblablement ces effets (motifs, aux paragraphes 232 et 233).

i) *Gains en efficience*

[31] Le Tribunal a rejeté la plupart des gains en efficience revendiqués par Tervita, au motif que ces gains pourraient vraisemblablement être réalisés de l'une ou l'autre des manières suivantes : a) par d'autres moyens si Tribunal ordonnait de faire en sorte que

(b) the merger, even if the order were made: reasons, at paragraph 264.

[32] The only three gains in efficiency which remained after applying this filter were: (1) one year of transportation gains in efficiency; (2) one year of market expansion gains in efficiency, and (3) overhead gains in efficiency: reasons, at paragraph 265.

[33] The Tribunal found, as a matter of law, that the one year transportation gains in efficiency and the one year market expansion gains in efficiency were not cognizable under section 96 of the *Competition Act*. The Tribunal found these to be the result of delays in the implementation of its order, and concluded that it would be contrary to the purposes of the *Competition Act* to recognize them. Consequently, the Tribunal only recognized the overhead gains in efficiency: reasons, at paragraphs 268, 270 and 279.

[34] The overhead gains in efficiency are the savings that Tervita would likely have achieved by its ability to draw on its existing administrative staff in operating a secure landfill at the Babkirk site: reasons, at paragraph 253. These overhead gains in efficiency were marginal, and estimated to represent no more than approximately [omitted] per year: reasons, at paragraph 279.

(ii) *Effects*

[35] The Tribunal recognized that there were no socially adverse effects: reasons, at paragraph 284. Consequently, the only effects which were to be considered were quantitative and qualitative anti-competitive effects resulting from the merger.

[36] The total economic efficiency loss resulting from a monopoly is commonly described as the “deadweight loss”: *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, above, at page 53. The *Merger Enforcement Guidelines* define the “deadweight loss” as the “reduction in total consumer and producer surplus in Canada”: Competition Bureau Canada, *Merger*

le fusionnement n’empêche pas la concurrence; b) par le fusionnement, même dans le cas d’une ordonnance (motifs, au paragraphe 264).

[32] Après l’application de ce filtre, il ne restait que trois gains en efficacité : 1) le gain d’une année de transport; 2) le gain d’une année d’expansion du marché; 3) des gains quant aux frais généraux (motifs, au paragraphe 265).

[33] Au point de vue juridique, le Tribunal a estimé que l’efficacité gagnée par une année de transport et une année d’expansion du marché n’était pas reconnue par l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*. Comme le Tribunal estime que ces gains résulteraient des délais de mise en application de son ordonnance, il a conclu qu’il serait contraire à l’objectif de la *Loi sur la concurrence* de les reconnaître. Par conséquent, le Tribunal a reconnu uniquement les gains en efficacité relatifs aux frais généraux (motifs, aux paragraphes 268, 270 et 279).

[34] Par gains en efficacité relatifs aux frais généraux, on entend les économies qu’aurait vraisemblablement réalisées Tervita de par sa capacité à recourir à son propre personnel administratif pour exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk (motifs, au paragraphe 253). Ces gains en efficacité sont négligeables : selon une estimation, ils ne représenteraient pas plus qu’environ [supprimé] par an (motifs, au paragraphe 279).

ii) *Effets*

[35] Le Tribunal a reconnu que le fusionnement n’entraînerait aucun effet néfaste sur le plan social (motifs, au paragraphe 284). Par conséquent, il n’a tenu compte que des effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs du fusionnement.

[36] On appelle communément « perte sèche » la perte d’efficacité économique totale qui résulte d’un monopole : *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, voir ci-dessus, à la page 53. Selon la publication *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi*, une telle perte « consiste en une réduction de la somme des surplus du producteur et du consommateur

Enforcement Guidelines, October 6, 2011 (MEGs), at paragraph 12.25. The Tribunal defined the “deadweight loss” as “the loss to the economy as a whole that results from the inefficient allocation of resources which occurs when (i) customers reduce their purchases of a product as its price rises, and shift their purchases to other products that they value less, and (ii) suppliers produce less of the product”: reasons, at paragraph 244.

[37] Though the Tribunal recognized that the Commissioner had failed to meet her burden of quantifying the “deadweight loss” (reasons, at paragraph 246), it nevertheless allowed the Commissioner to submit an expert reply report setting out a calculation of the “deadweight loss” resulting from the merger. Tervita objected to the use of a reply report for this purpose. The Tribunal rejected this objection on the ground that Tervita’s own expert witness had been able to effectively attack the reply report in his oral testimony, and that consequently Tervita had not been prejudiced: reasons, at paragraphs 246 and 288.

[38] The Tribunal then proceeded to adopt the approach to the calculation of the “deadweight loss” proposed by the Commissioner’s expert in his reply report, namely: (i) that competition in the provision of secure landfill services between Silverberry and Babkirk would likely result in prices being, on average, at least 10 percent lower; (ii) that this price reduction would apply as a minimum in the Contestable Area; and (iii) that market expansion gains in efficiency would result from this lower price, i.e. the reduction in price would attract more hazardous waste to both the Babkirk site and the Silverberry secure landfill than would otherwise have been the case without the price reduction: reasons, at paragraphs 297 to 300.

[39] The Tribunal was thus persuaded, on a balance of probabilities, that the approach adopted by the Commissioner’s expert and the numbers he used in reaching his estimate of the likely “deadweight loss”

au Canada » : Bureau de la concurrence Canada, *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi* (6 octobre 2011), au paragraphe 12.25. Le Tribunal a défini la « perte sèche » comme suit : [TRADUCTION] « la perte que subit l’ensemble de l’économie par suite de la répartition inefficace des ressources qui risque de se produire lorsque : i) les consommateurs cessent d’acheter un produit dont le prix augmente, pour le remplacer par d’autres produits auxquels ils accordent moins de valeur; ii) les fournisseurs réduisent la fabrication de ce produit » (motifs, au paragraphe 244).

[37] Bien que le Tribunal reconnaisse que la commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de quantifier la « perte sèche » (motifs, au paragraphe 246), il lui a quand même permis de présenter en réplique un rapport d’expertise dans lequel était calculée la « perte sèche » susceptible de résulter du fusionnement. Tervita s’est opposée à l’utilisation d’un rapport d’expertise à cet effet. Le Tribunal a rejeté cette objection au motif que le témoin expert de Tervita avait lui-même eu l’occasion d’attaquer efficacement ce rapport lors de son témoignage et que, par conséquent, Tervita n’avait subi aucun préjudice (motifs, aux paragraphes 246 et 288).

[38] Le Tribunal a ensuite entrepris d’adopter la méthode de calcul de la « perte sèche » proposée par l’expert de la commissaire dans son rapport. Cette méthode repose sur les hypothèses suivantes : i) la concurrence entre Silverberry et Babkirk en matière de services d’enfouissement sécuritaire aurait vraisemblablement pour effet de réduire les prix moyens d’au moins 10 p. 100; ii) cette réduction de prix porterait au moins sur la zone contestable; iii) cette réduction de prix entraînerait des gains en efficacité sur le plan de l’expansion du marché, c’est-à-dire que, par suite de la baisse des prix, les deux sites d’enfouissement sécuritaires, celui de Babkirk et celui de Silverberry, attireraient davantage de déchets dangereux que si les prix étaient demeurés inchangés (motifs, aux paragraphes 297 à 300).

[39] Le Tribunal s’est par conséquent dit convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la méthode de calcul adoptée par l’expert de la commissaire et les chiffres employés pour estimer la « perte sèche »

were reasonable for the purposes of the Tribunal's assessment of effects under section 96 of the *Competition Act*. It added that this approach and the numbers submitted were sound, reliable and conservative: reasons, at paragraph 301.

[40] The Tribunal thus accepted the estimate of [omitted] presented by the Commissioner's expert in his reply report as being the minimum annual "deadweight loss" resulting from the merger: reasons, at paragraph 303.

[41] The Tribunal acknowledged that this approach to calculating the "deadweight loss" was deficient, but it found nevertheless that the "rough" estimate produced by this approach was sufficiently reliable for its purposes [reasons, at paragraph 302]:

The Tribunal acknowledges Dr. Kahwaty's [the expert for Tervita] testimony that, to calculate the DWL [deadweight loss], it is necessary to know the shape of the demand curve, and that, when prices are likely to differ across customers, it is necessary to have customer-specific elasticity data. However, the Tribunal is persuaded that, in the absence of such information, a reliable "rough" estimate of the likely DWL can be obtained based on information such as that which was used by Dr. Baye in reaching his estimated annual welfare loss of approximately [CONFIDENTIAL].

[42] Turning to the qualitative effects resulting from the merger, the Tribunal recognized that the reduction in tipping fees resulting from competition between Silverberry and Babkirk would induce waste generators to more actively clean up legacy sites in NE British Columbia. It identified this qualitative effect as reduced site clean-up and the benefits that such remediation would confer on area residents, wildlife, and the overall environment: reasons, at paragraphs 306 and 316. The Tribunal did not discuss why this effect had not already been captured in the "rough" "deadweight loss" calculation it had approved, and which was itself based on market expansion.

[43] Second, the Tribunal also recognized as a qualitative effect the reduction in "value propositions". It found that competition from the Babkirk site would lead Tervita to offer certain of its customers link prices on

probable étaient raisonnables aux fins de l'évaluation des effets pour l'application de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* par le Tribunal. Il a en outre précisé que cette méthode et les nombres présentés étaient logiques, fiables et prudents (motifs, au paragraphe 301).

[40] Pour ces motifs, le Tribunal a accepté la valeur estimative de [supprimé] présentée dans le rapport de l'expert de la commissaire comme étant la « perte sèche » annuelle minimale résultant du fusionnement (motifs, au paragraphe 303).

[41] Tout en reconnaissant les lacunes de cette méthode de calcul de la « perte sèche », le Tribunal a quand même conclu qu'elle permettait d'obtenir une estimation « approximative » suffisamment fiable pour les besoins du Tribunal [motifs, au paragraphe 302] :

[TRADUCTION] Le Tribunal reconnaît qu'il est nécessaire de connaître la forme de la courbe de demande pour calculer « la perte sèche » et que, lorsqu'il est probable que les prix varieront d'un client à l'autre, on doit posséder des données d'élasticité propres au client, comme l'indique le témoignage de M. Kahwaty [l'expert de Tervita]. Toutefois, le Tribunal est convaincu qu'en l'absence de tels renseignements, on peut obtenir une estimation « approximative » de la « perte sèche » probable à partir de renseignements du type de ceux employés par M. Baye pour arriver à une perte de bien-être estimative d'environ [CONFIDENTIEL].

[42] Sur la question des effets qualitatifs découlant du fusionnement, le Tribunal reconnaît que la réduction des redevances de déversement qui résulterait de la concurrence entre Silverberry et Babkirk inciterait les producteurs de déchets du N.-E. de la Colombie-Britannique à assainir davantage les sites contaminés laissés à l'abandon. Il mentionne cet effet qualitatif et note que cet assainissement aurait des avantages pour les habitants, la faune et l'environnement de la région (motifs, aux paragraphes 306 et 316). Le Tribunal n'explique pas pourquoi cet effet ne figure pas dans l'estimation « approximative » de la « perte sèche » qu'il a admise, et qui se fonde elle-même sur l'expansion du marché.

[43] Ensuite, le Tribunal a reconnu la réduction des « propositions de valeur » au titre d'effet qualitatif. Selon lui, la concurrence du site Babkirk pousserait Tervita à offrir à certains de ses clients des forfaits

some of its other services, which would in turn lead to a lower total cost for overall waste services used by such customers. Though these “value propositions” had not been quantified by the Commissioner’s expert, the Tribunal was satisfied, on a balance of probabilities, that competition from the Babkirk site would lead to important non-price benefits to waste generators in the form of such “value propositions”: reasons, at paragraph 307.

(iii) *The offset*

[44] The Tribunal then set out its methodology for determining whether the gains in efficiency resulting from the merger would offset its anti-competitive effects. It stated that the appropriate method was to compare the magnitude of the gains in efficiency to the magnitude of the effects within the framework of a subjective balancing exercise: reasons, at paragraph 309.

[45] In this case, the quantified anti-competitive effects exceeded the quantified gains in efficiency: reasons, at paragraphs 310 to 313.

[46] As an alternative conclusion, the Tribunal was further persuaded, on a balance of probabilities, that even if no weighting at all were given to the quantitative anti-competitive effects, and even if it were to accept and give full weight to the one year transportation and market expansion gains in efficiency it had discarded, the qualitative anti-competitive effects taken together would outweigh the merger gains in efficiency under any reasonable approach: reasons, at paragraphs 314 to 316.

[47] The Tribunal closed its section 96 analysis by adding that the merger would maintain a monopolistic structure in the relevant market and also preclude benefits that may arise from competition in ways that defy prediction: reasons, at paragraph 317.

[48] The Tribunal then turned to whether dissolution or divestiture was the appropriate remedy. It found that, in this case, dissolution would be intrusive, overbroad

avantageux incluant d’autres services, ce qui entraînerait une baisse du prix total des services de gestion des déchets utilisés par ces clients. Bien que l’expert de la commissaire n’ait pas quantifié ces « propositions de valeur », le Tribunal estime, selon la prépondérance des probabilités, que la concurrence du site Babkirk procurerait au bout du compte d’importants avantages hors prix aux producteurs de déchets, sous forme de « propositions de valeur » de ce genre (motifs, au paragraphe 307).

iii) *La neutralisation*

[44] Le Tribunal a ensuite expliqué la méthode qu’il privilégiait pour déterminer si les gains en efficacité résultant du fusionnement neutraliseraient ses effets anticoncurrentiels. Il a affirmé que la méthode appropriée consiste à comparer l’ordre de grandeur des gains en efficacité à celui des effets, dans le cadre d’une démarche de pondération subjective (motifs, au paragraphe 309).

[45] En l’espèce, les effets anticoncurrentiels quantifiés surpassaient les gains en efficacité quantifiés (motifs, aux paragraphes 310 à 313).

[46] À titre subsidiaire, le Tribunal s’est dit également convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que même sans accorder le moindre poids aux effets anticoncurrentiels quantitatifs et en admettant à part entière les gains en efficacité procurés par une année de transport et d’expansion du marché, rejetés au préalable, l’ensemble des effets anticoncurrentiels qualitatifs surpasserait les gains en efficacité réalisés par le fusionnement, quelle que soit l’approche raisonnable retenue (motifs, aux paragraphes 314 à 316).

[47] Le Tribunal a conclu son analyse de l’article 96 en ajoutant que le fusionnement perpétuerait une structure monopolistique dans le marché pertinent et exclurait tous les avantages susceptibles de découler de la concurrence, par des mécanismes impossibles à prévoir (motifs, au paragraphe 317).

[48] Le Tribunal a ensuite examiné le recours le plus approprié, entre la dissolution et le dessaisissement. Il a conclu que, dans l’affaire en cause, la dissolution

and would not necessarily lead to a timely opening of the Barkirk site as a full-service secure landfill: reasons, at paragraph 341. It consequently ordered Tervita to divest the shares or assets of BLS: reasons, at paragraphs 342 to 344.

ISSUES RAISED IN THIS APPEAL

[49] Tervita and the other appellants submit that the Tribunal committed at least seven important errors. Four of these alleged errors concern the Tribunal's analysis under section 92 of the *Competition Act*, while the remaining three concern its analysis under section 96.

[50] The alleged errors in the analysis under section 92 may be stated as follows:

1. By extending the analysis to include the feasibility of the vendor's bioremediation service, its eventual failure and its consequential transformation into a full-service hazardous landfill operation by the spring of 2013, the Tribunal acted on a theory of the case that had not been pleaded, thus breaching the appellants' right to a fair hearing.

2. The Tribunal erred in law by extending the analysis of potential entry beyond the time of the impugned merger through an analysis of the feasibility of the vendor's bioremediation service extending to the spring of 2013.

3. This led the Tribunal to err in its assessment of the facts by engaging in speculation regarding possible future events.

4. The Tribunal compounded these errors by reversing the onus and shifting the burden of proof by requiring

constituerait une ingérence et une réaction exagérée qui ne mèneraient pas nécessairement à l'ouverture d'un site d'enfouissement sécuritaire à service complet sur le site Babkirk dans les meilleurs délais (motifs, au paragraphe 341). Par conséquent, il a ordonné à Tervita de se départir de ses actions ou éléments d'actif de BLS (motifs, aux paragraphes 342 à 344).

QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL

[49] Tervita et les autres appelantes affirment que le Tribunal a commis au moins sept erreurs importantes. Sur ces erreurs, quatre concernent l'analyse effectuée par le Tribunal au titre de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, tandis que les trois autres portent sur l'analyse qu'elle a effectuée au titre de l'article 96.

[50] Les erreurs qu'aurait commises le Tribunal dans l'analyse qu'elle a effectuée au titre de l'article 92 peuvent être résumées comme suit :

1. En élargissant le cadre de son analyse en faisant également porter celle-ci sur la faisabilité du service de biorestauration du vendeur, sur l'éventuel échec de ce service et sur la transformation subséquente du site Babkirk en site d'enfouissement sécuritaire à service complet d'ici le printemps 2013, le Tribunal s'est fondé sur une thèse qui n'avait pas été plaidée en l'espèce, portant ainsi atteinte au droit des appelants à une audience équitable.

2. Le Tribunal a commis une erreur de droit en élargissant son analyse de la pénétration éventuelle du marché au-delà de la période visée par le fusionnement contesté en faisant porter son analyse de la faisabilité du service de biorestauration du vendeur sur une période allant jusqu'au printemps 2013.

3. Cette façon de procéder a amené le Tribunal à commettre une erreur dans son appréciation des faits en se livrant à des spéculations au sujet de futurs événements possibles.

4. Le Tribunal a aggravé ces erreurs en inversant et en déplaçant le fardeau de la preuve en obligeant Tervita et

Tervita and the vendors to prove the economic viability of the Babbirk site bioremediation operation.

[51] The alleged errors in the analysis under section 96 may be stated as follows:

5. The Tribunal erred in law by considering the Commissioner’s “deadweight loss” quantification in the face of a finding that the Commissioner had failed to meet her burden to prove such quantification. The Tribunal compounded this error by allowing the Commissioner to submit a “rough estimate” of the “deadweight loss” in a reply report, by failing to provide the appellants with a formal opportunity to respond to this report, and by failing to recognize that the appellants’ right to a fair hearing was seriously prejudiced as a result.

6. The Tribunal erred in law by not considering the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger.

7. The Tribunal erred in law by applying an offset methodology which tipped the scale in favour of anti-competitive effects on the basis of an unreasoned and subjective assessment of unquantifiable qualitative effects which could not, in any event, be considered under the scheme of the *Competition Act*.

THE STANDARD OF REVIEW

[52] The Tribunal’s findings on questions of law are to be reviewed in this appeal on a standard of correctness, while its findings on questions of fact or of mixed law and fact are to be reviewed on a standard of reasonableness.

(a) Questions of law

[53] This Court has consistently held that questions of law raised in an appeal from a decision of the Tribunal are to be reviewed on a standard of correctness: *Canada*

les vendeurs à démontrer la viabilité économique du service de biorestauration du site Babbirk.

[51] Quant aux erreurs qu’aurait commises le Tribunal en procédant à son analyse en vertu de l’article 96, on peut les résumer comme suit :

5. Le Tribunal a commis une erreur de droit en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » effectuée par la commissaire, et ce, malgré le fait que le Tribunal avait conclu que la commissaire ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombait d’établir cette quantification. Le Tribunal a aggravé cette erreur en permettant à la commissaire de proposer, en réponse, une « estimation approximative » de la « perte sèche », en n’offrant pas aux appelants une occasion véritable de répondre au rapport en question et en ne reconnaissant pas que le droit des appelants à une audience équitable avait été violé en conséquence.

6. Le Tribunal a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des gains en efficacité procurés par une année de transport et d’expansion du marché grâce au fusionnement.

7. Le Tribunal a commis une erreur de droit en appliquant une méthode de neutralisation qui favorisait les effets anticoncurrentiels en se fondant sur une appréciation déraisonnable et subjective d’effets qualitatifs non quantifiables dont on ne pouvait pas de toute façon tenir compte suivant l’économie de la *Loi sur la concurrence*.

NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[52] Les conclusions tirées par le Tribunal au sujet des questions de droit sont assujetties, dans le présent appel, à la norme de contrôle de la décision correcte, tandis que les conclusions qu’il a tirées sur les questions de fait ou sur les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

a) Questions de droit

[53] Notre Cour a constamment jugé que les questions de droit soulevées dans l’appel d’une décision du Tribunal de la concurrence sont assujetties à la norme de

(*Commissioner of Competition*) v. *Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185 (*Superior Propane* No. 2), at paragraph 68; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598, at paragraph 43; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, at paragraph 34; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co.*, 2008 FCA 22, 289 D.L.R. (4th) 500, at paragraph 5; *Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Management Group Corp.*, 2009 FCA 295, [2010] 4 F.C.R. 413, at paragraph 67; *Nadeau Poultry Farm Ltd. v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333, at paragraph 48.

