



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2016, Vol. 3, Part 2**

**2016, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2016] 3 F.C.R., {<sup>167-407</sup>  
D-9-D-13

Renvoi [2016] 3 R.C.F., {<sup>167-407</sup>  
F-11-F-16

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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, 2016.

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.*

### 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  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

N° 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'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

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

*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: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A1E3, telephone 613-992-2934.*

*The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>*

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Erratum . . . . .	III
Judgments . . . . .	167–407
Digests . . . . .	D-9–D-13

### **Allard v. Canada (F.C.) . . . . . 303**

Food and Drugs—Action under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 challenging constitutionality of medical marihuana regime under *Marihuana for Medical Purposes Regulations* (MMPR)—MMPR reforming medical marihuana access regime by, *inter alia*, mandating that dried marihuana be produced by licensed producer (LP), limiting amount authorized for possession to 150 grams—Plaintiffs arguing, *inter alia*, that by taking away patients’ ability to produce marihuana for themselves, MMPR forcing them to choose between their liberty, health in order to access adequate supply of medicine; that personal production of medical marihuana involving individual autonomy, dignity, right to make fundamental personal choices free from state interference, thereby impacting or engaging liberty—Whether Canada limiting rights of plaintiffs in manner not complying with Charter—Liberty interest engaged—Liberty at risk for those who cannot access LP regime, who stray outside conditions set for possession by MMPR—Scheme also standing between plaintiffs, right to make decision of fundamental importance unimpeded by state action—Case law decided under previous regulatory scheme (*Marihuana Medical Access Regulations* (MMAR)) applying herein—Security interest also engaged—MMPR undermining health, safety of medical marihuana users through severe restrictions on access to medical marihuana—These restrictions not in accordance with principles of fundamental justice—Objective of MMPR to reduce risks to public health,

*Continued on next page*

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

*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 : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.*

*Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Erratum . . . . .	III
Jugements . . . . .	167–407
Fiches analytiques . . . . .	F-11–F-16

### **Allard c. Canada (C.F.) . . . . . 303**

Aliments et Drogues—Action intentée en vertu de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contestant la constitutionnalité du régime concernant la marihuana à des fins médicales qui est prévu par le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales* (le RMFM)—Le RMFM a réformé le régime d’accès à la marihuana à des fins médicales, en exigeant, entre autres, que la marihuana séchée soit produite par un producteur autorisé (PA), et limitant la quantité qui peut être possédée à 150 grammes—Les demandeurs ont prétendu, entre autres, qu’en enlevant au patient la possibilité de produire son propre cannabis, le RMFM le force à choisir entre sa liberté et sa santé pour avoir accès à un approvisionnement adéquat quant à son médicament; que la production de cannabis personnel à des fins médicales favorise l’autonomie et la dignité, qu’elle confère le droit de prendre des décisions personnelles d’importance fondamentale libres de toute entrave de l’État et que, par conséquent, elle met en cause le droit à la liberté—Il s’agissait de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d’une façon qui contrevient à la Charte—Le droit à la liberté était en jeu—Le droit à la liberté des personnes qui ne peuvent avoir accès au régime de producteurs autorisés est à risque si elles s’écartent des conditions de possession énoncées dans le RMFM—Le régime s’interpose entre les demandeurs et leur droit de prendre une décision d’importance fondamentale sans entrave de la part de l’État—Les décisions rendues sous le régime de réglementation

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

security, safety of Canadians, significantly improve access to marihuana for medical purposes—Access to medical marihuana not improved under MMPR—MMPR forcing plaintiffs to choose between medication, other basic necessities without rational connection to objective—With respect to health, safety risks, evidence insufficient, risks not proved to exist—No direct evidence on how MMPR improving access compared to MMAR—MMPR arbitrary, overbroad—Infringement not justified under Charter, s. 1—As to 150-gram restriction, cap not overbroad, grossly disproportionate—Possession cap still allowing one to possess more than necessary amount of marihuana—Action allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Charter, s. 7 challenge of constitutionality of medical marihuana regime under *Marihuana for Medical Purposes Regulations* (MMPR)—Plaintiffs arguing, *inter alia*, that by taking away patients' ability to produce marihuana for themselves, MMPR forcing them to choose between their liberty, health in order to access adequate supply of medicine; that personal production of medical marihuana involving individual autonomy, dignity, right to make fundamental personal choices free from state interference, thereby impacting or engaging liberty—Whether Canada limiting rights of plaintiffs in manner not complying with Charter—Plaintiffs' s. 7 Charter rights infringed by MMPR—Right not to have one's physical liberty endangered by risk of imprisonment, to make decisions of fundamental personal importance engaged herein—Liberty at risk for those who cannot access LP regime, who stray outside conditions set for possession by MMPR—Scheme also standing between plaintiffs, right to make decision of fundamental importance unimpeded by state action—Case law decided under previous regulatory scheme (*Marihuana Medical Access Regulations* (MMAR)) applying herein—Security of person interest engaged by establishment of regulatory regime severely restricting access to medical