[54] A full standard of review analysis on this issue was carried out by our Court in *Superior Propane* No. 2. Where the jurisprudence has already determined, in a satisfactory manner, the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question, this should normally be the end of the standard of review inquiry on that matter: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 57 and 62. However, the Supreme Court of Canada jurisprudence post-*Dunsmuir* has shifted towards greater deference to adjudicative tribunals when they are interpreting their enabling legislation or statutes closely connected to their functions.

[55] The Supreme Court of Canada has found that, since *Dunsmuir*, the interpretation by an adjudicative tribunal of its enabling statute or of statutes closely related to its functions should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers' Association*), at paragraphs 34 and 41. That presumption may however be rebutted if it can be found that Parliament's intent is inconsistent with its application: *Rogers Communication Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paragraph 15.

contrôle de la décision correcte (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185 (*Supérieur Propane* n° 2), au paragraphe 68; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598, au paragraphe 43; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, au paragraphe 34; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22, au paragraphe 5; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Premier Career Management Group Corp.*, 2009 CAF 295, [2010] 4 R.C.F. 413, au paragraphe 67; *Nadeau Ferme Avicole Ltée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188, au paragraphe 48).

[54] Notre Cour s'est livrée à une analyse approfondie du contrôle judiciaire de cette question dans l'affaire *Supérieur Propane* n° 2. Lorsque la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier, l'analyse de la norme de contrôle judiciaire devrait normalement s'arrêter là (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 57 et 62). Toutefois, la Cour suprême du Canada a depuis lors, dans ses arrêts postérieurs à l'arrêt *Dunsmuir*, fait preuve de plus de retenue envers les tribunaux administratifs lorsqu'ils interprètent leur propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à leur mandat.

[55] Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada a jugé que l'interprétation qu'un tribunal administratif qui adjuge entre des parties fait de sa loi habilitante ou d'une loi étroitement liée à son mandat est présumée être une question d'interprétation législative qui commande la déférence en cas de contrôle judiciaire (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers' Association*), aux paragraphes 34 et 41). Il est toutefois possible de réfuter cette présomption si l'on peut démontrer que la volonté du législateur contredit son application (voir *Rogers Communication Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au paragraphe 15).

[56] In this case, Parliament has specifically provided that the decisions of the Competition Tribunal are subject to an appeal rather than judicially reviewed. Accordingly, the presumption set out in *Alberta Teachers' Association* may not apply, but it is not necessary to decide this issue in this appeal. Indeed, I am of the view that if that presumption applies, it has been rebutted. Consequently, in my view, *Superior Propane No. 2* determined in a satisfactory manner that the standard of correctness is the appropriate standard of review on questions of law arising in an appeal from the Competition Tribunal.

[57] Without repeating here the entire analysis carried out in *Superior Propane No. 2*, it is useful to point out that questions of law which arise in the course of proceedings before the Tribunal are determined only by the judicial members of the Tribunal sitting in those proceedings: paragraph 12(1)(a) of the *Competition Tribunal Act*. These judicial members are appointed from among the members of the Federal Court: paragraph 3(2)(a) of the *Competition Tribunal Act*. These decisions on questions of law are themselves subject, as of right, to appeal to this Court as if they were a judgment of the Federal Court: subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*. As noted by Evans J.A. in *Superior Propane No. 2*, at paragraph 88, “the existence of an unrestricted right of appeal on questions of law, and of a modified right of appeal on questions of fact, must be entered as a factor indicative of Parliament’s intention that the Tribunal’s determinations on questions of law should be reviewable on appeal on a correctness standard.”

[58] To underline this point, it is useful to point out that subsection 28(2) and section 18.5 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 specifically exclude judicial review when an Act of Parliament expressly provides for an appeal to the Federal Court of Appeal, in which case the decision is to be reviewed or otherwise dealt with in accordance with that Act. In subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, Parliament has clearly and unambiguously provided for an appeal

[56] Dans le cas qui nous occupe, le législateur a expressément prévu que les décisions du Tribunal de la concurrence sont susceptibles d’appel plutôt que de contrôle judiciaire. Par conséquent, la présomption énoncée dans l’arrêt *Alberta Teachers' Association* peut ne pas s’appliquer, mais il n’est pas nécessaire de trancher cette question dans le cadre du présent appel. D’ailleurs, j’estime que, si cette présomption s’applique, elle a été réfutée en l’espèce. Par conséquent, l’arrêt *Supérieur Propane n° 2 a*, à mon avis, établi de façon satisfaisante que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la question de droit soulevée dans le cadre d’un appel d’une décision du Tribunal de la concurrence.

[57] Sans reprendre au complet l’analyse effectuée dans l’arrêt *Supérieur Propane n° 2*, il est utile de rappeler que seuls les juges qui siègent au Tribunal de la concurrence ont compétence pour trancher les questions de droit soulevées dans toute instance se déroulant devant le Tribunal (alinéa 12(1)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Ces juges sont choisis parmi les juges de la Cour fédérale (alinéa 3(2)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Leurs décisions sur des questions de droit sont elles-mêmes susceptibles d’appel de plein droit devant notre Cour tout comme s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale (paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Ainsi que le juge Evans l’a fait observer dans l’arrêt *Supérieur Propane n° 2*, au paragraphe 88 : « l’existence d’un droit d’appel absolu sur les questions de droit et d’un droit d’appel limité sur les questions de fait doit être vue comme un facteur indiquant l’intention du législateur que les décisions du Tribunal sur les questions de droit soient soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte ».

[58] Pour illustrer ce point, il est utile de rappeler que le paragraphe 28(2) et l’article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, excluent expressément le contrôle judiciaire lorsqu’une loi fédérale prévoit qu’il peut être interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale d’une décision d’un office fédéral, mais la décision en cause peut faire l’objet d’une révision ou d’une autre intervention en conformité avec cette loi. Au paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la*

as of right to this Court from a decision of the Tribunal on a question of law “as if it were a judgment of the Federal Court.” I do not believe that it is possible for Parliament to use any clearer language as to its intent. Since judgments of the Federal Court on questions of law are reviewed in appeal on a standard of correctness, decisions from the Tribunal on such questions are also to be reviewed on the same standard.

[59] The determination of the appropriate standard of review is essentially a search for legislative intent: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pages 589-590; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 26; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21; *Dunsmuir*, at paragraph 30. Where, as here, that intent is clear, the judiciary should comply unless this offends the rule of law or some other constitutional principle.

(b) Questions of fact and of mixed law and fact

[60] Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 (*Southam*), it is clear that the findings of the Tribunal on questions of fact and on questions of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated are owed particular deference on appeal: *Southam*, at paragraphs 34 and 54. This is so notably because Parliament has provided for a limited right of appeal on questions of fact by requiring that an appeal on such questions only lies with leave of this Court: subsection 13(2) of the *Competition Tribunal Act*.

[61] The Tribunal holds expertise in the economic and commercial issues which are at the heart of its mandate

concurrency, le législateur prévoit de façon claire et non ambiguë un droit d’appel de plein droit devant notre Cour de toute décision rendue par le Tribunal de la concurrence sur une question de droit « tout comme s’il s’agissait [d’un] jugement[t] de la Cour fédérale ». Je ne crois pas que le législateur fédéral aurait pu employer des mots plus clairs pour exprimer son intention. Comme c’est la norme de la décision correcte qui s’applique en appel des jugements rendus par la Cour fédérale sur des questions de droit, les décisions rendues par le Tribunal de la concurrence sur ces questions sont également assujetties à cette même norme.

[59] La détermination de la norme de contrôle applicable est essentiellement centrée sur la recherche de la volonté du législateur (*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, aux pages 589 et 590; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 26; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21, arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 30). Lorsque, comme en l’espèce, cette intention est claire, le pouvoir judiciaire devrait s’y conformer à moins que, ce faisant, il n’aille à l’encontre d’un principe de droit ou d’un principe constitutionnel.

(b) Questions de fait et questions mixtes de fait et de droit

[60] Depuis l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*) de la Cour suprême du Canada, il est acquis que les conclusions tirées par le Tribunal de la concurrence sur des questions de fait et sur des questions mixtes de fait et de droit dont une question de droit ne peut être dissociée ont droit à une déférence particulière en appel (*Southam*, aux paragraphes 34 et 54). Cette situation tient notamment au fait que le législateur a prévu un droit d’appel restreint en ce qui concerne les questions de fait en exigeant que l’appel interjeté sur ces questions ne puisse être exercé qu’avec l’autorisation de notre Cour (paragraphe 13(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*).

[61] Le Tribunal possède des connaissances spécialisées sur les questions économiques et commerciales qui

under the *Competition Act*. This Court sitting in appeal of its decisions should thus defer to its findings on these issues, including the inferences it draws from the evidence. Contrary to most trial courts, which are essentially concerned with ascertaining the facts relating to past events, the Tribunal's role under sections 92 and 96 of the *Competition Act* requires it to project into the future various events in order to ascertain their potential economic and commercial impacts. The role of the Tribunal is thus to identify and remedy market problems that have not yet occurred. This is a daunting exercise steeped in economic theory and requiring a deep understanding of the economic and commercial factors at issue. Because an appellate court may encounter difficulties in fully understanding the economic and commercial aspects of the Tribunal's decision, it must defer to its findings of fact and of mixed law and fact on these issues.

[62] Some controversy has however developed in the case law as to the appropriate standard of deference owed to the Tribunal over questions of fact and of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated: is it the "reasonableness" standard of deference used in judicial review or the standard of deference which applies in an appeal as described in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*)?

[63] Both the Commissioner and the appellants submit that the appropriate standard of deference in this case on questions of fact, and of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated, is the one which applies in appellate review as set out in *Housen*: Commissioner's memorandum in appeal file A-302-12, at paragraphs 30 and 31; Commissioner's memorandum in appeal file A-457-12, at paragraphs 8 and 9; appellants' memorandum in appeal file A-457-12, at paragraph 43. This approach has also been adopted by our Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Career Management Group Corp.*, above. In

se situent au cœur du mandat que lui confie la *Loi sur la concurrence*. Lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une décision du Tribunal, notre Cour doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du Tribunal sur ces questions, ainsi qu'à l'égard des inférences tirées par le Tribunal sur le fondement de la preuve. Contrairement à la plupart des tribunaux de première instance, qui s'occupent essentiellement d'établir des faits se rapportant à des événements passés, le rôle que les articles 92 et 96 de la *Loi sur la concurrence* confèrent au Tribunal oblige ce dernier à projeter dans l'avenir divers événements pour en déterminer les éventuelles répercussions économiques et commerciales. Le rôle du Tribunal consiste donc à cerner et à corriger des problèmes commerciaux qui ne se sont pas encore matérialisés. Il s'agit là d'une tâche colossale qui fait appel à des théories économiques et exige des connaissances approfondies des facteurs économiques et commerciaux en jeu. Comme la juridiction d'appel risque d'avoir du mal à bien comprendre les aspects économiques et commerciaux de la décision du Tribunal, elle doit faire preuve de déférence quant aux conclusions de fait et aux conclusions mixtes de fait et de droit tirées par celui-ci sur ces questions.

[62] Un certain débat s'est élevé dans la jurisprudence quant au degré de déférence dont il convient de faire preuve envers le Tribunal au sujet des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit dont on ne peut dissocier une question de droit : doit-on appliquer la norme de la « décision raisonnable » appliquée en matière de contrôle judiciaire ou la norme de déférence appliquée en cas d'appel décrite dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*)?

[63] La commissaire et les appelants affirment que la déférence qui s'applique en l'espèce aux questions de fait et aux questions de droit et de fait dont on ne peut dissocier de questions de droit est celle qui s'applique dans le cas d'un appel, ainsi qu'il est expliqué dans l'arrêt *Housen* (mémoire déposé par la commissaire dans le dossier d'appel A-302-12, aux paragraphes 30 et 31; mémoire déposé par la commissaire dans le dossier d'appel A-457-12, aux paragraphes 8 et 9; mémoire déposé par les appelants dans le dossier d'appel A-457-12, au paragraphe 43). Ce raisonnement a également été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Canada (Commissaire*

that case, at paragraphs 67 and 71, Sexton J.A. applied the *Housen* standard on the ground that subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act* states that an appeal from the Tribunal is treated as if the original decision were a judgment of the Federal Court, and consequently [at paragraph 67] “it makes more sense to apply the standard used to review decisions of lower courts rather than those used to review administrative tribunals.”

[64] There is much merit to the approach adopted by Sexton J.A. and supported by the parties in this appeal. However, in *Southam*, Iacobucci J., writing for a unanimous Supreme Court of Canada, found that the applicable standard in such circumstances was that of reasonableness *simpliciter*, which he also found to be closely akin to the standard applied in reviewing findings of fact by trial judges: *Southam*, at paragraphs 54 to 59. The reasonableness *simpliciter* standard has since been subsumed into the reasonableness standard, and it has consequently been considerably redefined: *Dunsmuir*, at paragraphs 45 to 49. I am bound by these decisions of our highest court: *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraph 21. Consequently, the findings of fact, and of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated, made by the Tribunal shall be reviewed in this appeal under the standard of reasonableness. For the purposes of this appeal, it is not necessary to decide the extent to which this standard of reasonableness differs from that of over-riding and palpable error as applied to questions of fact or of mixed law and fact.

(c) The distinction between questions of law and questions of mixed law and fact

[65] Though the Commissioner acknowledges in this appeal that questions of law are to be reviewed on a standard of correctness, he submits that the issues raised by the appellants in this case are actually questions of mixed law and fact: Commissioner’s memorandum, at

de la concurrence) c. *Premier Career Management Group Corp.*, précité). Dans cet arrêt, aux paragraphes 67 et 71, le juge Sexton a appliqué la norme décrite dans l’arrêt *Housen* au motif que le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* dispose que les décisions dont l’appel est interjeté sont assimilées à des jugements de la Cour fédérale et qu’en conséquence « il paraît plus logique d’appliquer la norme de contrôle des décisions des tribunaux judiciaires inférieurs que celles utilisées pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs ».

[64] Le raisonnement qu’a suivi le juge Sexton et que les parties ont repris à leur compte dans le présent appel semble bien fondé. Toutefois, dans l’arrêt *Southam*, le juge Iacobucci, qui s’exprimait au nom d’une Cour suprême unanime, a conclu que la norme applicable en pareil cas était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, laquelle, à son avis, ressemblait beaucoup à la norme appliquée dans le cas du contrôle de conclusions de fait tirées par les juges de première instance (*Southam*, aux paragraphes 54 à 59). La norme de la décision raisonnable *simpliciter* a depuis été englobée dans la norme de la décision raisonnable, et elle a par conséquent été complètement remaniée (*Dunsmuir*, aux paragraphes 45 à 49). Je suis lié par ces décisions de notre plus haut tribunal (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, au paragraphe 21). Par conséquent, les conclusions de fait et les conclusions mixtes de droit et de fait dont on ne peut dissocier une question de droit qui ont été tirées par le Tribunal sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable dans le cadre du présent appel. Pour les besoins du présent appel, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur la mesure dans laquelle cette norme de raisonnabilité diffère de celle de l’erreur manifeste et dominante qui s’applique aux questions de fait ou aux questions mixtes de droit et de fait.

c) Distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit

[65] Bien qu’elle reconnaisse dans le présent appel que les questions de droit doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte, la commissaire affirme que les questions soulevées par les appelants dans la présente affaire sont en réalité des questions mixtes de

paragraph 30. Consequently, it is important in this appeal to review the distinction between questions of law and questions of mixed law and fact within the context of a decision of the Tribunal under sections 92 and 96 of the *Competition Act*. The reasons of the Supreme Court of Canada in *Southam*, which dealt with section 92 of the *Competition Act*, are most useful for this purpose.

[66] As aptly noted by Iacobucci J. in *Southam*, questions of law and questions of mixed law and fact in the context of a determination under section 92 (and by implication under section 96) of the *Competition Act* may be distinguished as follows:

(a) when the Tribunal determines what the correct legal test is under the pertinent provisions of the *Competition Act*, or when the Tribunal forges a new legal principle or legal test, then the matter is to be treated as a question of law; however, questions about whether the facts satisfy that legal test are deemed questions of mixed law and fact (*Southam*, at paragraphs 35 and 45);

(b) if the Tribunal ignores items of the evidence that the law requires it to consider, then it errs in law; however when the Tribunal considered all the mandatory kinds of evidence, then its conclusion will be reviewed on a standard of reasonableness (*Southam*, at paragraph 41);

(c) where the Tribunal fails to consider certain factors that the law requires it to consider then it errs in law; however, the weight accorded by the Tribunal to each factor, especially if the legal principle being applied involves a balancing test, will be reviewed on a standard of reasonableness (*Southam*, at paragraphs 43 and 44).

[67] The questions raised in this appeal and involving procedural fairness are also to be dealt with on a standard of correctness.

fait et de droit (mémoire de la commissaire, au paragraphe 30). Par conséquent, il est important, dans le cadre du présent appel, de se pencher sur la distinction qui existe entre, d'une part, les questions de droit, et d'autre part, les questions mixtes de fait et de droit dans le contexte d'une décision rendue par le Tribunal en vertu des articles 92 et 96 de la *Loi sur la concurrence*. Les motifs rendus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Southam*, qui portaient sur l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, s'avèrent fort utiles à cet égard.

[66] Ainsi que le juge Iacobucci l'a judicieusement indiqué dans l'arrêt *Southam*, les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit peuvent, dans le contexte de la décision à rendre en vertu de l'article 92 — et, implicitement — en vertu de l'article 96 — de la *Loi sur la concurrence*, être distinguées de la façon suivante :

a) lorsque le Tribunal détermine le bon critère juridique en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur la concurrence* ou lorsque le Tribunal définit un nouveau principe ou critère juridique, l'affaire doit être considérée comme une question de droit; toutefois, lorsqu'il s'agit de savoir si les faits répondent au critère juridique applicable, on a alors affaire à une question mixte de fait et de droit (*Southam*, aux paragraphes 35 et 45);

b) si le Tribunal a effectivement fait abstraction d'éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit; toutefois, s'il a tenu compte de tous les types de preuve requis, ses conclusions sont assujetties à la norme de la décision raisonnable (*Southam*, au paragraphe 41);

c) si le Tribunal omet de tenir compte de facteurs dont la loi l'oblige à tenir compte, il commet une erreur de droit; toutefois, l'importance que le Tribunal a accordée à chaque facteur, surtout dans les cas où le principe de droit appliqué comporte un critère de pondération, sera contrôlée en fonction de la norme de la décision raisonnable (*Southam*, aux paragraphes 43 et 44).

[67] Les questions qui sont soulevées dans le présent appel et qui portent sur l'équité procédurale doivent également être examinées en fonction de la norme de la décision correcte.

[68] It is with these considerations and distinctions in mind that I will proceed with the analysis of each of the grounds of appeal raised by the appellants.

ANALYSIS

Alleged errors in the Tribunal's analysis under section 92

(1) *Did the Tribunal base its decision on a theory of the case that had not been pleaded?*

[69] The Tribunal found that Tervita's acquisition of the Babkirk site would substantially prevent competition since the vendors would have turned the site into a competing secure landfill once their bioremediation operation would have failed.

[70] The appellants allege that the Commissioner did not plead this theory, and that it was consequently an impermissible error of law for the Tribunal to have determined the case based on this theory. They add that they had no reason to believe that the future viability of the bioremediation operation was at issue, and that they were thus precluded from adducing evidence regarding this matter.

[71] In the normal course of judicial proceedings, parties are entitled to have their disputes adjudicated on the basis of the issues joined in the pleadings. This is because when a trial court steps outside the pleadings to decide a case, it risks denying a party a fair opportunity to address the related evidentiary issues: *Rodaro v. Royal Bank of Canada* 2002 CanLII 41834, 59 O.R. (3d) 74 (C.A.), at paragraphs 60 to 63; *Nunn v. Canada*, 2006 FCA 403, [2007] 2 C.T.C. 222, at paragraphs 23 to 26; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677, at paragraphs 4 to 9 and 21.

[72] However, this does not mean that a trial judge can never decide a case on a basis other than that set out in the pleadings. In essence, a judicial decision may be

[68] C'est en tenant compte de ces considérations et de ces distinctions que je vais maintenant procéder à l'analyse de chacun des moyens d'appel invoqués par les appelants.

ANALYSE

Erreurs reprochées au Tribunal en ce qui a trait à son analyse de l'article 92

1) *Le Tribunal a-t-il fondé sa décision sur une thèse qui n'a pas été plaidée?*

[69] Le Tribunal a conclu que l'acquisition par Tervita du site Babkirk aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, étant donné que les vendeurs auraient transformé ce site en un site d'enfouissement sécuritaire concurrent après l'échec de leur entreprise de biorestauration.

[70] Les appelants affirment que la commissaire n'a pas plaidé cette thèse et que le Tribunal a par conséquent commis une erreur de droit inadmissible en tranchant l'affaire sur le fondement de cette thèse. Ils ajoutent qu'ils n'avaient aucune raison de croire que la viabilité future de leur entreprise de biorestauration était en cause et qu'ils ont par conséquent été empêchés de présenter des éléments de preuve à ce sujet.

[71] Dans le cadre normal d'une instance, les parties au litige sont en droit de voir le différend tranché en fonction des seules questions soulevées dans les actes de procédure. Cela tient au fait que le juge de première instance qui déborde le cadre des actes de procédure pour trancher le litige dont il est saisi risque de priver une des parties d'une possibilité équitable de traiter des questions de preuve connexes (*Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 2002 CanLII 41824, 59 R.J.O. (3^e) 74 (C.A.), aux paragraphes 60 à 63; *Nunn c. Canada*, 2006 CAF 403, aux paragraphes 23 à 26; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 R.J.O. (3^e) 677, aux paragraphes 4 à 9 et 21).

[72] Il ne s'ensuit pas pour autant que le juge de première instance doive toujours s'en tenir à ce qui est énoncé dans les actes de procédure. En fait, une décision

reached on a basis which does not perfectly accord with the pleadings if no party to the proceedings was surprised or prejudiced: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 F.C. 40 (C.A.), at paragraphs 14 to 16; *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215, at paragraphs 18 to 22; *Colautti Construction Ltd. v. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138, at paragraphs 42 to 47.

[73] A trial judge must decide a case according to the facts and the law as he or she finds them to be. Accordingly, there is no procedural unfairness where a trial judge, on his or her own initiative or at the initiative of one of the parties, raises and decides an issue in a proceeding that does not squarely fit within the pleadings, as long as, of course, all the parties have been informed of that issue and have been given a fair opportunity to respond to it: *Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 FCA 103, 100 C.P.R. (4th) 203, at paragraph 27; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129, at paragraphs 13 to 19; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236.

[74] These principles also apply to contested proceedings before the Tribunal. It acts as a judicial body: section 8 and subsection 9(1) of the *Competition Tribunal Act*. Though the proceedings before the Tribunal are to be dealt with informally and expeditiously, they are nevertheless subject to the principles of procedural fairness: subsection 9(2) of the *Competition Tribunal Act*. Accordingly, the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141(Rules), provide that an application to the Tribunal must be made by way of a notice of application setting out, *inter alia*, a concise statement of the grounds for the application and of the material facts on which the applicant relies, as well as a concise statement of the economic theory of the case: Rules, at paragraphs 36(2)(c) and (d). Similar provisions apply to a response and to a reply: Rules, at paragraphs 38(2)(a), (b) and (c) and subrule 39(2). The Rules also set out a detailed and complete system of pre-hearing disclosures: rules 68 to 74 and 77, 78.

[75] In order to resolve the first ground of appeal raised by the appellants, it must be first determined

peut reposer sur un fondement qui ne correspond pas parfaitement aux actes de procédure si aucune partie à l'instance n'est prise par surprise ou ne subit de préjudice (*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 C.F. 40 (C.A.), aux paragraphes 14 à 16; *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215, aux paragraphes 18 à 22; *Colautti Construction Ltd. c. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138, aux paragraphes 42 à 47).

[73] Le juge de première instance doit trancher l'affaire dont il est saisi en fonction des faits qu'il constate et du droit applicable. Par conséquent, il n'y a pas iniquité procédurale lorsque le juge, de sa propre initiative, soulève et tranche une question dans le cadre de l'instance dès lors qu'il signale la question aux parties et leur donne une possibilité raisonnable d'y répondre (*Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 CAF 103, au paragraphe 27; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129, aux paragraphes 13 à 19; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236).

[74] Ces principes valent également dans le cas d'instances contestées introduites devant le Tribunal. Le Tribunal est assimilé à une cour de justice (article 8 et paragraphe 9(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Bien que le Tribunal doive agir sans formalisme, en procédure expéditive, il est néanmoins tenu de respecter les principes d'équité procédurale (paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Par conséquent, les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141(les Règles) prévoient que la demande présentée au Tribunal est introduite par dépôt d'un avis de demande énonçant notamment un résumé des motifs de la demande et des faits importants sur lesquels se fonde le demandeur et un énoncé concis de la thèse économique de l'affaire (Règles, aux alinéas 36(2)c) et d)). Des règles analogues s'appliquent à la réponse et à la réplique (Règles, aux alinéas 38(2)a), b) et c) et paragraphe 39(2)). Les Règles prévoient également des règles détaillées régissant la divulgation préalable (règles 68 à 74 et 77, 78).

[75] Pour trancher le premier moyen d'appel invoqué par les appelants, il faut d'abord déterminer si les actes

whether the pleadings encompassed the eventual failure of the bioremediation service and the subsequent transformation of the Babkirk site into a full-service secure landfill. If the pleadings did not encompass these matters, we must determine whether the appellants' right to a fair hearing was prejudiced by the manner in which the Tribunal proceeded.

[76] In its notice of application filed with the Tribunal, the Commissioner alleged that Complete had obtained the regulatory approvals to operate a secure landfill at the Babkirk site, that it was a "poised entrant" into the market for hazardous waste disposal into secure landfills, and that it would have competed directly with Tervita had it not been for the merger: paragraphs 1, 19 and 21 of the notice of application reproduced at A.B., Vol. 1, at pages 112, 115 and 116. The Commissioner added that "[i]f the Merger is dissolved, Complete will likely capitalize on its regulatory approvals by either converting and operating Babkirk as a Secure Landfill, or selling Babkirk to another operator who will complete the conversion and operate Babkirk as a Secure Landfill": paragraph 21 of the notice of application reproduced at A.B., Vol. 1, at page 116.

[77] In their response submitted to the Tribunal, Tervita and the other appellants challenged the Commissioner's assertion that Complete was a "poised entrant". They submitted that the vendors had decided to sell to a third party and had no intention to develop the Babkirk site. They added that even if the vendors did eventually develop the site, this would not have occurred for at least two years. They also submitted that, in any event, the development would not have provided effective competition with Tervita, since the contemplated service at the Babkirk site was a mix of both disposal and bioremediation: paragraphs 3, 28 and 29 of the appellants' response reproduced at A.B., Vol. 1, at pages 124, 125 and 131.

[78] The vendors submitted their own separate response. They also took the position that Complete was

de procédure englobent l'éventuel échec du service de biorestauration et la transformation subséquente du site Babkirk en site d'enfouissement sécuritaire à service complet. Si les actes de procédure n'englobent pas ces possibilités, nous devons établir si la manière de procéder du Tribunal a porté atteinte au droit des appelants à une audience équitable.

[76] Dans son avis de demande déposé au Tribunal, la commissaire a allégué que Complete avait obtenu les autorisations réglementaires pour exploiter un site d'enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk, qu'il était un [TRADUCTION] « nouveau venu prêt à pénétrer le marché » de l'élimination des déchets dangereux dans des sites d'enfouissement sécuritaires et qu'il aurait livré une concurrence directe à Tervita si le fusionnement n'avait pas eu lieu : aux paragraphes 1, 19 et 21 de l'avis de demande, reproduit dans le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 112, 115 et 116. La commissaire a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « en cas de dissolution du fusionnement, tout indique que Complete tirera profit de ses autorisations réglementaires, soit en convertissant Babkirk et en l'exploitant en tant que site d'enfouissement sécuritaire, soit en vendant Babkirk à un autre exploitant, qui terminera la conversion et exploitera Babkirk en tant que site d'enfouissement sécuritaire » (paragraphe 21 de l'avis de demande, reproduit dans le dossier d'appel, vol. 1, à la page 116).

[77] Dans la réponse qu'ils ont soumise au Tribunal, Tervita et les autres appelants contestent l'affirmation de la commissaire selon laquelle Complete était un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché ». Ils font valoir que les vendeurs avaient décidé de vendre à une tierce partie et n'avaient aucune intention d'aménager le site Babkirk. Ils ajoutent que même si les vendeurs en étaient venus à aménager le site, cette éventualité ne se serait pas matérialisée avant au moins deux ans. Ils font également valoir que, quoi qu'il en soit, l'aménagement n'aurait pas effectivement fait concurrence à Tervita, étant donné que le service envisagé pour le site Babkirk mêlait l'élimination et la biorestauration (aux paragraphes 3, 28 et 29 de la réponse des appelants, reproduite dans le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 124, 125 et 131).

[78] Les vendeurs ont présenté leur propre réponse distincte. Ils ont aussi soutenu que la société Complete

not a “poised entrant” since the intended use of the Babkirk site was primarily for bioremediation: paragraphs 2, 18 and 35 of the vendors’ response reproduced at A.B., Vol.1, at pages 146, 149, 150 and 153.

[79] The Commissioner challenged these responses, notably on the basis that bioremediation was not technically feasible or profitable in NE British Columbia, and that Complete or another company would have capitalized on the valuable regulatory approval for a secure landfill at the Babkirk site: Commissioner’s reply, at paragraphs 2, 8 and 9 reproduced at A.B., Vol. 1, at pages 164 and 166.

[80] The issue of whether or not Complete was a “poised entrant” was clearly raised in the pleadings. The temporal dimension of “poised entry” in the context of a prevention of competition case was thus plainly an issue before the Tribunal. That issue led the Tribunal to define a “poised entry”—under the analytical framework it had developed for a “prevention” of competition case—as an “entry or expansion [that] likely would occur within a reasonable period of time”: reasons, at paragraph 123.

[81] As a result of the respective positions of the parties set out in the pleadings, and taking into account the temporal dimension of “poised entry”, the feasibility and profitability of the operation at the Babkirk site of a bioremediation facility was dealt with extensively before the Tribunal. Substantial evidence was adduced on the technical and financial feasibility of bioremediation: see notably the witness statement of Robert Andrews, A.B., Vol. 22, at pages 7388 to 7393 (in particular paragraphs 23 to 26); witness statement of Devin Scheck, A.B., Vol. 22, at pages 7497 to 7499 (in particular paragraphs 25 to 27 and 33); expert report of Mark Polet, A.B., Vol. 22, at pages 7558 to 7565; reply report of Mark Polet, Vol. 22, at pages 7580 and 7581.

n’était aucunement un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché », puisqu’elle avait l’intention d’utiliser le site Babkirk principalement à des fins de biorestauration (aux paragraphes 2, 18 et 35 de la réponse des vendeurs, reproduite dans le dossier d’appel, vol.1, aux pages 146, 149, 150 et 153).

[79] La commissaire a contesté cette réponse en alléguant notamment que la biorestauration n’était ni rentable, ni techniquement réalisable dans le N.-E. de la Colombie-Britannique et que Complete, ou toute autre société, aurait tiré profit de la précieuse autorisation réglementaire obtenue pour un site d’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk (réplique de la commissaire, aux paragraphes 2, 8 et 9, reproduite dans le dossier d’appel, vol. 1, aux pages 164 et 166).

[80] Les actes de procédure posent clairement la question de savoir si Complete était ou non un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché ». On peut en conclure que la dimension temporelle de la pénétration prochaine, dans le contexte d’une affaire d’empêchement de la concurrence, était sans contredit une question que devait résoudre le Tribunal. En l’occurrence, le Tribunal a défini la pénétration prochaine (« *poised entry* »), selon le cadre analytique qu’il avait élaboré aux fins d’une affaire d’« empêchement » de la concurrence, comme étant [TRADUCTION] « une pénétration ou une expansion susceptible de se produire dans un délai raisonnable » (motifs, au paragraphe 123).

[81] Par suite des positions respectives des parties énoncées dans les actes de procédure et compte tenu de la dimension temporelle du concept de « pénétration prochaine », les parties ont présenté de nombreux arguments au Tribunal à propos du caractère réalisable et rentable de l’exploitation d’une installation de biorestauration sur le site Babkirk. Ils ont produit des preuves substantielles au sujet de la faisabilité de la biorestauration sur le plan technique et financier (voir notamment la déposition du témoin Robert Andrews, dossier d’appel, vol. 22, aux pages 7388 à 7393 (en particulier les paragraphes 23 à 26); la déposition du témoin Devin Scheck, dossier d’appel, vol. 22, aux pages 7497 à 7499 (en particulier les paragraphes 25 à 27 et 33); le rapport d’expert de Mark Polet, dossier d’appel, vol. 22, aux

[82] The thrust of the Commissioner’s position before the Tribunal was that the vendors would be pursuing from the start a secure landfill operation at the Babkirk site in light of the permits they had secured. However, the Commissioner also addressed early on in the proceedings the issue of the lack of feasibility for bioremediation at the Babkirk site. Though aware that the Commissioner was pursuing this matter, at any point during the entire proceedings the appellants or the vendors did not object or raise any form of concern whatsoever. On the contrary, they submitted evidence concerning the feasibility of bioremediation at the Babkirk site, and forcefully disputed the submissions of the Commissioner to the contrary.

[83] Taking into account the pleadings as a whole, and after reviewing the evidentiary record before the Tribunal, I am of the view that the feasibility of a bioremediation facility at the Babkirk site was squarely before the Tribunal, as was the issue of whether Complete was a “poised entrant” in the market for secure landfills once it ceased to pursue bioremediation.

[84] Accordingly, the appellants’ argument must fail. In any event, even if these issues were not included in the pleadings, the appellants have failed to convince me that they were prejudiced by the fact that these issues were considered and decided by the Tribunal.

(2) Could the Tribunal extend the section 92 analysis beyond the date of the merger?

[85] In its reasons, the Tribunal set out an analytical framework for prevention of competition merger reviews under section 92 of the *Competition Act*. That framework is described at paragraphs 121 to 126 of the Tribunal’s reasons, and may be summarized as follows:

pages 7558 à 7565; et la réplique de Mark Polet, vol. 22, aux pages 7580 à 7581).

[82] Dans son opinion présentée au Tribunal, la commissaire soutient essentiellement, à la lumière des permis que les vendeurs avaient obtenus, que ces derniers cherchaient dès le départ à établir un site d’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk. Cependant, à l’ouverture de l’audience, la commissaire a également abordé la question du caractère peu réalisable d’une installation de biorestauration sur le site Babkirk. À l’audience, les vendeurs et les appelants n’ont jamais manifesté leur opposition ni soulevé la moindre préoccupation à cet égard, même s’ils étaient conscients de l’intérêt de la commissaire pour cette question. Au contraire, ils ont soumis des éléments de preuve concernant la faisabilité de la biorestauration sur le site Babkirk et contesté vigoureusement les allégations de la commissaire lorsqu’elle affirmait le contraire.

[83] Vu l’ensemble des actes de procédure et après avoir examiné la preuve dont disposait le Tribunal, je suis d’avis que la faisabilité de l’entreprise de biorestauration sur le site Babkirk était une question qui avait été carrément soumise au Tribunal tout comme celle de savoir si Complete était un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché » des sites d’enfouissement sécuritaire après la fin de l’exploitation de son entreprise de biorestauration.

[84] L’argument des appelants doit donc être rejeté. En tout état de cause, même si ces questions ne faisaient pas partie des actes de procédure, les appelants n’ont pas réussi à me convaincre qu’ils ont subi un préjudice, du fait que ces questions ont été examinées et tranchées par le Tribunal.

2) Le Tribunal pouvait-il élargir l’analyse qu’il effectuait au titre de l’article 92 au-delà de la date du fusionnement?

[85] Dans ses motifs, le Tribunal définit un cadre analytique pour l’examen, au titre de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*, des fusionnements qui empêchent la concurrence. Ce cadre, décrit aux paragraphes 121 à 126 des motifs du Tribunal, peut être résumé comme suit :

a. In determining whether competition is likely to be prevented, the Tribunal assesses whether a merger is more likely than not to maintain the ability of the merged entity to exercise greater market power than in the absence of the merger, acting alone or interdependently with one or more rival. This is a form of “but for” analysis. In the case at hand, this requires comparing a world in which Tervita owns the relevant secure landfills (Silverberry, Northern Rockies and Babkirk) with a world in which Babkirk is independently operated as a secure landfill;

b. In assessing cases under the “prevention” branch, the Tribunal focuses on the new entry, or the increased competition from within the relevant market, that the Commissioner alleges was, or would be, prevented by the merger in question. This requires the Tribunal to assess whether it is likely the new entry or expansion would be sufficiently timely, and occur on a sufficient scale, to result in:

- i. a material reduction of prices, or in a material increase in non-price competition, relative to prevailing price and non-price levels of competition;
- ii. in a significant (i.e. non-trivial) part of the relevant market;
- iii. for a period of approximately two years.

If so, and if the entry or expansion likely would occur within a reasonable period of time, the Tribunal will usually conclude that the prevention of competition is likely to be substantial.

c. The Tribunal will also consider whether other firms would be likely to enter or expand on a scale similar to that which was prevented or forestalled by the merger, and in a similar time frame. Where the Tribunal finds that such entry or expansion would probably occur, it is

a. Pour déterminer la probabilité d’empêchement de la concurrence, le Tribunal évalue s’il est plus probable qu’improbable qu’un fusionnement maintienne la capacité de l’entité fusionnée d’exercer une puissance commerciale supérieure à celle qu’elle aurait dans le marché en l’absence de fusionnement, soit seule ou en interdépendance avec une ou plusieurs entités rivales. Il s’agit d’une forme d’analyse fondée sur l’« absence hypothétique ». En l’espèce, il faut donc comparer un monde dans lequel Tervita est propriétaire des sites d’enfouissement sécuritaires pertinents (Silverberry, Northern Rockies et Babkirk) avec un autre, dans lequel Babkirk est exploité indépendamment, en tant que site d’enfouissement sécuritaire.

b. Pour évaluer des affaires sous l’angle de l’« empêchement », le Tribunal s’attarde sur l’entrée sur le marché, ou sur la concurrence accrue dans le marché pertinent, qui, selon la commissaire, a été ou serait empêchée par le fusionnement en question. Pour cela, le Tribunal doit évaluer s’il est probable que la pénétration du marché par le nouvel arrivant ou l’expansion se fasse dans des délais assez courts et à une échelle suffisante pour entraîner ce qui suit :

- i. une réduction sensible des prix ou une augmentation sensible de la concurrence par des moyens autre que les prix (hors prix), relativement au niveau existant de concurrence par les prix et hors prix;
- ii. dans une partie sensible (c.-à-d. non négligeable) du marché pertinent;
- iii. durant environ deux ans.

Si c’est le cas et si la pénétration du marché ou l’expansion est susceptible de se produire dans un délai raisonnable, le Tribunal en viendra normalement à la conclusion que la situation risque fort d’empêcher sensiblement la concurrence.

c. En outre, le Tribunal tiendra compte de la probabilité de voir d’autres sociétés pénétrer le marché ou s’étendre dans une mesure semblable à celle de la situation évitée ou reportée par le fusionnement, et dans des délais similaires. Si le Tribunal détermine qu’une telle pénétration

unlikely to conclude that the merger is likely to prevent competition substantially.

[86] The appellants challenge the Tribunal’s view that the entry or expansion must likely occur within a “reasonable period of time”. Rather, they suggest that the Tribunal’s analysis of potential entry or expansion must be confined to the time the merger occurred. This ground of appeal must be reviewed on a standard of correctness since the correct legal test for a section 92 prevention of competition merger review is a question of law.

[87] The analysis required for the review of a merger under section 92 of the *Competition Act* involving the prevention of competition is necessarily forward-looking. This flows, *inter alia*, from:

a. The very terms of section 92 which require the Tribunal to determine whether a merger “prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially” (emphasis added).

b. Paragraph 93(b) of the *Competition Act*. That paragraph includes as a factor to consider in the section 92 analysis the question of “whether the business ... has failed or is likely to fail”. Though this concerns the failing firm defence—i.e. the merger will not result in the removal of an effective competitor since the acquired business would have exited the market anyway—and does not apply to the circumstance reviewed here—i.e. the failure of the bioremediation business will result in the introduction of an effective competitor—the temporal concept is analogous.

c. Moreover, an important factor in merger review is whether timely future entry by potential competitors would likely occur to constrain a material price increase in the relevant market: Competition Bureau Canada, *Merger Enforcement Guidelines*, 2011, paragraph 7.1.

ou expansion est vraisemblable, il sera peu susceptible de conclure que le fusionnement risque fort d’empêcher sensiblement la concurrence.

[86] Les appelants contestent l’opinion du Tribunal selon laquelle la pénétration ou l’expansion doit vraisemblablement avoir lieu « dans des délais raisonnables ». Selon eux, l’analyse de la possibilité de pénétration ou d’expansion effectuée par le Tribunal doit se limiter au moment du fusionnement. L’examen de ce moyen d’appel doit reposer sur la norme de la décision correcte, étant donné que le critère juridique adéquat pour l’examen d’un fusionnement soupçonné d’empêcher la concurrence aux termes de l’article 92 est une question de droit.

[87] L’analyse requise pour examiner un fusionnement sous l’angle de l’empêchement de la concurrence aux termes de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence* est nécessairement prospective, notamment pour les raisons suivantes :

a. les termes employés à l’article 92, qui exigent du Tribunal qu’il détermine si un fusionnement « empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet » (non souligné dans l’original);

b. l’alinéa 93b) de la *Loi sur la concurrence*. Cet alinéa ajoute un facteur à envisager dans l’analyse effectuée au titre de l’article 92, soit la question de « la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l’entreprise ». Bien qu’il concerne le moyen de défense fondé sur la déconfiture de l’entreprise (le fusionnement n’aura pas pour effet d’éliminer un réel concurrent, puisque l’entreprise acquise se serait de toute façon retirée du marché) et ne s’applique pas à la situation examinée en l’espèce (la déconfiture de l’entreprise de biorestauration aura pour effet d’introduire un réel concurrent), le concept temporel est analogue;

c. par ailleurs, l’examen du fusionnement doit porter sur la question importante de savoir si des concurrents éventuels seraient susceptibles de s’implanter sur le marché d’une manière qui empêche une hausse appréciable des prix sur le marché pertinent (Bureau de la

All these factors require the Tribunal to take into account future events likely to occur after the date of the impugned merger.