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

précédent (le *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales* (RAMFM)) s'appliquent aux présentes—Le droit à la sécurité de la personne est également mis en cause—Le RMFM a compromis la santé et la sécurité des personnes qui consomment de la marihuana à des fins médicales par des restrictions sévères quant à l'accès à la marihuana à des fins médicales—Ces restrictions ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale—L'objectif du RMFM est de réduire le risque pour la santé et la sécurité publiques et pour la sécurité des Canadiens, tout en améliorant de façon considérable la manière dont les particuliers ont accès à la marihuana à des fins médicales—L'accès au cannabis à des fins médicales n'a pas été amélioré sous le régime du RMFM—Le RMFM oblige les demandeurs à choisir entre leur médicament et d'autres besoins fondamentaux sans qu'il y ait un lien rationnel avec l'objectif—En ce qui a trait aux risques en matière de santé et de sécurité, la preuve ne donne aucune précision; l'existence de ces risques n'a pas été établie—Aucune preuve directe n'a été présentée quant à la façon dont le RMFM a amélioré l'accès par rapport au RAMFM—La restriction est arbitraire et de portée excessive—Une telle atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier—Quant à la restriction de 150 grammes, la limite n'a pas de portée excessive et n'est pas totalement disproportionnée—Selon la limite de possession, une personne peut posséder une quantité de marihuana qui est plus que ce qui lui est nécessaire—Action accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Contestation en vertu de l'art. 7 de la Charte de la constitutionnalité du régime concernant la marihuana à des fins médicales qui est prévu par le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales* (le RMFM)—Les demandeurs ont prétendu, entre autres, qu'en enlevant au patient la possibilité de produire son propre cannabis, le RMFM le force à choisir entre sa liberté et sa santé pour avoir accès à un approvisionnement adéquat quant à son médicament; que la production de cannabis personnel à des fins médicales favorise l'autonomie et la dignité, qu'elle confère le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale libres de toute entrave de l'État et que, par conséquent, elle met en cause le droit à la liberté—Il s'agissait de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une façon qui contrevient à la Charte—Le régime du RMFM porte atteinte aux droits des demandeurs garantis par l'art. 7 de la Charte—Le droit que sa liberté physique ne soit pas mise en danger en raison du risque d'emprisonnement et le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale étaient en jeu en l'espèce—Le droit à la liberté des personnes qui ne peuvent avoir accès au régime de producteurs autorisés est à risque si elles s'écartent des conditions de possession énoncées dans le RMFM—Le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

marihuana—MMPR thus undermining health, safety of medical marihuana users—These restrictions not in accordance with principles of fundamental justice—Objective of MMPR to reduce risks to public health, security, safety of Canadians, significantly improve access to marihuana for medical purposes—Access to medical marihuana not improved under MMPR—MMPR forcing plaintiffs to choose between medication, other basic necessities without rational connection to objective—Government cost savings resulting from licensed producer regime cannot trump plaintiffs' Charter rights, form Charter-compliant justification for MMPR—With respect to health, safety risks, evidence insufficient, risks not proved to exist—No direct evidence on how MMPR improving access compared to MMAR—MMPR arbitrary, overbroad; limits imposed on s. 7 interests bearing no rational connection to objective—Infringement not justified under Charter, s. 1—Plaintiffs demonstrating, on balance of probabilities, that cannabis can be produced safely, securely with limited risk, consistently with promotion of public health—Complete restriction not minimal impairment.