[88] The Tribunal was thus correct in concluding that while “poised entry” should be considered by taking into account the date of the merger, it need not be limited to that date. Rather, as set out in the analytical framework adopted by the Tribunal, the analysis may require that the Tribunal look into the future to ascertain whether the entry into the market would have occurred within a reasonable period of time, given the dynamics of the firm at issue and the characteristics of the market in question.

[89] But what is a reasonable period of time? As noted by Crampton C.J., at paragraph 382 of his concurring opinion, this will necessarily vary from case to case and will depend on the business under consideration. However, certain guidelines should be followed to ascertain an appropriate temporal framework for “poised entry” in any given “prevention” case.

[90] First, the time frame must be discernible. It will be insufficient to conclude that an acquired firm could have possibly entered the market at some future date. Rather, what is required is a clear and discernible time frame for market entry. This need not, however, be a precisely calibrated determination.

[91] Second, the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue. As noted in *BOC International, Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), at page 29, a case dealing with a similar provision contained in the U.S. *Clayton Act*, 15 U.S.C. §18 (1977), “it seems necessary ... that the finding of probable entry at least contain some reasonable temporal estimate related to the near future, with ‘near’ defined in terms of the entry barriers and lead time necessary for entry in the particular industry, and that the finding be supported by substantial evidence in the record.” I accept this approach insofar as it serves as

concurrence du Canada, *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi*, 2011, paragraphe 7.1).

Tous ces facteurs obligent le Tribunal à tenir compte des faits susceptibles de se produire après la date du fusionnement contesté.

[88] Le Tribunal avait donc raison de conclure qu’il fallait envisager la « pénétration prochaine » en tenant compte de la date du fusionnement, sans nécessairement se limiter à cette date. En fait, comme il est indiqué dans le cadre d’analyse adopté par le Tribunal, l’analyse peut exiger du Tribunal qu’il envisage l’avenir afin de vérifier si la pénétration du marché aurait eu lieu dans un délai raisonnable, étant donné la dynamique de la société en cause et les caractéristiques du marché pertinent.

[89] Mais qu’entend-on par délai raisonnable? Comme le signale le juge en chef Paul Crampton, au paragraphe 382 de son opinion concordante, la définition de ce concept varie nécessairement d’une affaire à l’autre et dépend du type d’entreprise en cause. Il convient toutefois de suivre certaines lignes directrices afin d’établir un cadre temporel approprié pour la « pénétration prochaine » dans chaque affaire d’« empêchement ».

[90] D’abord, le délai doit être discernable. Il est insuffisant de conclure qu’une société acquise aurait éventuellement pu pénétrer le marché à une date future indéterminée. Il faut plutôt inscrire la pénétration du marché dans un délai clair et discernable. Il ne s’agit cependant pas de fixer une date précise.

[91] Ensuite, le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question. Comme il est indiqué dans une décision rendue dans une affaire semblable, soumise à une disposition comparable de la *Clayton Act* des États-Unis, 15 U.S.C. §18 (1977), *BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), à la page 29 [TRADUCTION] « il semble nécessaire [...] que, pour en arriver à une conclusion de pénétration probable, on ait au moins une estimation temporelle raisonnable relativement à un proche avenir, le qualificatif “proche” étant défini par rapport aux obstacles à la pénétration et aux délais requis

a guidepost and not as a fixed temporal rule. There may indeed be rare situations where it may be appropriate to expand the temporal analysis of poised entry beyond the temporal dimension of the barriers to market entry. In such circumstances, the Tribunal will be required to clearly justify why the entry is still “poised” at this later date. However, in most cases the temporal dimension of market entry should serve as an appropriate guidepost. Additional guideposts should not be excluded, but what these are, if any, is better left to be decided in other appropriate cases.

[92] In this case, the Tribunal discerned a clear time frame under which the Babkirk site would enter the market for secure landfills. It identified the chain of intermediary steps required to determine this within a timeline starting from the moment the merger took place. It further determined the timeline when each step would occur based on its assessment of the evidence submitted by the parties: at paragraphs 197 to 209 of the reasons.

[93] The Tribunal found that had the merger not occurred, the vendors would have operated a bioremediation facility with a half-cell secure landfill by October 2011, but that operation would not have been pursued for more than one year: reasons, at paragraphs 200 to 206. The Tribunal further found that by October 2012, the vendors would have begun competition with Tervita’s Silverberry secure landfill by accepting more waste into their half-cell secure landfill. The Tribunal also concluded that the vendors would have either (a) transformed and expanded their operation at the Babkirk site in order to operate a full-service secure landfill operation at least by the spring of 2013, or (b) sold to a third party who would have operated such an operation at least by that time: reasons, at paragraphs 207 to 209 and 215.

[94] This discernible time frame for entry into the market was also well within the temporal framework of

pour la pénétration dans l’industrie en question, et que la conclusion repose sur une preuve substantielle au dossier ». J’admets cette approche, dans la mesure où elle sert de ligne directrice, et non pas de règle temporelle coulée dans le béton. En effet, il peut arriver, dans quelques rares cas, qu’il convienne d’élargir l’analyse temporelle de la pénétration prochaine au-delà de la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché. Dans un tel cas, le Tribunal doit justifier clairement les raisons qui, selon lui, font que la pénétration du marché demeure « prochaine », malgré la date tardive. Dans la majorité des cas, cependant, la dimension temporelle de la pénétration du marché devrait servir de ligne de conduite. Cela dit, il ne faut pas exclure d’autres lignes de conduite, mais il est préférable, le cas échéant, de les établir dans les affaires pertinentes.

[92] En l’espèce, le Tribunal discernait un délai évident à l’intérieur duquel le site Babkirk pénétrerait le marché des sites d’enfouissement sécuritaires. Il a défini la chaîne d’étapes intermédiaires requises pour y arriver à l’intérieur d’un certain délai à compter de la date du fusionnement. Il a en outre fixé l’échéance de chacune des étapes, d’après son évaluation de la preuve soumise par les parties (aux paragraphes 197 à 209 des motifs).

[93] Le Tribunal a conclu qu’en l’absence de fusionnement, les vendeurs auraient commencé à exploiter une installation de biorestauration associée à une demi-cellule d’enfouissement sécuritaire au plus tard en octobre 2011, mais qu’ils ne l’auraient pas exploitée plus d’un an (motifs, aux paragraphes 200 à 206). Le Tribunal a en outre conclu qu’au plus tard en octobre 2012, les vendeurs auraient commencé à concurrencer le site Silverberry de Tervita en acceptant davantage de déchets dans leur demi-cellule d’enfouissement sécuritaire. Selon le Tribunal, les vendeurs auraient : a) soit transformé et agrandi leurs installations au site Babkirk de manière à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire à service complet au plus tard au printemps 2013; b) soit vendu le site à une tierce partie qui aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire à service complet, au moins dans les mêmes délais (motifs, aux paragraphes 207 à 209 et 215).

[94] Par ailleurs, ce délai discernable de pénétration du marché s’inscrivait résolument dans le cadre

the barriers to market entry. The Tribunal found that it would take a new entrant at least 30 months to open a new secure landfill: reasons, at paragraph 222. The entry of the Babkirk site into the secure landfill market would thus have been achieved well within this time frame. The impugned merger closed in January of 2011. The Tribunal found that approximately 21 months after the close of the merger—by October 2012—the Babkirk site would have entered the concerned market and started to compete with the Silverberry secure landfill, and that it would have been transformed into a full-service secure landfill at the latest within six months thereafter.

(3) *Did the Tribunal engage in unfounded speculation regarding possible future events?*

[95] The appellants add in their appeal A-457-12 (dealing with questions of fact) that these findings by the Tribunal were not supported by the evidence adduced at the hearing. The appellants submit that the Tribunal engaged in unbridled speculation about future events by expanding its analysis to include a review of the feasibility and profitability of the vendors contemplated bioremediation business; concluding that this business would fail; and further concluding that the Babkirk site would be operated as a full-service hazardous waste secure storage facility by the spring of 2013. I disagree.

[96] This ground of appeal raises questions of fact or of mixed law and fact, and is therefore to be reviewed on a standard of reasonableness.

[97] The Tribunal's findings concerning the difficulties associated with bioremediation in NE British Columbia were supported by abundant evidence, not least of which was the expert evidence of Mark Polet, an environmental biologist with specialized knowledge and 33 years of experience in environmental assessment, remediation and reclamation, as well as waste facility management development. He testified that bioremediation is ineffective in NE British Columbia,

temporel des obstacles à la pénétration du marché. Le Tribunal a estimé qu'un nouvel arrivant aurait besoin d'au moins 30 mois pour ouvrir un nouveau site d'enfouissement sécuritaire (motifs, au paragraphe 222). La pénétration du marché de l'enfouissement sécuritaire par le site Babkirk aurait été réalisée bien en deçà de ce délai. Le fusionnement contesté a été finalisé en janvier 2011. Le Tribunal a estimé qu'environ 21 mois après la clôture du fusionnement, soit en octobre 2012, le site Babkirk aurait pénétré le marché en question et commencé à livrer concurrence au site d'enfouissement sécuritaire Silverberry; il se serait transformé en site d'enfouissement sécuritaire à service complet au plus tard six mois après.

3) *Le Tribunal s'est-il livré à des spéculations non fondées quant à d'éventuels événements futurs?*

[95] Dans l'appel relatif au dossier A-457-12 (ayant traité aux questions de fait), les appelants ajoutent que la preuve présentée à l'audience n'appuie aucunement ces conclusions du Tribunal. Les appelants soutiennent que le Tribunal s'est livré à des spéculations effrénées quant aux événements futurs en élargissant son analyse pour y inclure l'examen de la faisabilité et de la rentabilité de l'entreprise de biorestauration envisagée par les vendeurs, en concluant à l'échec futur de cette entreprise et en concluant en outre que le site Babkirk deviendrait une installation de stockage sécuritaire des déchets dangereux à service complet au plus tard au printemps 2013. Je ne suis pas de cet avis.

[96] Ce moyen d'appel soulève des questions de fait ou des questions de droit et de fait. À ce titre, il doit être examiné en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[97] Les conclusions du Tribunal quant aux difficultés associées à la biorestauration dans le N.-E. de la Colombie-Britannique sont soutenues par une preuve abondante, dont la moindre n'est pas le témoignage d'expert livré par Mark Polet, biologiste de l'environnement ayant des connaissances spécialisées et 33 années d'expérience en évaluation environnementale, en assainissement et en remise en état, ainsi qu'en aménagement d'installations de gestion des déchets. Dans son

and confirmed that it does not work on salts and metals, the types of contaminants that are typical of the hazardous waste produced through oil and gas operations: expert report of Mark Polet, A.B., Vol. 22, at pages 7558 and 7559, paragraphs 28 to 31. Moreover, a civil servant with the British Columbia Ministry of the Environment, Del Reinheimer, testified that he “was somewhat skeptical about the proposed treatment” and “expected that the treatment operations weren’t going to be as successful as they [the vendors] had hoped, and that much of the waste would end up in the landfill”: A.B., Vol. 30, at page 10012.

[98] The vendors’ business plan was based on securing customers and selling treated waste for use as cover at municipal landfills. Yet, they were unable to identify customers willing to transport hazardous waste to the Babkirk site for bioremediation treatment. Nor could they identify any municipal purchasers willing to pay them for treated landfill waste. The vendors recognized that they would have to charge customers significantly more for bioremediation than Tervita would charge for disposal in a secure landfill: see testimony of Karen Baker, A.B., Vol. 31, at pages 10592 to 10597. The evidence from third party oil and gas producers was that they would not consider transporting hazardous waste for bioremediation treatment: see testimony of [omitted], A.B., Vol. 29, at pages 9580 and 9581; testimony of [omitted], A.B., Vol. 31, at page 10438.

[99] The Tribunal relied on market dynamics and the lack of customers to conclude that the vendors’ business plan for bioremediation would fail. There was abundant evidence before the Tribunal on which it could base this conclusion. The Tribunal’s expertise lies in economics

témoignage, il a déclaré que la biorestauration était inefficace dans le N.-E. de la Colombie-Britannique et confirmé qu’elle ne convient ni aux sels, ni aux métaux, soit les types de contaminants que l’on retrouve normalement dans les déchets dangereux générés par l’exploitation pétrolière et gazière (rapport d’expertise de Mark Polet, dossier d’appel, vol. 22, aux pages 7558 et 7559, paragraphes 28 à 31). Par ailleurs, Del Reinheimer, fonctionnaire du ministère de l’Environnement de la Colombie-Britannique, a déclaré dans son témoignage qu’il était [TRADUCTION] « quelque peu sceptique à propos du traitement proposé » et qu’il s’attendait « à ce que les activités de traitement ne réussissent pas aussi bien qu’ils [les vendeurs] ne l’espéraient et qu’une grande partie des déchets aboutissent dans le site d’enfouissement » (dossier d’appel, vol. 30, à la page 10012).

[98] Le plan d’affaires des vendeurs supposait l’acquisition d’une clientèle et la vente des déchets traités à des sites d’enfouissement municipaux, qui les auraient utilisés comme matériau de couverture. Pourtant, les vendeurs n’ont réussi à identifier aucun client disposé à transporter des déchets dangereux au site Babkirk, à des fins de biorestauration. Ils n’ont pas non plus été en mesure de nommer des acheteurs municipaux disposés à payer pour les déchets valorisés. Les vendeurs ont reconnu qu’ils devraient facturer à leurs clients un prix de biorestauration sensiblement plus élevé que celui facturé par Tervita pour l’élimination des déchets dans un site d’enfouissement sécuritaire (voir le témoignage de Karen Baker, dossier d’appel, vol. 31, aux pages 10592 à 10597). La preuve soumise par des tiers producteurs de pétrole et de gaz naturel indique que ceux-ci n’avaient aucune intention de transporter leurs déchets dangereux à des fins de biorestauration : (voir le témoignage de [supprimé], dossier d’appel, vol. 29, aux pages 9580 et 9581; et le témoignage de [supprimé], dossier d’appel, vol. 31, à la page 10438).

[99] Se basant sur la dynamique du marché et l’insuffisance de la clientèle, le Tribunal a conclu que le plan d’affaires de l’entreprise de biorestauration des vendeurs échouerait. Le Tribunal disposait d’une preuve abondante à l’appui de cette conclusion. Reconnu pour son

and commerce, and its assessment of market dynamics deserve special deference.

[100] The Tribunal's 12 month timeline (October 2011 to October 2012) during which the vendors would be ready to operate an unprofitable bioremediation operation at the Babkirk site was consistent with the vendor's own timeline estimates. The minutes of the meeting of the vendors held on March 20, 2010, just after the secure landfill permit for the Babkirk site had been issued, indicate that the vendors "[n]eed [a] 12 month season to see how well bioremediation works": reasons, at paragraph 171; see also meeting minutes, A.B., Vol. 24, at page 8159.

[101] The Tribunal's finding that the vendors would be able to switch from a bioremediation operation to a secure landfill operation as of October of 2012 is also abundantly supported by the evidence. A full-service landfill operation can be developed one cell at a time, and it is common in the business to build a new cell only once an existing cell is almost full: see testimony of Rene Amirault, A.B., Vol. 30, at pages 10161 to 10163; testimony of Dr. Michael Baye, A.B., Vol. 30, at page 9949; testimony of Del Reinheimer, A.B., Vol. 30, at pages 10012 and 10013. Accordingly, as of October 2012, the vendors could have begun their secure landfill operation with the 125 000 tonnes half-cell they would have constructed, and then continued to expand their secure landfill operation as more capacity was needed.

[102] Moreover, there was abundant evidence before the Tribunal to confirm that the market for hazardous waste disposal in the area was expanding, and that the Babkirk site was well situated to service that market. Indeed, Tervita itself stated through its representatives that it had acquired the Babkirk site for this very purpose: see witness statement of Richard Lane, A.B., Vol. 25, at pages 8365 and 8367, paragraphs 8 and 16;

expertise en économie et en commerce, le Tribunal a effectué une évaluation de la dynamique du marché qui mérite une déférence particulière.

[100] La période de 12 mois (d'octobre 2011 à octobre 2012) durant laquelle le Tribunal estime que les vendeurs auraient été disposés à exploiter une installation de biorestauration non rentable sur le site Babkirk concorde avec les estimations des vendeurs. D'après le procès-verbal de la réunion des vendeurs tenue le 20 mars 2010, juste après la délivrance du permis de site d'enfouissement sécuritaire au site Babkirk, les vendeurs [TRADUCTION] « ont besoin d'une saison de 12 mois pour vérifier la rentabilité de la biorestauration » (motifs, au paragraphe 171; voir aussi le procès-verbal de la réunion, dossier d'appel, vol. 24, à la page 8159).

[101] Une preuve amplement suffisante appuyée en outre la conclusion du Tribunal selon laquelle les vendeurs auraient été en mesure de transformer l'installation de biorestauration en un site d'enfouissement sécuritaire en octobre 2012. Il est possible d'aménager un site d'enfouissement à service complet une cellule à la fois et il est courant dans l'industrie d'attendre qu'une cellule soit presque remplie avant d'en construire une nouvelle (voir le témoignage de Rene Amirault, dossier d'appel, vol. 30, aux pages 10161 à 10163; le témoignage de Michael Baye, dossier d'appel, vol. 30, à la page 9949; et le témoignage de Del Reinheimer, dossier d'appel, vol. 30, aux pages 10012 et 10013). De cette manière, à compter d'octobre 2012, les vendeurs auraient pu commencer à exploiter leur site d'enfouissement sécuritaire en utilisant la demi-cellule de 125 000 tonnes qu'ils auraient construite, puis continué d'augmenter la capacité de leur site d'enfouissement sécuritaire en fonction de la demande.

[102] Par ailleurs, de nombreux éléments de preuve présentés au Tribunal confirment l'essor du marché de l'élimination des déchets dangereux dans la région et la situation géographique avantageuse du site Babkirk au regard du marché à desservir. En fait, Tervita a elle-même affirmé, par la bouche de ses représentants, qu'elle avait acquis le site Babkirk précisément à cette fin (voir la déposition de témoin de Richard Lane, dossier

witness statement of Daniel Wallace, A.B., Vol 27, at page 8865, paragraph 7.

[103] Likewise, there was evidence to support the Tribunal's inference that the Babkirk site could have been sold to a third-party secure landfill operator sometime after October 2012. The Commissioner's expert, Dr. Michael Baye, testified that the Babkirk site would be valuable and attractive to businesses experienced in operating secure landfills: A.B., Vol. 29, at pages 9857 and 9858. The President and CEO [Chief Executive Officer] of SES stated that Babkirk was an attractive asset: witness statement of Rene Amirault, A.B., Vol. 20, at page 6487, paragraph 17. Moreover, Tervita itself advocated divestiture rather than dissolution, an indication that it believed that third-party purchasers would be interested in the Babkirk site.

[104] In any event, in light of the Tribunal's findings that the Babkirk site was a valuable asset if operated as a secure landfill, that secure landfill demand was deemed to be expanding in the area, and that the regulatory barriers for permitting a secure landfill are high, it was not an unreasonable inference that the vendors would have found a buyer for the Babkirk site had they decided not to operate themselves a full-service secure landfill at that site.

(4) Reversing the onus and shifting the burden of proof

[105] As a final ground of appeal challenging the Tribunal's section 92 merger review analysis, the appellants submit that the Tribunal placed on them and the vendors the burden of proving the economic viability of the bioremediation operation at the Babkirk site, thus erroneously reversing the burden of proof on this matter.

[106] The appellants principally rely for this ground of appeal on the Tribunal's comments in its reasons, at

d'appel, vol. 25, aux pages 8365 et 8367, paragraphes 8 et 16; et la déposition de témoin de Daniel Wallace, dossier d'appel, vol. 27, à la page 8865, paragraphe 7).

[103] De même, la preuve présentée permettait au Tribunal d'inférer que le site Babkirk aurait pu être vendu à un tiers exploitant de site d'enfouissement sécuritaire après octobre 2012. L'expert de la commissaire, M. Michael Baye, a témoigné que le site Babkirk serait une acquisition intéressante et attrayante pour les entreprises dotées d'expérience en exploitation de sites d'enfouissement sécuritaires (dossier d'appel, vol. 29, aux pages 9857 et 9858). Le président-directeur général de SES a déclaré que Babkirk était un actif attrayant (témoignage de Rene Amirault, dossier d'appel, vol. 20, à la page 6487, paragraphe 17). En outre, comme Tervita préconisait elle-même le dessaisissement plutôt que la dissolution, on peut présumer qu'elle croyait que des tiers acheteurs s'intéresseraient au site Babkirk.

[104] Quoi qu'il en soit, vu les conclusions du Tribunal selon lesquelles le site Babkirk était un actif intéressant dans la mesure où on l'exploitait en tant que site d'enfouissement sécuritaire, la demande d'enfouissement sécuritaire était considérée en hausse dans la région, et la réglementation posait des obstacles difficiles à franchir pour l'obtention d'un permis de site d'enfouissement sécuritaire, il n'était pas déraisonnable d'inférer que les vendeurs auraient trouvé un acheteur pour le site Babkirk s'ils avaient décidé de ne pas exploiter eux-mêmes un site d'enfouissement sécuritaire à service complet à cet endroit.

4) Inversion du fardeau de la preuve

[105] Comme dernier moyen d'appel remettant en question l'analyse du fusionnement effectuée par le Tribunal au titre de l'article 92, les appellants soutiennent que le Tribunal leur a imposé, à eux et aux vendeurs, le fardeau de prouver la viabilité économique d'une installation de biorestoration sur le site Babkirk et, ce faisant, a erronément inversé le fardeau de la preuve dans la présente affaire.

[106] À l'appui de ce moyen d'appel, les appellants invoquent principalement les observations suivantes faites par

paragraph 202: “There was no evidence that any companies are paying to transport waste to offsite bioremediation facilities in NEBC [and] the Vendors did not call evidence from any prospective customers to say that they would be prepared to truck their waste to the Babkirk Facility for bioremediation”, and at paragraph 204: “there was no evidence from any potential purchasers who might have bought treated waste from Complete for use as cover for municipal dumps or as backfill for excavations.”

[107] The burden of proving both that a merging firm is a “poised entrant” in a specific market, and that an impugned merger involving that firm is likely to prevent competition substantially in that market, rests with the Commissioner. This flows from the general burden imposed on the Commissioner under section 92 of the *Competition Act*.

[108] In this case, the Tribunal did not extensively discuss the burden of proof under a section 92 merger review, but implicitly accepted that the burden lay with the Commissioner: see notably paragraphs 59 and 125 of the reasons. Moreover, in his concurring reasons, Crampton C.J. explicitly and correctly stated that the burden was on the Commissioner to establish, on a balance of probabilities, that “but for” the merger, one of the merging parties likely would have entered or expanded within the relevant market within a reasonable period of time, and on a sufficient scale, to effect either a material reduction of prices or a material increase in one or more levels of non-price competition, in a material part of the market: reasons, at paragraph 386. It is implicit in the Tribunal’s reasons that this approach to the burden of proof was applied by the Tribunal as a whole.

[109] In addition, the Tribunal’s comments made at paragraphs 202 and 204 of its reasons, reproduced above, do not show that the Tribunal shifted the burden

le Tribunal dans ses motifs a) au paragraphe 202 : [TRADUCTION] « rien n’indique que des entreprises paient pour transporter des déchets vers des installations de restauration hors site dans le N.-E. de la Colombie-Britannique [...] [et] les vendeurs n’ont appelé aucun client potentiel à témoigner de son intention de transporter ses déchets par camion jusqu’à l’installation de Babkirk à des fins de biorestauration »; et b) au paragraphe 204 : [TRADUCTION] « aucun acheteur potentiel n’est venu témoigner de son éventuelle intention d’acquérir des déchets valorisés de Complete dans le but de les utiliser comme matériau de couverture dans des décharges municipales ou comme matériau de remblai dans des sites excavés. »

[107] Il incombe à la commissaire de prouver à la fois qu’une société fusionnée est un « nouveau venu prêt à pénétrer » un marché particulier et qu’il est vraisemblable qu’un fusionnement contesté auquel prend part cette société empêchera sensiblement la concurrence dans ce marché. Cette opinion découle du fardeau général imposé à la commissaire en vertu de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*.

[108] En l’espèce, le Tribunal n’approfondit pas la question du fardeau de la preuve dans son analyse du fusionnement au titre de l’article 92, mais admet implicitement que le fardeau revient à la commissaire (voir notamment les paragraphes 59 et 125 des motifs). En outre, dans ses motifs concourants, le juge en chef Crampton affirme explicitement et avec raison qu’il incombe à la commissaire d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’en l’absence hypothétique de fusionnement, une des parties fusionnées aurait pénétré le marché pertinent, ou y aurait élargi sa présence, dans un laps de temps raisonnable et à une échelle suffisante pour entraîner soit une réduction sensible des prix ou une augmentation sensible de la concurrence hors prix, à un ou à plusieurs niveaux, dans une portion sensible du marché (motifs, au paragraphe 386). Les motifs du Tribunal indiquent implicitement que cette approche du fardeau de la preuve a été adoptée par l’ensemble du Tribunal.

[109] Par ailleurs, les commentaires formulés par le Tribunal aux paragraphes 202 et 204 de ses motifs que j’ai reproduits plus haut ne permettent nullement de

away from the Commissioner. Placed in context, these comments simply reflect the conclusions of the Tribunal derived from the evidence, rather than some nefarious shifting of the burden of proof.

[110] The simple fact of the matter is that there was no evidence submitted of any company willing to pay for the transportation of hazardous waste to offsite bioremediation facilities in NE British Columbia. Rather, the evidence adduced before the Tribunal was to the contrary. Though the vendors had provided a list of potential customers for their bioremediation operation, a representative of the first potential client on that list testified that its philosophy was to dispose of hazardous waste in landfills, leading the Tribunal to conclude that it was not a potential customer for the vendors' bioremediation operation: reasons, at paragraph 202. Moreover, and as noted above, there was abundant evidence submitted to the Tribunal showing that bioremediation was not a feasible alternative to a secure landfill, and that oil and gas producers would not consider transporting hazardous waste for bioremediation treatment.

[111] The Tribunal's comment concerning the lack of evidence from potential municipal purchasers who might have bought waste treated at the Babkirk site results from the fact that the only potential purchaser which the vendors had identified for this purpose was shown to be actually unwilling to pay for the treated waste: see Exhibit D to the witness statement of Scott Watson, A.B., Vol. 25, at page 8453; testimony of Randy Wolsey, A.B., Vol. 32, at pages 11035 to 11038.

[112] Read in their overall context, the comments of the Tribunal do not demonstrate that the Tribunal shifted the burden of proof away from the Commissioner.

penser que le Tribunal a dispensé la commissaire de son obligation de s'acquitter du fardeau qui lui incombait. Remis dans leur contexte, ces commentaires ne font que traduire les conclusions que le Tribunal a tirées de la preuve; il ne s'agit pas d'un vil transfert du fardeau de la preuve.

[110] Une chose est claire : le Tribunal n'a reçu aucune preuve qu'une entreprise était disposée à payer pour faire transporter des déchets dangereux vers des installations de biorestauration hors site dans le N.-E. de la Colombie-Britannique. En fait, la preuve présentée au Tribunal tend plutôt à indiquer le contraire. Bien que les vendeurs aient fourni une liste de clients potentiels pour leurs services de biorestauration, un représentant du premier client potentiel de cette liste a affirmé devant le Tribunal que son entreprise avait comme principe d'éliminer ses déchets dangereux dans des sites d'enfouissement, ce qui a porté le Tribunal à conclure que l'entreprise en question ne pouvait être considérée comme un client potentiel de l'installation de biorestauration des vendeurs (motifs, au paragraphe 202). En outre, comme nous l'avons déjà signalé, le Tribunal a reçu une preuve abondante montrant que la biorestauration n'était pas une solution réaliste pour remplacer un site d'enfouissement sécuritaire et que les producteurs de pétrole et de gaz naturel n'avaient aucune intention de transporter leurs déchets dangereux à des fins de biorestauration.

[111] Le commentaire du Tribunal à propos de l'absence de témoignages d'éventuels acheteurs municipaux qui auraient pu se procurer des déchets valorisés au site Babkirk résulte du fait que le seul acheteur potentiel que les vendeurs ont identifié à cette fin s'est montré réfractaire à l'idée de payer pour des déchets valorisés (voir la pièce D, témoignage de Scott Watson, dossier d'appel, vol. 25, à la page 8453; et le témoignage de Randy Wolsey, dossier d'appel, vol. 32, aux pages 11035 à 11038).

[112] Lorsqu'on les replace dans leur contexte global, les propos du Tribunal ne permettent pas de penser que celui-ci a dispensé la commissaire de son obligation de s'acquitter de son fardeau de la preuve.

Alleged errors in the Tribunal's analysis under section 96

[113] Section 96 of the *Competition Act* requires the Tribunal to determine, through a balancing test, whether the gains in efficiency resulting from a merger are greater than and offset its anti-competitive effects: *Superior Propane No. 2*, at paragraph 75. The Commissioner bears the burden of proving the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger. The party raising the gains in efficiency defence bears the burden of proving that the gains in efficiency brought about or likely to be brought about by the merger will be greater than and will offset these effects: *Superior Propane No. 2*, at paragraphs 149 to 154.

(5) *Did the Tribunal err and breach the rules of procedural fairness by considering the Commissioner's "deadweight loss" quantification?*

[114] The Tribunal found that the Commissioner had failed to produce evidence on the quantification of the anti-competitive effects resulting from the merger, but nevertheless allowed the Commissioner to provide some calculations relating to some effects in a reply report. The appellants submit that this amounts to an error in law and a breach of procedural fairness.

[115] Indeed, the Tribunal rejected the Commissioner's submission that the quantification of the anti-competitive effects need only be submitted once the gains in efficiency of the merger had been established. It also found that there was no doubt from the beginning of the proceedings that Tervita was mounting a defence based on gains in efficiency: reasons, at paragraphs 236 to 241. The Tribunal then made the following directions to the Commissioner [at paragraph 244]:

Indeed, where the necessary data can be obtained, the Commissioner will be expected in future cases to provide estimates of market elasticity and the merged entity's own-price elasticity of demand in her case in chief. These estimates

Erreurs reprochées au Tribunal quant à l'analyse qu'il a effectuée au titre de l'article 96

[113] Aux termes de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal doit décider, en appliquant un critère de pondération, si les gains en efficience qui résultent d'un fusionnement surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels (*Supérieur Propane n° 2*, au paragraphe 75). Il revient à la commissaire de prouver les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. La partie qui invoque les gains en efficience comme argument de défense assume le fardeau de prouver que les gains en efficience qui découleront certainement ou vraisemblablement du fusionnement surpasseront et neutraliseront ces effets (*Supérieur Propane n° 2*, aux paragraphes 149 à 154).

5) *Le Tribunal a-t-il erré et manqué aux principes d'équité procédurale en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » par la commissaire?*

[114] Le Tribunal a conclu que la commissaire avait omis de présenter des preuves à propos de la quantification des effets anticoncurrentiels résultant du fusionnement, mais il a néanmoins permis à la commissaire, dans son rapport présenté en réplique, de soumettre des calculs relatifs à certains effets. Les appelants soutiennent que cette permission constitue une erreur de droit et contrevient aux principes d'équité procédurale.

[115] Effectivement, le Tribunal a rejeté l'observation de la commissaire, selon laquelle la quantification des effets anticoncurrentiels n'avait à être présentée qu'après que l'on avait établi les gains en efficience découlant du fusionnement. Il a en outre estimé que, depuis le début de l'audience, il ne faisait aucun doute que Tervita préparait une défense fondée sur les gains en efficience (motifs, aux paragraphes 236 à 241). Le Tribunal a ensuite formulé les instructions suivantes à l'intention de la commissaire [au paragraphe 244] :

[TRADUCTION] En fait, lorsqu'il est possible d'obtenir les données nécessaires, le Tribunal s'attendra, dans les affaires à venir, à ce que la commissaire fournisse des estimations de l'élasticité du marché et des données d'élasticité de la demande

facilitate the calculation of the magnitude of the output reduction and price effects likely to result from the merger. They are also necessary in order to calculate the deadweight loss (“DWL”) that will likely result from the output reduction and relevant price effects. [Emphasis added.]

[116] Nevertheless, the Tribunal allowed the Commissioner to submit a rough estimate and calculations of the “deadweight loss” which were included in a reply expert report: see reply/responding report of Michael R. Baye, A.B., Vol. 18, at pages 5973 to 5976, paragraphs 10 to 14.

[117] Tervita was provided no opportunity to formally respond to the Commissioner’s estimate and calculations set out in that reply report. Tervita argued before the Tribunal that as a result, and as a matter of substantive and procedural fairness, it had been effectively denied a right of response to the quantification of the anti-competitive effects, and that its ability to properly meet its own burden under section 96 of the *Competition Act* had been compromised. Consequently, Tervita asked the Tribunal to conclude that there were no quantified anti-competitive effects resulting from the impugned merger: reasons, at paragraph 234.

[118] The Tribunal recognized that in this case “the Commissioner failed to meet her burden”: reasons, at paragraph 246. Nevertheless, the Tribunal refused to accede to Tervita’s request that it consider as nil the quantifiable anti-competitive effects. In the Tribunal’s view, Tervita had not been prejudiced by the Commissioner’s failure: reasons, at paragraphs 246 and 288.

[119] Tervita now appeals to this Court on this ground.

[120] The issue here is not whether the Tribunal erred in determining who assumed the burden of proving the anti-competitive effects of the merger, since the Tribunal was clearly of the view that the burden belonged to the Commissioner: reasons, at paragraph 243. Rather, the issue is whether the Tribunal erred in determining how

par rapport au prix, établies par l’entité fusionnée, dans sa preuve principale. Ces estimations facilitent le calcul de l’ampleur de la réduction des extrants et des effets sur les prix qui résulteront vraisemblablement du fusionnement. En outre, elles sont nécessaires pour calculer la perte sèche qui découlera vraisemblablement de la réduction des extrants et des effets pertinents sur les prix [...] [Non souligné dans l’original.]

[116] Le Tribunal a néanmoins permis à la commissaire de lui soumettre une estimation et des calculs approximatifs de la « perte sèche » dans son rapport d’expertise en réplique (voir le rapport d’expertise en réplique de Michael R. Baye, dossier d’appel, vol. 18, aux pages 5973 à 5976, paragraphes 10 à 14).

[117] Tervita n’a pas eu l’occasion de répondre officiellement à l’estimation et aux calculs fournis par la commissaire dans son rapport soumis en réplique. Tervita a fait valoir devant le Tribunal qu’en conséquence, tant sur le plan du fond que sur le plan de l’équité procédurale, elle avait effectivement été privée de son droit de répondre à la quantification des effets anticoncurrentiels et que sa capacité de s’acquitter comme il se doit du fardeau que lui impose l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* s’en est trouvée compromise. Par conséquent, Tervita a demandé au Tribunal de conclure que le fusionnement contesté n’avait eu aucun effet anticoncurrentiel quantifié (motifs, au paragraphe 234).

[118] Le Tribunal a reconnu qu’en l’espèce [TRADUCTION] « la commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait » (motifs, au paragraphe 246). Le Tribunal a néanmoins refusé d’accéder à la demande de Tervita qui souhaitait qu’il considère que les effets anticoncurrentiels quantifiables étaient nuls. Suivant le Tribunal, Tervita n’avait subi aucun préjudice par suite de l’omission de la commissaire (motifs, aux paragraphes 246 et 288).

[119] Tervita en appelle maintenant à notre Cour.

[120] La question qui se pose en l’espèce n’est pas celle de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant sur qui reposait le fardeau d’établir les effets anticoncurrentiels du fusionnement, étant donné que le Tribunal était de toute évidence d’avis que ce fardeau incombait à la commissaire (motifs, au paragraphe 243).

that burden was to be discharged. In other words, did the Tribunal err by allowing the Commissioner to discharge her burden through a reply expert report setting out a “rough estimate” of the “deadweight loss” resulting from the merger?

[121] I have difficulty reconciling the apparently contradictory positions taken by the Tribunal regarding this issue. On the one hand, the Tribunal clearly acknowledged the prejudicial effect by determining:

a. that the failure by the Commissioner to submit her calculations of the anti-competitive effects “meant that [Tervita] did not have a figure for the Effects and was obliged to serve its expert report on efficiencies with no ability to take a position about whether the number it calculated for its total efficiencies was greater than the Effects”: reasons, at paragraph 234;

b. that “there was insufficient time before the hearing to permit [Tervita] to move to strike Dr. Baye’s [the Commissioner’s expert] report or to seek leave to file a further report in response to the Commissioner’s quantification of the Effects”: reasons, at paragraph 235;

c. that “estimates of market elasticity and the merged entity’s own-price elasticity of demand are ... necessary in order to calculate the deadweight loss ... that will likely result from the output reduction and related price effects”: reasons, at paragraph 244;

d. that “prudence dictates that a range of plausible elasticities should be calculated, to assist the Tribunal to understand the sensitivity of the Commissioner’s estimates to changes in those elasticities” and that “rough estimates” could only be submitted, “if the data required to reliably estimate the elasticities cannot reasonably be obtained”: reasons, at paragraph 245;

La question est plutôt de savoir si le Tribunal a commis une erreur en déterminant comment il fallait s’acquitter de ce fardeau. En d’autres termes, le Tribunal a-t-il commis une erreur en permettant à la commissaire de s’acquitter de ce fardeau en produisant en réplique un rapport d’expert proposant une « estimation approximative » de la « perte sèche » résultant du fusionnement?

[121] J’arrive difficilement à concilier les positions apparemment contradictoires adoptées par le Tribunal sur cette question. D’une part, le Tribunal a clairement reconnu l’effet préjudiciable en concluant :

a. qu’en omettant de soumettre ses calculs sur les effets anticoncurrentiels, la commissaire a empêché Tervita [TRADUCTION] « de disposer d’un nombre pour quantifier les effets, l’obligeant ainsi à signifier son rapport d’expertise sur l’efficacité sans pouvoir affirmer si, selon ses calculs, l’efficacité totale serait supérieure aux effets » (motifs, au paragraphe 234);

b. que Tervita [TRADUCTION] « n’a pas eu suffisamment de temps avant l’audience pour faire les démarches qui lui auraient permis d’attaquer le rapport de M. Baye [l’expert de la commissaire] ou de demander l’autorisation de soumettre un autre rapport pour répondre à la quantification des effets par la commissaire » (motifs, au paragraphe 235);

c. que [TRADUCTION] « l’estimation de l’élasticité du marché et les données d’élasticité de la demande par rapport au prix, calculées par l’entité fusionnée, [...] sont [...] nécessaires pour calculer la perte sèche [...] susceptible de résulter de la réduction des extrants et des effets connexes sur les prix » (motifs, au paragraphe 244);

d. que [TRADUCTION] « la prudence impose de calculer toute une gamme d’élasticités plausibles, afin d’aider le Tribunal à comprendre la sensibilité des estimations de la commissaire aux variations de ces élasticités » et que des estimations approximatives ne pouvaient être soumises que [TRADUCTION] « dans l’impossibilité raisonnable d’obtenir les données requises pour estimer les élasticités de manière fiable » (motifs, au paragraphe 245);

e. and that “the Commissioner failed to meet her burden”: reasons, at paragraph 246.

[122] On the other hand, the Tribunal swept away all these serious failures. It justified this approach on two grounds.

[123] First, it found that Tervita had suffered no prejudice because: (i) “instead of doing the required independent analysis of elasticities, Dr. Baye relied on his assumed price decrease of at least 10% and on certain assumptions used by Dr. Kahwaty [Tervita’s expert] in calculating [Tervita’s] claimed market expansion efficiencies”; and (ii) “Dr. Kahwaty was able to effectively attack Dr. Baye’s [deadweight loss] calculation on various grounds, including his failure to base them on conventional calculations of elasticities when he could have obtained the data necessary to perform those calculations”: reasons, at paragraph 246.

[124] The fact that the Commissioner relied on a clearly deficient methodology, which Tervita’s expert was able to identify as an error, cannot lead to the conclusion that Tervita was not prejudiced when that admittedly deficient methodology was nevertheless ultimately accepted by the Tribunal. In this case, the Tribunal itself found that estimates of market elasticity and the merged entity’s own-price elasticity of demand are necessary in order to calculate the “deadweight loss”. The Tribunal also recognized that a range of plausible elasticities are required in order to understand the sensitivity of the Commissioner’s estimates. Without those estimates, the “deadweight loss” could not be properly calculated by the Commissioner, and Tervita could not adequately challenge the calculations.

[125] Tervita’s expert clearly highlighted the dilemma in his testimony. Dr. Baye had indeed submitted estimates of potential market expansion based on Dr. Kahwaty’s calculations. However, Dr. Kahwaty cogently observed that his calculations were themselves based on unsupported assumptions which did not necessarily allow for a proper determination in the absence of

e. et que [TRADUCTION] « la commissaire a omis d’assumer son fardeau » (motifs, au paragraphe 246).

[122] D’autre part, le Tribunal a balayé tous ces manquements graves sur le fondement de deux motifs pour justifier cette approche.

[123] D’abord, il a estimé que Tervita n’avait subi aucun préjudice, étant donné ce qui suit : [TRADUCTION] i) « au lieu de réaliser une analyse indépendante des élasticités, comme il aurait dû le faire, M. Baye s’est basé sur sa propre hypothèse d’une diminution de prix d’au moins 10 p. 100 et sur certaines hypothèses employées par M. Kahwaty [l’expert de Tervita] pour calculer l’efficience devant résulter [selon Tervita] de l’expansion du marché »; ii) [TRADUCTION] « M. Kahwaty a réussi à mettre sérieusement en doute les calculs de M. Baye [à propos des pertes sèches] pour divers motifs, y compris son incapacité à les fonder sur des calculs conventionnels de l’élasticité, alors qu’il aurait pu obtenir les données nécessaires à cette fin » (motifs, au paragraphe 246).

[124] Le fait que la commissaire ait fondé son argumentation sur une méthodologie clairement déficiente — erreur relevée par l’expert de Tervita — ne peut être invoqué pour conclure que Tervita n’a subi aucun préjudice lorsque le Tribunal a quand même fini par admettre cette méthodologie, malgré ses lacunes reconnues. Dans ce cas, le Tribunal a lui-même estimé que, pour calculer la « perte sèche », il était nécessaire de disposer d’estimations de l’élasticité du marché et des données d’élasticité de la demande par rapport au prix établi par l’entité fusionnée. Le Tribunal a également reconnu qu’il fallait disposer d’une gamme d’élasticités plausibles pour comprendre la sensibilité des estimations de la commissaire. Sans ces estimations, la commissaire ne pouvait calculer convenablement la « perte sèche » et Tervita ne pouvait contester adéquatement les calculs.

[125] L’expert de Tervita a clairement relevé le dilemme dans son témoignage. M. Baye avait en effet soumis des estimations de l’expansion possible du marché, fondées sur les calculs de M. Kahwaty. Dans une observation pertinente, M. Kahwaty a cependant signalé que ses calculs se fondaient eux-mêmes sur des hypothèses non étayées qui ne permettaient pas nécessairement de

an adequate market demand elasticity study: testimony of Dr. Kahwaty, A.B., Vol. 34, at pages 11492 to 11494. The following exchange between the Tribunal and Dr. Kahwaty is instructive (A.B., Vol. 34, at page 11495):

JUSTICE CRAMPTON: In the absence of this type of customer-specific elasticity data, how could one go about calculating a dead weight loss?

DR. KAHWATY: In the absence of customer-specific elasticity or good market elasticity, I mean, I just don't know how you would do that. You need the shape of the demand curve to figure out dead weight loss. You need the shape of the demand curve. You need elasticity.

JUSTICE CRAMPTON: You're saying it can't be done?

DR. KAWATY: You can't do it.

[126] Second, the Tribunal found that even if it accepted Tervita's submission that zero weighting should be given to the quantitative anti-competitive effects, "it would not necessarily follow that the Tribunal would find that the *offset* element of section 96 has been established on a balance of probabilities" since "the loss of dynamic competition will always merit some non-trivial qualitative weighting in the trade-off assessment" and "in this case, the Commissioner adduced evidence of *qualitative* Effects": reasons, at paragraphs 247 and 248 [emphasis added].

[127] The Tribunal appears to have confused here the offset or balancing analysis required under section 96 (which is more fully discussed below) with the Commissioner's burden to prove the anti-competitive effects of the merger, including the quantification of the "deadweight loss". Whether Tervita must still meet its burden to establish that the gains in efficiency were greater than and offset the quantitative and qualitative anti-competitive effects has no bearing whatsoever on the principle that the Commissioner bears the burden of quantifying the quantitative effects. That Tervita holds the ultimate burden of establishing the offset between gains in efficiency and anti-competitive effects does not relieve the Commissioner of her burden to prove the

résoudre correctement la question en l'absence d'étude adéquate sur l'élasticité de la demande du marché : témoignage de M. Kahwaty, dossier d'appel, vol. 34, aux pages 11492 à 11494. L'échange suivant, entre le Tribunal et M. Kahwaty, est révélateur (dossier d'appel, vol. 34, à la page 11495) :

[TRADUCTION]

LE JUGE CRAMPTON : En l'absence de ce genre de données d'élasticité propres à la clientèle, comment pourrait-on calculer une perte sèche?

M. KAHWATY : En l'absence de données d'élasticité propres à la clientèle ou de solides données sur l'élasticité du marché, je ne sais vraiment pas comment on ferait. Pour déterminer la perte sèche, il faut tracer la courbe de demande. Il faut voir la forme de la courbe de demande. Il faut connaître l'élasticité.

LE JUGE CRAMPTON : Selon vous, ce n'est pas possible?

M. KAWATY : Ce n'est pas possible.

[126] Ensuite, le Tribunal a estimé que, même s'il admettait l'argument de Tervita, selon lequel il ne faut accorder aucun poids aux effets anticoncurrentiels quantitatifs [TRADUCTION] « il ne s'ensuivrait pas nécessairement que l'élément de *neutralisation* de l'article 96 a été établi selon la prépondérance des probabilités », puisque « la perte de concurrence dynamique méritera toujours un certain poids non négligeable dans l'évaluation des concessions » et que « dans cette affaire, la commissaire a soumis des preuves d'effets *qualitatifs* » (motifs, aux paragraphes 247 à 248 [italique ajouté]).

[127] Ici, le Tribunal semble avoir confondu l'analyse de la neutralisation ou de la pondération exigée par l'article 96 — sur laquelle nous reviendrons plus en détail plus loin — et le fardeau qui incombe à la commissaire de prouver les effets anticoncurrentiels du fusionnement, notamment en quantifiant la « perte sèche ». Le fait que Tervita doive ou ne doive pas se charger quand même d'établir que les gains en efficience surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs ne change rien au fardeau qui incombe à la commissaire de quantifier les effets quantitatifs. Le fait qu'au bout du compte, il revienne à Tervita d'établir la neutralisation des effets anticoncurrentiels par les gains en efficience ne dégage nullement

anti-competitive effects and to quantify those effects where possible.

[128] In effect, the Tribunal recognized that the Commissioner had failed to meet her burden of properly quantifying the “deadweight loss”, but nevertheless accepted an admittedly deficient calculation as a “rough estimate” of the loss resulting from the reduction in dynamic competition which would result from the merger.

[129] With respect, the Tribunal’s overall approach to the quantification of the “deadweight loss” negated the Commissioner’s legal burden to quantify, where possible, the anti-competitive effects.

[130] In this case, the Commissioner did not discharge her burden to quantify the “deadweight loss” resulting from the merger, and the Tribunal erred by allowing her to correct that failure through a reply report using an admittedly deficient methodology. The Tribunal compounded that error by not allowing Tervita an opportunity to formally respond to that report. As a result, the Tribunal should have concluded that the “deadweight loss” had not been properly quantified, and that consequently the weight to be attributed to it was not zero, as the appellants submit, but was rather undetermined.

(6) Did the Tribunal err by not considering the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger?

[131] Transportation gains in efficiency are productive gains in efficiency realized by the customers who are closer to the Babkirk site than to Tervita’s Silverberry secure landfill. Since Tervita acquired the site allegedly to open a full-service secure landfill operation there, customers located closer to that site would achieve transportation cost savings: reasons, at paragraph 251. Tervita asserted that it could have operated a secure landfill at the Babkirk site by the spring of 2012. Under the Tribunal’s divestiture order, it would have been

la commissaire du fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels et de les quantifier autant que possible.

[128] Effectivement, le Tribunal a reconnu que la commissaire avait manqué à son devoir de quantifier adéquatement la « perte sèche », mais a néanmoins admis des calculs reconnus déficients à titre d’« estimation approximative » des pertes qui résulteraient du fusionnement par suite de la réduction de la concurrence dynamique.

[129] En toute déférence, l’approche générale du Tribunal en matière de quantification de la « perte sèche » a réduit à néant le fardeau juridique qui incombait à la commissaire de quantifier autant que possible les effets anticoncurrentiels.

[130] En l’espèce, la commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de quantifier la « perte sèche » résultant du fusionnement et le Tribunal a commis une erreur en lui permettant de corriger cette omission en produisant en réplique un rapport qui utilisait une méthodologie dont il était admis qu’elle était déficiente. Le Tribunal a aggravé cette erreur en n’accordant pas à Tervita la possibilité de répondre formellement à ce rapport. Par conséquent, le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n’avait pas été quantifiée correctement et qu’en conséquence la valeur qui devait y être attribuée n’était pas égale à zéro, comme le prétendent les appelants, mais qu’elle était indéterminée.

6) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte des gains en efficience résultant du fusionnement procurés par une année de transport et une année d’expansion du marché?

[131] En matière de transport, les gains en efficience consistent en des gains de productivité réalisés par les clients qui se trouvent plus près du site Babkirk que du site d’enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. Étant donné que Tervita aurait acquis le site en vue d’y ouvrir un site d’enfouissement sécuritaire à service complet, les clients situés plus près de ce site que de l’autre auraient réalisé des économies au chapitre du transport (motifs, au paragraphe 251). Tervita a affirmé qu’elle aurait pu exploiter un site d’enfouissement sécuritaire

unlikely that a third-party purchaser could have operated the Babkirk site as a full-service secure landfill before the spring of 2013. Consequently, additional transportation savings could have been achieved by Tervita for the one year period it would have operated the site earlier than a purchaser acquiring the site under a divestiture order, *i.e.* from the spring 2012 to the spring 2013. The transportation gains in efficiency for that one-year period were estimated as likely to be between [omitted] and [omitted]: reasons, at paragraph 271.

[132] Market expansion gains in efficiency result from additional hazardous waste which would be transported for disposal at the Babkirk site operating as a secure landfill. Since there are significant costs and risks associated with transporting such waste over long distances to the Silverberry secure landfill, a site requiring a shorter transportation route (such as the Babkirk site) would attract more hazardous waste than would otherwise have been disposed of at Silverberry: reasons, at paragraph 252. Like the transportation gains in efficiency, Tervita would have only achieved additional market expansion gains in efficiency for the one-year period it would have operated the Babkirk site as a secure landfill earlier than an eventual purchaser under a divestiture order, *i.e.* from the spring 2012 to the spring 2013. The market expansion gains in efficiency for that one-year period were estimated as likely to be [omitted]: reasons, at paragraph 271.

[133] The Tribunal found these one-year gains in efficiency to be the result of delays in the implementation of its order, and concluded that it would be contrary to the purposes of the *Competition Act* to recognize them: reasons, at paragraphs 269 and 270.

au site Babkirk au printemps 2012 ou avant. En vertu de l'ordonnance de dessaisissement du Tribunal, il aurait été peu vraisemblable qu'une tierce partie acheteuse puisse exploiter le site Babkirk en tant que site d'enfouissement sécuritaire à service complet avant le printemps 2013. Par conséquent, Tervita aurait pu susciter des économies supplémentaires au chapitre du transport pendant l'année d'exploitation supplémentaire dont elle aurait profité par rapport à un acheteur ayant acquis le site en vertu d'une ordonnance de dessaisissement, soit entre le printemps 2012 et le printemps 2013. Selon toute vraisemblance, les gains en efficacité relatifs au transport pour cette période d'un an auraient été de l'ordre de [supprimé] à [supprimé] (motifs, au paragraphe 271).

[132] En ce qui concerne l'expansion du marché, les gains en efficacité découlent de la quantité supplémentaire de déchets dangereux qui seraient transportés au site d'enfouissement sécuritaire de Babkirk à des fins d'élimination. Étant donné les coûts et les risques considérables associés au transport de ce type de déchets sur un trajet aussi long que celui qui mène au site d'enfouissement sécuritaire Silverberry, un site moins éloigné (comme le site Babkirk) aurait l'avantage de réduire le trajet et d'attirer ainsi davantage de déchets dangereux que ne le ferait le seul site Silverberry (motifs, au paragraphe 252). Comme dans le cas des gains en efficacité relatifs au transport, Tervita aurait réalisé des gains en efficacité supplémentaires relatifs à l'expansion du marché en exploitant le site Babkirk en tant que site d'enfouissement sécuritaire à service complet pendant une année de plus que ne l'aurait pu un acheteur ayant acquis le site en vertu d'une ordonnance de dessaisissement, soit entre le printemps 2012 et le printemps 2013. Selon toute vraisemblance, les gains en efficacité relatifs à l'expansion du marché pour cette période d'un an auraient été de l'ordre de [supprimé] (motifs, au paragraphe 271).

[133] Le Tribunal a estimé que ces gains en efficacité d'un an découleraient du délai de mise en application de son ordonnance et conclut qu'il serait contraire à l'intention de la *Loi sur la concurrence* de les reconnaître (motifs, aux paragraphes 269 et 270).

[134] In my view, the Tribunal correctly refused to consider both these gains in efficiency.

[135] Indeed, the only reason that Tervita could possibly have achieved transportation and market expansion gains in efficiency with the Babkirk site for the one-year period extending from the spring 2012 to the spring 2013—and a purchaser of that site under the Tribunal’s order could not have achieved similar gains in efficiency—was the time required for the Tribunal to render a decision and to effect the actual divestiture of the Babkirk site into the hands of a third-party secure landfill operator. I agree with the Tribunal that it would be contrary to the overall scheme of the *Competition Act* to consider order implementation gains in efficiency since the results of a merger review under that Act should not be driven by the delays required to properly implement a divestiture order from the Tribunal resulting from such a review.

[136] There is also another reason for which I would not consider these one-year gains in efficiency.

[137] Under subsection 96(1) of the *Competition Act*, the Tribunal must find “that the merger ... has brought about or is likely to bring about gains in efficienc[ies]” [emphasis added]. Thus, gains in efficiency claimed for the period *preceding* the merger review decision must have been *in fact* achieved in order to be recognized (“has brought about”). Gains in efficiency claimed for the period *subsequent* to the merger review decision must be *likely* to be achieved (“likely to bring about”). Possible gains in efficiency which could have been brought about prior to the merger review decision, but were not actually achieved, are consequently not considered. This is because the gains in efficiency defence rests on the premise that the trade-off between merger gains in efficiency and anti-competitive effects must actually benefit the Canadian economy.

[134] À mon avis, le Tribunal avait raison, dans ces deux cas, de refuser de prendre en considération ces gains en efficience.

[135] En fait, la seule raison qui aurait permis à Tervita de réaliser des gains en efficience au chapitre du transport et de l’expansion du marché en exploitant le site Babkirk du printemps 2012 au printemps 2013, et empêché un acquéreur de ce site en vertu de l’ordonnance du Tribunal de réaliser des gains en efficience comparables, est le délai requis pour que le Tribunal rende sa décision et effectue le dessaisissement du site Babkirk aux mains d’une tierce partie prête à l’exploiter en tant que site d’enfouissement sécuritaire. Comme le Tribunal, j’estime qu’il serait contraire à l’objectif global de la *Loi sur la concurrence* de prendre en considération des gains en efficience découlant de la mise en application d’une ordonnance, étant donné que les résultats de l’examen d’un fusionnement aux termes de la Loi ne devraient pas être dictés par les délais requis pour mettre correctement en application une ordonnance de dessaisissement formulée par le Tribunal par suite de cet examen.

[136] Une autre raison m’incite à refuser de prendre en considération ces gains en efficience d’un an.

[137] Aux termes du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal doit conclure que le fusionnement « a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficience » [non souligné dans l’original]. Ainsi, les gains en efficience revendiqués pour la période *précédant* la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent avoir été *en fait* réalisés pour pouvoir être reconnus (« a eu pour effet »). Les gains en efficience revendiqués pour la période *postérieure* à la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent *vraisemblablement* avoir été réalisés (« aura vraisemblablement pour effet »). Les éventuels gains en efficience qui auraient été réalisés avant la décision prise à l’issue de l’examen du fusionnement, mais qui n’ont pas été effectivement réalisés n’entrent donc pas en considération. Cette situation tient au fait que le moyen de défense tiré des gains en efficience repose sur la prémisse que le compromis entre les gains en efficience que procure le fusionnement et les effets anticoncurrentiels doit se concrétiser par un avantage réel pour l’économie canadienne.

[138] Tervita has admittedly still not started to build or operate a secure landfill operation at the Babbirk site. Consequently, the one-year transportation and market expansion gains in efficiency have not in fact been realized by Tervita, and will now never be realized. As things now stand, these gains in efficiency are irremediably lost for the Canadian economy. They should therefore not be considered in the balancing exercise required under section 96 of the *Competition Act*.

(7) *Did the Tribunal err in its section 96 offset methodology?*

[139] The methodology adopted by the Tribunal for determining whether the gains in efficiency could offset the anti-competitive effects was a subjective balancing exercise comparing the magnitude of the gains in efficiency to the magnitude of the effects. It explained its methodology as follows, at paragraph 309 of its reasons:

The Tribunal considers that the terms “greater than” and “offset” [in section 96 of the *Competition Act*] each contemplate both quantifiable and non-quantifiable (i.e. qualitative) efficiencies. In the Tribunal’s view, “greater than” connotes that the efficiencies must be of a larger magnitude, or more extensive than, the effects referred to in section 96. This contemplates a balancing of commensurables, even if some of the efficiencies being balanced are not capable of accurate or rough quantification. By contrast, the term “offset” is broad enough to connote a balancing of incommensurables (e.g., apples and oranges) that requires the exercise of subjective judgment to determine whether the efficiencies compensate for the likely effects referred to in section 96.

[140] The Tribunal went even further with this subjective balancing methodology by adding that even quantitative effects which had not been in fact quantified—because of shortcomings in the evidence or where the Commissioner had failed to meet her evidentiary burden—could nevertheless be given *qualitative* weight in certain circumstances as a result of the subjective judgment used to determine whether the gains in efficiency offset the anti-competitive effects (reasons, at

[138] Tervita a admis ne pas avoir encore commencé à construire ou à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babbirk. Par conséquent, les gains d’une année de transport et d’une année d’expansion du marché ne se sont pas matérialisés dans le cas de Tervita et ne se concrétiseront jamais. Dans l’état actuel des choses, ces gains en efficacité sont irrémédiablement perdus pour l’économie canadienne. On ne devrait donc pas en tenir compte dans le cadre de l’analyse de la pondération exigée par l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*.

7) *Le Tribunal a-t-il commis une erreur en appliquant sa méthode de neutralisation fondée sur l’article 96?*

[139] La méthode adoptée par le Tribunal pour déterminer si les gains en efficacité pouvaient neutraliser les effets anticoncurrentiels était une démarche de pondération subjective consistant à comparer l’ampleur des gains en efficacité avec l’ampleur des conséquences. Voici comment le Tribunal explique sa méthodologie au paragraphe 309 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le Tribunal estime que les verbes « surpasseront » et « neutraliseront » [à l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*] visent à la fois des gains en efficacité quantifiables et des gains en efficacité non quantifiables (c.-à-d. dans ce dernier cas, des gains en efficacité qualitatifs). Suivant le Tribunal, en employant le mot « surpasseront » le législateur voulait dire que les gains en efficacité doivent être supérieurs aux effets visés à l’article 96, ce qui impliquait une pondération d’éléments comparables, et ce, même si certains des gains en efficacité pondérés ne se prêtent pas à une quantification précise ou même approximative. Par contraste, le terme « neutraliseront » est suffisamment large pour englober la pondération d’éléments non comparables (p. ex., des pommes et des oranges), ce qui suppose l’exercice d’un jugement subjectif pour déterminer si les gains en efficacité compensent les effets probables visés à l’article 96.

[140] Le Tribunal est allé même plus loin avec cette méthode de pondération subjective en ajoutant que même les effets quantitatifs qui n’avaient pas en fait été quantifiés — en raison des lacunes de la preuve ou dans les cas où la commissaire ne s’était pas acquittée de son fardeau de la preuve — pouvaient néanmoins se voir accorder une certaine valeur *qualitative* dans certaines circonstances en recourant à une appréciation subjective pour déterminer si les gains en efficacité compensent

paragraph 287; see also concurring opinion of Crampton C.J., at paragraphs 408 and 409):

Where, as in this case, the pre-existing market situation is characterized by a monopoly and the Tribunal is not provided with sufficient persuasive evidence to enable it to quantify the Effects associated with such market power, it will be open to the Tribunal to give qualitative weight to those Effects.

[141] In exercising its subjective judgment under the framework it developed, the Tribunal gave considerable weight to the qualitative anti-competitive effects of the merger. This allowed the Tribunal to conclude that even if no weighting were given to the quantitative effects, Tervita would still not have met its burden of satisfactorily demonstrating the offset requirement of section 96 of the *Competition Act*. The Tribunal's reasoning in this regard is instructive [reasons, at paragraphs 313 to 317]:

Given the Tribunal's conclusion that the Merger would result in a number of important qualitative or other non-quantifiable effects, and that it would not likely bring about significant qualitative, cognizable, efficiencies, it is also readily apparent that the combined quantitative and qualitative efficiencies are not likely to be "greater than" the combined quantitative and qualitative Effects.

In addition, the Tribunal is persuaded, on a balance of probabilities, that even if a zero weighting is given to the *quantifiable* Effects, as CCS [Tervita] submitted should be done, CCS has not satisfied the "offset" element of section 96. In short, the Tribunal is satisfied that the very minor *quantitative* efficiencies, ([omitted] annually) that are cognizable, together with any qualitative or other non-quantifiable efficiencies that may be cognizable, would not "offset" the significant qualitative Effects that it has found are likely to result from the Merger.

This conclusion would remain the same even if the Tribunal were to accept and give full weight to the Order Implementation Efficiencies, which only amount to a maximum of [omitted] (which represents one year of transportation cost savings) plus [omitted] (which represents one year of annual market expansion efficiencies).

les effets anticoncurrentiels (motifs, au paragraphe 287; voir également l'opinion concordante du juge en chef Crampton, aux paragraphes 408 et 409) :

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, la situation pré-existante du marché se caractérise par un monopole et que le Tribunal ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve convaincants pour lui permettre de quantifier les effets associés à ce pouvoir de marché, il est loisible au Tribunal d'accorder une valeur qualitative aux effets en question.

[141] Pour recourir à son appréciation subjective dans le cadre qu'il a lui-même élaboré, le Tribunal a accordé beaucoup de poids aux effets anticoncurrentiels qualitatifs du fusionnement, ce qui lui a permis de conclure que, même si l'on n'accordait aucune valeur aux effets quantitatifs, Tervita se serait quand même acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer de façon satisfaisante les exigences de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* en ce qui concerne la neutralisation. Le raisonnement suivi par le Tribunal à cet égard est instructif [motifs, aux paragraphes 313 à 317] :

[TRADUCTION] Compte tenu de la conclusion du Tribunal suivant laquelle le fusionnement entraînerait plusieurs effets importants sur le plan qualitatif ainsi que d'autres effets non quantifiables, et compte tenu également du fait que le fusionnement ne permettrait vraisemblablement pas de réaliser des gains en efficacité qualitatifs reconnus importants, il est également évident que les gains quantitatifs et qualitatifs combinés ne « surpasseront » pas les effets quantitatifs et qualitatifs combinés.

De plus, le Tribunal est convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que même si l'on n'accorde aucune valeur aux effets *quantifiables*, comme CCS [Tervita] affirme qu'on devrait le faire, CCS n'a pas satisfait à l'aspect « neutralisation » de l'article 96. En résumé, le Tribunal est convaincu que les gains en efficacité *quantitatifs* très négligeables de [omis] annuellement qui peuvent être reconnus, ajoutés à tout gain en efficacité qualitatif et à tout autre gain non quantifiable qui peuvent être reconnus ne pourraient « surpasser » les effets qualitatifs importants qui résulteraient vraisemblablement du fusionnement.

Le Tribunal en viendrait à la même conclusion même s'il devait accepter et prendre en considération des gains en efficacité découlant de la mise en application d'une ordonnance qui n'équivaldraient au maximum qu'à [omis] (ce qui représente des épargnes d'une année de frais de transport) ainsi que [omis] (ce qui correspond aux épargnes d'une année d'expansion du marché).

This is because, in the Tribunal’s view, the qualitative Effects, when taken together merit substantial weight. That weight is greater than the weight attributable to the aggregate of the cognizable quantitative and qualitative efficiencies under any reasonable approach. In brief, those qualitative Effects are (i) reduced site clean-up and the benefits that such remediation would confer upon “area residents, wildlife, and the overall environment”; and, more importantly, (ii) reduced “value propositions” than would likely otherwise emerge in the relevant market, linking prices to various new or enhanced services.

Most importantly, in the absence of the Order, the Merger will maintain a monopolistic structure in the relevant market. In other words, the Merger will not only give rise to the qualitative effects summarized immediately above, but it will also preclude benefits of competition that will arise in ways that will defy prediction. [Italics in original.]

[142] The appellants challenge both the choice of methodology and its application by the Tribunal.

[143] They submit that it was not open to the Tribunal to develop and use a methodology which tipped the scale in favour of anti-competitive effects on the basis of an unreasoned and subjective assessment of qualitative effects. In the appellants’ view, the offset methodology must be *reasonable*; otherwise the scope of application of section 96 of the *Competition Act* would lack predictability and would be arbitrary.

[144] Turning to the application of this methodology by the Tribunal, the appellants further submit that:

(a) the first qualitative effect recognized by the Tribunal, dealing with qualitative environmental benefits, is not cognizable under the present structure of the *Competition Act*;

(b) the second qualitative effect recognized by the Tribunal, reduced “value propositions”, is in fact a quantitative effect which the Commissioner had the burden to quantify, but failed to do so; and

(c) by placing important weight to the monopolistic structure in the concerned market, as it did in

Suivant le Tribunal, cela s’explique par le fait qu’il y a lieu d’accorder beaucoup de valeur aux effets qualitatifs, lorsqu’on les examine globalement. Cette valeur est plus grande que celle attribuée à l’ensemble des gains en efficacité quantitative et qualitatifs reconnus, quelle que soit l’approche raisonnable adoptée. En bref, ces effets qualitatifs sont les suivants : (i) réduction de l’ampleur du nettoyage du site et avantages que cette restauration aurait sur [TRADUCTION] « les résidents du secteur, la faune et l’environnement en général » et, surtout, (ii) réduction des « propositions de valeur » qui se seraient autrement vraisemblablement présentées dans le marché pertinent, ce qui permettrait d’établir un lien entre les prix et les divers services nouveaux ou améliorés.

Mais surtout, si l’ordonnance demandée n’est pas prononcée, le fusionnement aura pour effet de perpétuer une structure monopolistique dans le marché pertinent. En d’autres termes, le fusionnement n’aura pas seulement comme conséquence les effets qualitatifs résumés ci-dessus, mais exclura les avantages susceptibles de découler de la concurrence, par des mécanismes impossibles à prévoir. [Italique dans l’original.]

[142] Les appelants contestent tant le choix de méthodologie que l’application que le Tribunal en a faite.

[143] Les appelants font valoir qu’il n’était pas loisible au Tribunal d’élaborer et d’utiliser une méthodologie qui faisait pencher la balance en faveur des effets anti-concurrentiels en se fondant sur une évaluation non raisonnée et subjective des effets qualitatifs. Suivant les appelants, la méthodologie doit être *raisonnable*, à défaut de quoi l’application de l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* serait imprévisible et arbitraire.

[144] Pour ce qui est de l’application que le Tribunal a faite de sa méthodologie, les appelants font par ailleurs valoir ce qui suit :

a) le premier effet qualitatif reconnu par le Tribunal et portant sur les avantages qualitatifs pour l’environnement n’est pas reconnu selon l’économie actuelle de la *Loi sur la concurrence*;

b) le deuxième effet qualitatif reconnu par le Tribunal, en l’occurrence, les « propositions de valeur », était en fait un effet quantitatif qu’il incombait à la commissaire de quantifier, ce qu’elle n’a pas fait;

c) en accordant autant d’importance à la structure monopolistique dans le marché pertinent, comme il l’a

paragraph 317 of its reasons, reproduced above, the Tribunal erred in law since the creation or maintenance of a monopoly is not, in itself, a distinct anti-competition effect under the *Competition Act*, notably in light of subsection 92(2).

[145] I will review these grounds in turn.

[146] Dealing first with the methodology, I agree with the Tribunal that the offset called for under section 96 of the *Competition Act* requires the Tribunal to balance both quantitative and non-quantitative (i.e. qualitative) gains in efficiency against both the quantitative and non-quantitative (i.e. qualitative) effects of any prevention or lessening of competition resulting or likely to result from the merger. I also agree with the Tribunal that the gains in efficiency must be of a larger magnitude than the effects referred to in section 96. I further agree that the “offset” element of section 96 requires that the overall gains in efficiency compensate for the overall anti-competitive effects, and that in this balancing exercise it is insufficient to simply state that the quantitative gains in efficiency exceed the quantitative effects. I also agree that, in light of the qualitative elements, this balancing exercise cannot be based solely on mathematical quantifications, though such quantifications are very important in order to ensure, whenever possible, that proper weight is attributed to any given efficiency or anti-competitive effect.

[147] However, I part company with the Tribunal when it favours a subjective balancing exercise for determining whether the gains in efficiency offset the anti-competitive effects. I agree with the appellants that the offset analysis must not be based on subjective judgment. The overall offset analysis under section 96 must be as *objective* as is reasonably possible, and where an objective determination cannot be made, it must be *reasonable*.

fait au paragraphe 317 de ses motifs, précité, le Tribunal a commis une erreur de droit, étant donné que la création ou la perpétuation d’un monopole ne constitue pas, en soi, un effet anticoncurrentiel distinct reconnu par la *Loi sur la concurrence*, notamment à la lumière du paragraphe 92(2).

[145] Je vais passer en revue chacun de ces arguments.

[146] Pour ce qui est tout d’abord de la méthodologie, je suis d’accord avec le Tribunal pour dire que la neutralisation exigée par l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* oblige le Tribunal à pondérer tant les gains en efficience quantitatifs et les gains en efficience non quantitatifs (c.-à-d. qualitatifs) que les effets quantitatifs et les effets non quantitatifs (c.-à-d. qualitatifs) de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. Je suis également d’accord avec le Tribunal pour dire que les gains en efficience doivent être supérieurs aux effets visés à l’article 96. Je suis également d’accord pour dire que l’élément de « neutralisation » prévu à l’article 96 exige que les gains en efficience surpassent dans l’ensemble les effets anticoncurrentiels et que, dans le cadre de cette démarche de pondération, il ne suffit pas de se contenter d’affirmer que les gains en efficience quantitatifs surpassent les effets quantitatifs. Je suis également d’accord pour dire qu’à la lumière des éléments qualitatifs, cette démarche de pondération ne peut être fondée uniquement sur des calculs mathématiques, bien que ces calculs soient très importants pour s’assurer, dans la mesure du possible, que l’on attribue la valeur qui convient à tout gain en efficience ou effet anticoncurrentiel.

[147] Je me dissocie toutefois du Tribunal lorsqu’il favorise une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels. Je suis d’accord avec les appelants pour dire que l’analyse de la neutralisation ne peut reposer sur une appréciation subjective. L’analyse globale de la neutralisation prévue à l’article 96 doit être aussi *objective* que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d’être *raisonnable*.

[148] An objective offset analysis means that the quantification of both gains in efficiency and anti-competitive effects must be carried out whenever it is reasonably possible to do so. When precise quantification is not reasonably possible for a given element, a rough estimate is to be preferred to a subjective judgment call. When neither a precise quantification nor a rough estimate is reasonably possible for a given element, then of course there will be a certain degree of discretion in attributing weight to any remaining qualitative gain in efficiency or effect, but this discretion must be curtailed and limited by the principles of reasonableness. In other words, any weight given to the remaining unquantifiable qualitative effects must be reasonable, i.e., it must be supported by the evidence, and the reasoning behind the Tribunal's weighting must be clearly articulated or otherwise discernible.

[149] This approach flows from the prior jurisprudence. My colleague Nadon J., as he then was, writing as a judicial member of the Tribunal in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417 (*Superior Propane* No. 3), at paragraph 233, opined that the degree of subjective judgment in the section 96 offset analysis should be reduced to the minimum possible. For that purpose, he found that the anti-competitive effects that are measurable should be estimated, and that the failure to do so would not lead the Tribunal to view them qualitatively.

[150] This approach was approved on appeal by Rothstein J.A., as he then was, writing for our Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529 (*Superior Propane* No. 4), at paragraphs 34 to 38. The issue there concerned the recognition of wealth transfers as effects of a merger, and their inclusion in the overall section 96 offset analysis. Rothstein J.A. notably stated the following, at paragraph 38 of *Superior Propane* No. 4:

[148] Pour s'assurer que l'analyse de la neutralisation soit objective, il faut, chaque fois qu'il est raisonnablement possible de le faire, quantifier tant les gains en efficience que les effets anticoncurrentiels. Lorsqu'il n'est pas raisonnablement possible de quantifier avec précision un élément donné, il y a lieu de préférer un chiffre approximatif à une appréciation subjective. Lorsqu'on ne peut raisonnablement quantifier avec précision un élément donné ou proposer un chiffre approximatif, il faut évidemment exercer son propre pouvoir d'appréciation et attribuer une valeur aux gains en efficience ou aux effets qualitatifs restants, mais ce pouvoir d'appréciation doit être restreint et circonscrit par les principes du caractère raisonnable. En d'autres termes, la valeur accordée aux effets qualitatifs non quantifiables restants doit être raisonnable, c'est-à-dire reposer sur la preuve, et le raisonnement sur lequel le Tribunal s'est fondé pour procéder à sa pondération doit être clairement articulé ou être autrement discernable.

[149] Cette manière d'envisager la question découle de la jurisprudence. Mon collègue, le juge Nadon, qui était alors juge à la Cour fédérale et écrivait en tant que juge membre du Tribunal de la concurrence dans la décision *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (*Supérieur Propane* n° 3), au paragraphe 233, s'est dit d'avis qu'on devait recourir le moins possible au type d'appréciation subjective permise dans le cadre de l'analyse de la neutralisation prévue à l'article 96. À cette fin, le juge Nadon a conclu que les effets anticoncurrentiels qui étaient mesurables devaient être estimés, et que leur non-estimation ne conduirait pas le Tribunal à les considérer comme qualitatifs.

[150] Le juge Rothstein, qui était alors juge à la Cour d'appel fédérale et qui s'exprimait au nom de notre Cour, a approuvé cette méthode dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529 (*Supérieur Propane* n° 4), aux paragraphes 34 à 38. Dans cette affaire, le débat tournait autour de la reconnaissance des transferts de richesse dans l'analyse des effets d'un fusionnement et de leur inclusion dans l'analyse globale de la neutralisation prévue à l'article 96. Le juge Rothstein a notamment déclaré ce qui suit, au paragraphe 38 de l'arrêt *Supérieur Propane* n° 4 :

Including the wealth transfer in the effects analysis necessarily involves a significant degree of subjective judgment. The Tribunal's goal appears to have been to minimize the degree of subjective judgment required in the effects assessment process under subsection 96(1). The Tribunal's insistence on quantification, where possible, is to enable it to make the most objective judgment that can be made in the circumstances. In my view, that is not unreasonable.

[151] The Tribunal has not clearly articulated in its reasons why the approach minimizing subjective judgment and favouring, where possible, an objective offset analysis—as prescribed in *Superior Propane* No. 3 and approved by our Court in *Superior Propane* No. 4—should now be discarded in favour of a methodology which favours the exercise of subjective judgment.

[152] In the absence of a cogent explanation demonstrating why subjective judgment should be favoured, I prefer to follow the prior jurisprudence calling for an offset methodology that is based, insofar as feasible, on objective determinations. Objective determinations are better suited for ensuring predictability in the application of the *Competition Act* and avoiding arbitrary decisions. Predictability is particularly important in merger reviews since most merger transactions are reviewed only by the Commissioner and rarely reach the Tribunal. A methodology which favours objective determinations whenever possible allows the parties to merger transactions and the Commissioner to more readily predict the impacts of a merger, discourages the use of arbitrary judgment in the process, and reduces overall uncertainty in the Canadian business community.

[153] I now turn to the application by the Tribunal of its offset methodology.

[154] The Tribunal considered reduced site clean-up and the resulting environmental benefits as qualitative effects of the merger.

L'inclusion du transfert de richesse dans l'analyse des effets suppose nécessairement un degré significatif de jugement subjectif. Le Tribunal semble avoir visé à minimiser le degré de jugement subjectif nécessaire dans le processus d'appréciation des effets dans le cadre du paragraphe 96(1). L'insistance du Tribunal sur l'estimation quantitative dans les cas où elle est possible vise à lui permettre de porter le jugement le plus objectif possible dans les circonstances. À mon avis, ce n'est pas déraisonnable.

[151] Le Tribunal n'a pas clairement expliqué dans ses motifs la raison pour laquelle il fallait désormais écarter la méthode qui consistait à minimiser l'appréciation subjective et à favoriser dans la mesure du possible une analyse de la neutralisation objective, comme le prescrit l'arrêt *Supérieur Propane* n° 3 et comme l'a confirmé notre Cour dans l'arrêt *Supérieur Propane* n° 4 — pour favoriser désormais une méthode préconisant une appréciation subjective.

[152] À défaut d'une explication convaincante démontrant la raison pour laquelle il convient de favoriser une démarche fondée sur une appréciation subjective, je préfère m'en tenir à la jurisprudence antérieure nous invitant à suivre une méthode de neutralisation fondée, dans la mesure du possible, sur une appréciation objective. L'appréciation objective favorise davantage la prévisibilité lorsqu'il s'agit d'appliquer la *Loi sur la concurrence* et d'éviter des décisions arbitraires. La prévisibilité revêt une importance particulière dans le cas de l'examen des fusionnements, étant donné que la plupart des fusionnements ne sont examinés que par le commissaire et qu'ils sont rarement soumis à l'examen du Tribunal. Une méthodologie qui favorise une appréciation objective dans tous les cas possibles permet aux parties à une opération de fusionnement et au commissaire de prédire plus aisément les répercussions d'un fusionnement, en plus de dissuader les jugements arbitraires et de diminuer l'incertitude générale dans le monde canadien des affaires.

[153] Je passe maintenant à l'application que le Tribunal a faite de sa méthodologie en ce qui concerne la neutralisation.

[154] Le Tribunal a considéré le nettoyage du site et les avantages en découlant pour l'environnement comme des effets qualitatifs du fusionnement.

[155] I question whether the environmental effects of a merger, where no economic effect is ascribed to them, can be taken into account in a merger review under the *Competition Act*. The purposes of the *Competition Act* are set out in its section 1.1, which refers solely to economic considerations: promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy; expanding opportunities for Canadian participation in world markets; ensuring that small and medium-size enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy; and providing consumers with competitive prices and product choices. Environmental concerns having no economic impact are not listed, nor are they otherwise considered under the *Competition Act*.

[156] Some may well find it desirable to include environmental values within a merger review. Nevertheless the introduction of such values into the *Competition Act* is a policy matter which properly belongs to Parliament to decide. I add that the Tribunal, in its present form, is not particularly well suited to decide environmental issues since its members (or at least its lay members) are chosen on the advice of persons who are knowledgeable in economics, industry, commerce and public affairs, but not necessarily in the environment: *Competition Tribunal Act*, subsection 3(3).

[157] However, the Tribunal did more than take into account non-economic environmental effects. The reduced site clean-up it referred to as a qualitative effect of the merger is the result of market expansion which is lost as a result of the merger. The Tribunal accepted that the 10 percent drop in tipping fees which would be brought about by competition between the Babkirk site and the Silverberry secure landfill would result in the disposal of approximately [omitted] additional tonnes of hazardous waste: reasons, at paragraph 298. The Tribunal had already treated this effect as part of the deficient “deadweight loss” analysis (reasons, at paragraphs 299 to 301). It then considered it again as a qualitative effect, when it should have instead

[155] Je me demande si l’on peut tenir compte, dans le cadre de l’examen d’un fusionnement effectué sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, des effets environnementaux d’un fusionnement lorsqu’aucun effet économique n’est associé aux effets environnementaux en question. Les objets de la *Loi sur la concurrence* sont énoncés à l’article 1.1 de cette loi, qui ne parle que de considérations d’ordre économique, à savoir : stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne, améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne et assurer au consommateur des prix compétitifs et un choix dans les produits. Les préoccupations environnementales qui n’ont pas de répercussions économiques ne font pas partie de cette liste et elles ne sont pas par ailleurs prises en compte dans la *Loi sur la concurrence*.

[156] Certains pourraient juger souhaitable d’incorporer les valeurs environnementales lors de l’examen des fusionnements. Quoiqu’il en soit, l’incorporation de ces valeurs dans la *Loi sur la concurrence* est une question de principe qui relève entièrement du législateur. Je tiens à ajouter que, dans sa forme actuelle, le Tribunal n’est pas particulièrement bien adapté pour trancher des questions environnementales puisque ses membres — du moins ceux qui ne sont pas juristes — sont des personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles, mais pas nécessairement dans les questions environnementales (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, paragraphe 3(3)).

[157] Le Tribunal ne s’est toutefois pas contenté de tenir compte des effets environnementaux non économiques. L’assainissement réduit de sites, que le Tribunal a qualifié d’effet qualitatif du fusionnement, résulte de la perte de l’expansion du marché par suite du fusionnement. Le Tribunal a accepté qu’une réduction de 10 p. 100 des redevances de déversement qui résulteraient de la concurrence entre le site Babkirk et le site d’enfouissement sanitaire de Silverberry se traduirait par l’élimination d’environ [supprimé] de tonnes supplémentaires de déchets dangereux (motifs, au paragraphe 298). Le Tribunal avait déjà examiné cette répercussion dans le cadre de son analyse déficiente de la « perte sèche » (motifs, aux paragraphes 299 à 301).

considered it only once as a quantitative anti-competitive effect that had not been appropriately quantified by the Commissioner.

[158] My comments above concerning the reduced site clean-up also apply to the reduced “value propositions” considered by the Tribunal as a second qualitative effect. “Value propositions” are offers Tervita would have made in a competitive environment to certain customers that would have amounted to either existing services being provided at lower prices, or new or enhanced services being provided, thus leading to a lower total cost for overall waste services used by such customers. These “value propositions” could have been quantified by the Commissioner, but were not in fact quantified, even roughly. At the very least, the Commissioner should have submitted evidence as to why she did not quantify this effect. The Tribunal nevertheless decided to consider these as qualitative effects. Again, this approach runs contrary to *Superior Propane* No. 3 and *Superior Propane* No. 4. A quantitative effect which has not in fact been quantified should not be considered as a qualitative effect since that may lead the Tribunal into a subjective overstatement of the weight the effect should be accorded in the offset balancing exercise required under section 96.

[159] This now brings me to the final issue raised by the appellants in this appeal: whether the Tribunal erred in law by considering Tervita’s monopoly as a distinct anti-competitive effect under the *Competition Act* by finding that “[m]ost importantly...the Merger will not only give rise to the qualitative effects summarized immediately above, but it will also preclude benefits of competition that will arise in ways that defy prediction”: reasons, at paragraph 317.

[160] Our Court has found that considering a monopoly as a distinct anti-competitive effect could result in double counting the anti-competitive effects

Il l’a reprise dans son analyse des effets qualitatifs, alors qu’il aurait plutôt dû en tenir compte une seule fois en tant qu’effet anticoncurrentiel quantitatif qui n’avait pas été quantifié de façon appropriée par la commissaire.

[158] Les observations que j’ai formulées au sujet de l’assainissement réduite de sites s’appliquent également aux « propositions de valeur » que le Tribunal a également considérées comme un effet qualitatif. Les « propositions de valeur » sont des offres que Tervita aurait faites dans un milieu compétitif à certains consommateurs, qui auraient permis d’offrir soit des services existants à des prix moins élevés, soit de nouveaux ou de meilleurs services, ce qui entraînerait une baisse du prix total des services de gestion des déchets utilisés par ces clients. Ces « propositions de valeur » auraient pu être quantifiées par la commissaire, mais ne l’ont pas été, même approximativement. La commissaire aurait pu à tout le moins présenter des éléments de preuve expliquant pourquoi elle n’avait pas quantifié cet effet. Le Tribunal a néanmoins décidé de tenir compte de ces éléments à titre d’effets qualitatifs. Là encore, cette façon de procéder va à l’encontre des décisions *Supérieur Propane* n° 3 et *Supérieur Propane* n° 4. Un effet quantitatif qui n’a pas été en réalité quantifié ne devrait pas être considéré comme un effet qualitatif, étant donné qu’il peut conduire le Tribunal à accorder subjectivement une valeur excessive à un effet dont il y a lieu de tenir compte dans l’analyse exigée par l’article 96.

[159] Ce qui m’amène à la dernière question soulevée par les appelants dans le présent appel, à savoir si le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant le monopole de Tervita comme un effet anticoncurrentiel distinct au sens de la *Loi sur la concurrence* et en estimant que [TRADUCTION] « surtout, [...] le fusionnement n’aura pas seulement comme conséquence les effets qualitatifs résumés ci-dessus, mais exclura les avantages susceptibles de découler de la concurrence, par des mécanismes impossibles à prévoir » (motifs, au paragraphe 317).

[160] Notre Cour a jugé que le fait de considérer un monopole comme un effet anticoncurrentiel distinct risquait de faire compter en double les effets

resulting from the merger. As noted by Rothstein J.A. in *Superior Propane* No. 4, at paragraphs 50 and 51:

In its redetermination decision, the Tribunal [in *Superior Propane* No. 3] noted that in its substantial lessening or prevention of competition approach, it had already taken into account a number of effects of the merger “i.e., deadweight loss, interdependent pricing, service quality etc.”. To consider these effects again, as arising from the monopoly condition, would be to double-count them. The Tribunal, therefore, concluded that for the additional effects of a monopoly to be taken into account, the Commissioner was required to provide evidence of effects that had not already been considered. However, the Tribunal found that the Commissioner had presented no evidence of such additional effects.

The question is one of evidence. If the condition of monopoly resulted in additional effects that had not already been taken into account by the Tribunal, there had to be evidence of those effects. In the absence of the Commissioner providing evidence of additional effects resulting from monopoly that had not already been introduced, I cannot say that the Tribunal erred in finding that a monopoly condition did not give rise to additional anti-competitive effects.

[161] Insofar as the Tribunal is taking into account the monopoly position of Tervita resulting from the merger without any evidence from the Commissioner of additional anti-competitive effects resulting from that monopoly, it has not followed the above quoted principles set out in *Superior Propane* No. 3 and *Superior Propane* No. 4.

The offset analysis

[162] The determination of whether the gains in efficiency resulting from the merger offset the anti-competitive effects is largely a fact-finding exercise to which appellate courts should generally show deference, unless the determination was based on an error of law or constituted a palpable or overriding error.

[163] In this case, the Tribunal erred in law in its section 96 analysis, notably by accepting a defective “deadweight” loss calculation, by using an overly subjective offset methodology, by treating as qualitative effects

anticoncurrentiels découlant d’un fusionnement. Ainsi que le juge Rothstein l’a fait observer dans l’arrêt *Supérieur Propane* n° 4, aux paragraphes 50 et 51 :

Dans sa décision à la suite du réexamen, le Tribunal a noté [dans l’arrêt *Supérieur Propane* n° 3] que, dans son analyse de l’empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, il avait déjà pris en compte un certain nombre des effets du fusionnement, « c’est-à-dire la perte sèche, la fixation interdépandante de prix, la qualité du service, etc. ». Prendre en considération ces effets une autre fois comme découlant de la situation de monopole équivaldrait à les compter en double. Le Tribunal a donc conclu que, pour que des effets additionnels du monopole soient pris en compte, le commissaire devait fournir la preuve d’effets qui n’avaient pas encore été pris en considération. Toutefois, le Tribunal a conclu que le commissaire n’avait pas présenté de preuve de tels effets additionnels.

Il s’agit d’une question de preuve. Si la situation de monopole entraîne des effets additionnels que le Tribunal n’avait pas déjà pris en compte, il fallait une preuve de ces effets. Le commissaire n’ayant pas fourni de preuve d’effets additionnels résultant du monopole qui n’avaient pas déjà été présentés, je ne puis dire que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’une situation de monopole n’entraîne pas d’effets anticoncurrentiels additionnels.

[161] Dans la mesure où le Tribunal tient compte de la situation de monopole occupée par Tervita grâce au fusionnement sans disposer d’élément de preuve de la commissaire quant aux effets anticoncurrentiels supplémentaires résultant de ce monopole, force est de conclure que le Tribunal n’a pas suivi les principes précités mentionnés dans les décisions *Supérieur Propane* n° 3 et *Supérieur Propane* n° 4.

L’analyse de la neutralisation

[162] La question de savoir si les gains en efficacité entraînés par le fusionnement surpassent les effets anticoncurrentiels est dans une large mesure un exercice d’appréciation des faits à l’égard duquel les juridictions d’appel devraient en principe faire preuve de déférence à moins que la décision ne repose sur une erreur de droit ou ne constitue une erreur déterminante ou dominante.

[163] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal a commis une erreur de droit dans son analyse de l’article 96, notamment en acceptant un calcul de la perte « sèche » fautif, en recourant à une méthodologie trop

certain quantitative effects which the Commissioner had failed to quantify, and by referring to qualitative environmental effects that are not cognizable under the *Competition Act*.

[164] In light of these errors, it is now necessary to consider whether the matter should be remitted to the Tribunal for a new determination in accordance with these reasons, or whether this Court should make a fresh assessment.

[165] In *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at paragraph 33, the Supreme Court of Canada found:

It is well established that appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record where they deem such an assessment to be in the interests of justice and feasible on a practical level....

The Supreme Court of Canada recently reiterated this approach in *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at paragraph 103.

[166] There is here a complete record on which to carry out a new determination of the offset. In order to avoid further prolonging the proceedings between these parties, I believe that the interests of justice would be best served if this Court finally decided the matter.

[167] In this case, the quantitative anti-competitive effects of the merger which have not been quantified by the Commissioner include the loss of market expansion resulting from competition and the “value propositions”. The fact that these effects have not been quantified does not mean that they do not exist or that zero value should be assigned to them. Rather, the lack of quantification simply means that the weight to be afforded to these effects is undetermined. A proper interpretation of section 96 of the *Competition Act* requires that the party bearing the burden of the offset analysis (in this case the appellants) must still demonstrate on a balance of probabilities that the gains in efficiency offset the anti-competitive effects.

subjective pour apprécier la « neutralisation », en qualifiant d’effets qualitatifs certains effets quantitatifs que la commissaire n’avait pas quantifiés et en mentionnant des effets environnementaux qualitatifs non reconnus par la *Loi sur la concurrence*.

[164] Compte tenu de ces erreurs, il est maintenant nécessaire de nous demander si la question devrait être déferée au Tribunal pour qu’il rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs ou si notre Cour devrait procéder à une nouvelle appréciation.

[165] Dans l’arrêt *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, au paragraphe 33, la Cour suprême du Canada a conclu :

Il est bien établi que les juridictions d’appel ont compétence pour apprécier à nouveau la preuve au dossier lorsqu’elles estiment qu’une telle appréciation est dans l’intérêt de la justice et qu’elle ne soulève pas d’obstacle en pratique [...]

La Cour suprême du Canada a récemment confirmé cette démarche dans l’arrêt *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, au paragraphe 103.

[166] Nous disposons en l’espèce d’un dossier complet qui nous permet de procéder à une nouvelle analyse de la neutralisation. Pour éviter de prolonger encore les procédures opposant les parties, j’estime qu’il est dans l’intérêt de la justice que notre Cour tranche le débat une fois pour toutes.

[167] Dans le cas qui nous occupe, les effets anticoncurrentiels quantitatifs du fusionnement qui n’ont pas été quantifiés par la commissaire comprennent la perte de l’expansion du marché résultant de la concurrence et les « propositions de valeur ». Ce n’est pas parce que ces effets n’ont pas été quantifiés qu’ils n’existent pas ou qu’on ne devrait leur accorder aucune valeur. L’absence de quantification signifie tout simplement que la valeur accordée à ces effets n’a pas encore été déterminée. Pour bien interpréter l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*, il faut que celui qui a la charge de la preuve dans l’analyse de la neutralisation — dans le cas qui nous occupe, les appelants — démontre, selon la prépondérance des probabilités, que les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels.

[168] In cases where the gains in efficiency resulting from the merger are significant, under an *objective* and *reasonable* offset methodology, it would not be open for the Tribunal to assign weight to the quantitative but non-quantified effects in such a manner as to offset the gains in efficiency. Nor could the Tribunal treat these quantitative but non-quantified effects as qualitative effects in order to assign subjective weight to them.

[169] However, in this case the gains in efficiency resulting from the merger are marginal to the point of being negligible. The only gains in efficiency resulting from the merger are very small overhead gains, which in any event may well be achieved by a third-party secure landfill operator who would acquire the Babkirk site following the divestiture order. Consequently, the merger provides negligible gains in efficiency while ensuring the continuation and strengthening of Tervita's market monopoly in the geographic area at issue.

[170] In my view, it cannot be concluded that an anti-competitive merger may be approved under section 96 of the *Competition Act* if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger. This approach is supported by the jurisprudence and by the very terms of subsection 96(1) of the *Competition Act*, which require that the gains in efficiency be both "greater than" and "offset" the anti-competitive effects.

[171] I refer in particular to *Superior Propane* No. 3, at paragraphs 171 and 172, where my colleague Nadon J., as he then was, found that the efficiency defence is not available if the gains in efficiency simply marginally exceed the anti-competitive effects:

While the Tribunal agrees that in such cases, relatively small gains in efficiency will be needed to exceed the typically small deadweight loss, the Act requires more under section 96.

Indeed ... subsection 96(1) makes it quite clear that the efficiency defence is not available if efficiency gains merely exceed the effects of lessening or prevention of competition. To be available, those gains must also offset the effects, and it cannot be concluded that the Tribunal would find that

[168] Dans les cas où les gains en efficacité découlant du fusionnement sont importants selon une méthodologie *objective* et *raisonnable*, il ne serait pas loisible au Tribunal d'accorder aux effets quantitatifs, mais non quantifiés, une valeur qui neutraliserait les gains en efficacité. Le Tribunal ne pourrait pas non plus traiter ces effets quantitatifs, mais non quantifiés, d'effets qualitatifs pour leur attribuer une valeur subjective.

[169] Toutefois, en l'espèce, les gains en efficacité découlant du fusionnement sont minimes au point d'être négligeables. Les seuls gains en efficacité résultant du fusionnement sont de très faibles économies en frais généraux, économies que pourrait de toute façon fort bien réaliser tout exploitant tiers d'un site d'enfouissement sécuritaire qui acquerrait le site Babkirk par suite de l'ordonnance de dessaisissement. Par conséquent, le dessaisissement ne permet de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question.

[170] À mon avis, on ne peut conclure qu'un fusionnement anticoncurrentiel peut être approuvé en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* si ce fusionnement ne peut procurer que des gains en efficacité négligeables ou insignifiants. Ce raisonnement est confirmé par la jurisprudence, ainsi que par le libellé même du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, qui exige que les gains en efficacité « surpassent » et « neutralisent » les effets anticoncurrentiels.

[171] Je songe en particulier à la décision *Supérieur Propane* n° 3, dans laquelle mon collègue le juge Nadon a conclu, aux paragraphes 171 et 172, que les gains en efficacité ne pouvaient être invoqués en défense que s'ils ne dépassaient que de peu les effets neutralisants des effets anticoncurrentiels :

Le Tribunal est d'accord pour dire que dans de tels cas, il suffira de gains en efficacité relativement peu élevés pour l'emporter sur la perte sèche, généralement faible, mais le paragraphe 96 de la Loi exige plus que cela.

En effet, [...] il ressort à l'évidence du paragraphe 96(1) que la défense fondée sur les gains en efficacité n'est pas applicable au cas où les gains en efficacité ne font que dépasser les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Pour qu'elle soit applicable, ces gains doivent

efficiency gains (whether large or small) that marginally exceeded the effects (whether large or small) would also offset those effects. In particular, it cannot be concluded that an anti-competitive merger would be approved under section 96 if the only savings were the salaries of two senior executives.

[172] The gains in efficiency here are of lesser magnitude than even those contemplated in the above quote from *Superior Propane* No. 3. The overall gains in efficiency resulting from the merger amount to approximately [omitted] per year, and thus do not even represent the yearly remuneration of a half-time junior employee.

[173] Moreover, a pre-existing monopoly, such as is the case here, will usually magnify the anti-competitive effects of a merger: *Superior Propane* No. 3, at paragraphs 165 and 169; *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, above, at pages 155 to 161.

[174] Though the anti-competitive effects of the merger in this case have not been quantified, they nevertheless exist. Under an *objective* and *reasonable* offset determination, marginal and insignificant gains in efficiency cannot offset known anti-competitive effects even where the weight to be afforded to such effects is undetermined. This is not treating the quantitative anti-competitive effects as qualitative effects in order to give them some subjective weight. Rather, this is an *objective* and *reasonable* offset determination in which the anti-competitive effects and the gains in efficiency are recognized for what they are.

CONCLUSIONS

[175] For the reasons set out above, I would dismiss both appeals. I would award costs to the Commissioner, but there should only be one set of costs for both appeals.

[176] Considering the confidentiality order issued by our Court in this case, these reasons shall be provided to counsel prior to being released to the public. The parties

aussi neutraliser les effets, et l'on ne saurait affirmer que le Tribunal conclurait que des gains en efficience (élevés ou non) qui dépasseraient de peu les effets (importants ou non) neutraliseraient aussi ces effets. On ne peut en particulier soutenir qu'un fusionnement anticoncurrentiel serait approuvé en vertu de l'article 96 dans le cas où les seules économies qu'il produirait seraient les traitements de deux cadres supérieurs.

[172] Les gains en efficience sont, en l'espèce, encore moins importants que ceux envisagés dans le passage précité de la décision *Supérieur Propane* n° 3. Les gains en efficience globaux résultant du fusionnement équivalent à environ [supprimé] par année et ne représentent même pas la rémunération annuelle d'un employé subalterne à temps partiel.

[173] Qui plus est, un monopole préexistant comme celui dont il s'agit en l'espèce aura habituellement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement (*Supérieur Propane* n° 3, aux paragraphes 165 et 169; *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, précité, aux pages 155 à 161).

[174] Bien qu'en l'espèce les effets anticoncurrentiels du fusionnement n'aient pas été quantifiés, ils existent quand même. Suivant une analyse de la neutralisation *objective* et *raisonnable*, des gains en efficience secondaires et négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue. En agissant ainsi, on ne qualifie pas les effets anticoncurrentiels quantitatifs d'effets qualitatifs pour leur donner une valeur subjective quelconque; on procède plutôt à une analyse de la neutralisation *objective* et *raisonnable* en attribuant leur véritable valeur aux effets anticoncurrentiels et aux gains en efficience.

CONCLUSIONS

[175] Pour les motifs qui ont été exposés, je rejetterais les deux appels et j'adjugerais les dépens à la commissaire. Il ne devrait toutefois y avoir qu'un seul mémoire de dépens pour les deux appels.

[176] Compte tenu de l'ordonnance de confidentialité prononcée par notre Cour dans la présente affaire, les présents motifs seront d'abord communiqués aux

shall each have seven days from the date of these reasons to indicate in writing to the Court which portions, if any, should not be publicly disclosed. As the case may be, the parties shall also each submit in the same time frame representations justifying why this Court should restrict public disclosure of portions of the reasons notwithstanding the open court principle. The Court will thereafter determine which portions of these reasons, if any, should be kept confidential.

Evans J.A.: I agree.

Stratas J.A.: I agree.

SCHEDULE

Relevant extracts of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34

Purpose of
Act

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

...

Definition
of "merger"

91. In sections 92 to 100, "merger" means the acquisition or establishment, direct or indirect, by one or more persons, whether by purchase or lease of shares or assets, by amalgamation or by combination or otherwise, of control over or significant interest in the whole or a part of a business of a competitor, supplier, customer or other person.

avocats avant d'être publiés. Les parties auront chacune sept jours à compter de la date des présents motifs pour indiquer par écrit à la Cour quelles parties, le cas échéant, ne devraient pas être divulgués au public. Les parties communiqueront également, le cas échéant, dans le même délai leurs observations pour expliquer les raisons pour lesquelles notre Cour devrait limiter la divulgation des présents motifs au public malgré le principe de la publicité des débats. La Cour déterminera par la suite quelles parties des présents motifs, le cas échéant, devraient être gardées confidentielles.

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

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

ANNEXE A

Extraits pertinents de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34

Objet

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

[...]

Définition de
« fusionnement »

91. Pour l'application des articles 92 à 100, « fusionnement » désigne l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise.

Order

92. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

(a) in a trade, industry or profession,

(b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,

(c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c), the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

(i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,

(ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or

(iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

(i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or

(iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet :

a) dans un commerce, une industrie ou une profession;

b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;

c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c), le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96 :

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non :

(i) de le dissoudre, conformément à ses directives,

(ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,

(iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant :

(i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,

(iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non :

Ordonnance en cas de diminution de la concurrence

(A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or

(B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, ordering the person to take any other action.

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,

(B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le commissaire et cette personne y souscrivent.

Evidence

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share.

(2) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché.

Preuve

Factors to be considered regarding prevention or lessening of competition

93. In determining, for the purpose of section 92, whether or not a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially, the Tribunal may have regard to the following factors:

93. Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

Éléments à considérer

(a) the extent to which foreign products or foreign competitors provide or are likely to provide effective competition to the businesses of the parties to the merger or proposed merger;

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties au fusionnement réalisé ou proposé;

(b) whether the business, or a part of the business, of a party to the merger or proposed merger has failed or is likely to fail;

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé;

(c) the extent to which acceptable substitutes for products supplied by the parties to the merger or proposed merger are or are likely to be available;

c) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties au fusionnement réalisé ou proposé;

(d) any barriers to entry into a market, including

d) les entraves à l'accès à un marché, notamment :

(i) tariff and non-tariff barriers to international trade,

(i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,

(ii) interprovincial barriers to trade, and

(ii) les barrières interprovinciales au commerce,

	<p>(iii) regulatory control over entry,</p> <p>and any effect of the merger or proposed merger on such barriers;</p> <p>(e) the extent to which effective competition remains or would remain in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger;</p> <p>(f) any likelihood that the merger or proposed merger will or would result in the removal of a vigorous and effective competitor;</p> <p>(g) the nature and extent of change and innovation in a relevant market; and</p> <p>(h) any other factor that is relevant to competition in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(iii) la réglementation de cet accès,</p> <p>et tous les effets du fusionnement, réalisé ou proposé, sur ces entraves;</p> <p>e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé;</p> <p>f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;</p> <p>g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;</p> <p>h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	
Exception where gains in efficiency	<p>96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.</p>	<p>96. (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.</p>	Exception dans les cas de gains en efficacité
Factors to be considered	<p>(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in</p> <p>(a) a significant increase in the real value of exports; or</p> <p>(b) a significant substitution of domestic products for imported products.</p>	<p>(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :</p> <p>a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;</p> <p>b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.</p>	Facteurs pris en considération
Restriction	<p>(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.</p>	<p>(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.</p>	Restriction

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