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Alsha'bi (F.C.)** ..... 212

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision by Refugee Appeal Division (RAD) setting aside negative decision by Refugee Protection Division (RPD), determining that respondents Convention refugees—Respondents, stateless Palestinians with Syrian travel documents, living as temporary residents in United Arab Emirates (U.A.E.) before fleeing to Canada—Claiming refugee protection because of fear of deportation to Syria—RPD finding respondents having right to return to U.A.E. as of date of its decision—Concluding

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

régime s'interpose entre les demandeurs et leur droit de prendre une décision d'importance fondamentale sans entrave de la part de l'État—Les décisions rendues sous le régime de réglementation précédent (*le Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales* (RAMFM)) s'appliquent aux présentes—Le droit à la sécurité de la personne est mis en cause, même indépendamment du risque de sanctions pénales, par l'établissement d'un régime réglementaire qui restreint l'accès à la marihuana—Le RMFM a par conséquent compromis la santé et la sécurité des personnes qui consomment de la marihuana—Ces restrictions ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale—L'objectif du RMFM est de réduire le risque pour la santé et la sécurité publiques et pour la sécurité des Canadiens, tout en améliorant de façon considérable la manière dont les particuliers ont accès à la marihuana à des fins médicales—L'accès au cannabis à des fins médicales n'a pas été amélioré sous le régime du RMFM—Le RMFM oblige les demandeurs à choisir entre leur médicament et d'autres besoins fondamentaux sans qu'il y ait un lien rationnel avec l'objectif—Les économies de coûts réalisées par le gouvernement découlant du régime des producteurs autorisés ne peuvent pas avoir préséance sur les droits des demandeurs garantis par la Charte et constituer une justification de dérogation à la Charte en ce qui a trait au RMFM—En ce qui a trait aux risques en matière de santé et de sécurité, la preuve ne donne aucune précision; l'existence de ces risques n'a pas été établie—Aucune preuve directe n'a été présentée quant à la façon dont le RMFM a amélioré l'accès par rapport au RAMFM—L'objectif de la loi est arbitraire et de portée excessive, car la limite qu'il impose à l'égard des droits prévus à l'art. 7 n'a aucun lien rationnel avec celui-ci—Une telle atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier—Les demandeurs ont démontré, selon la prépondérance des probabilités, que le cannabis peut être produit de façon sécuritaire tout en limitant les risques pour la sécurité du public et tout en favorisant la santé publique—Une restriction complète n'est pas une atteinte minimale.

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Alsha'bi (C.F.)** ..... 212

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 d'appel des réfugiés (SAR) a annulé la décision défavorable rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) et conclu que les défendeurs avaient qualité de réfugiés au sens de la Convention—Les défendeurs, des Palestiniens apatrides, sont titulaires de documents de voyage syriens et ont vécu en tant que résidents temporaires aux Émirats arabes unis (É.A.U.) jusqu'à leur départ pour le Canada—Les défendeurs

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

respondents not meeting second branch of test in *Thabet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, rejecting claim—Respondents submitting new evidence before RAD showing residence permits cancelled by U.A.E., respondents not having right to return to U.A.E.—RAD concluding respondents having well-founded fear of persecution based on likelihood of deportation to Syria if returned to U.A.E.—Whether RAD: erring in accepting new evidence; erring in proceeding with hearing *de novo*; failing to assess whether within respondents' control to maintain status in U.A.E.—(1) RAD not erring in accepting new evidence—New evidence proving relevant fact materially different from finding of RPD (i.e. respondents no longer having right of return to U.A.E. at time of hearing before RAD)—(2) While RAD permitting admission of new evidence, hearing otherwise proceeding on record before RPD—RPD's finding no longer valid—Reasonably open to RAD to substitute own opinion—RAD not conducting completely new assessment—(3) RAD's decision within range of possible, acceptable outcomes—Primary question under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1E whether, at time of hearing, claimants having status substantially similar to nationals of country in question—Respondents' prior situation in U.A.E. not substantially similar to U.A.E. nationals—*Thabet* simply requiring that tribunal ask why claimant cannot return to country of former residence—That question answered by new evidence that respondents' temporary residence permits cancelled—Availability of state protection distinguishing stateless claimant under Act, s. 96(b) from person at risk of exclusion under Art. 1E—Lack of state protection key element of stateless person's claim of refugee status—Principles guiding exclusion under Art. 1E having questionable import in *Thabet* test—No element of fault should be read into requirements of s. 96(b), *Thabet*—Nothing in language of s. 96(b) suggesting reason why claimant losing right to return to country of former residence relevant to application of provision—RAD under no obligation to apply Art. 1E analysis rather than *Thabet* test—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ont présenté une demande d'asile où ils ont affirmé craindre d'être renvoyés en Syrie—La SPR a conclu que les défendeurs avaient le droit de retourner aux É.A.U. en date de sa décision—La SPR a conclu que les défendeurs ne satisfaisaient pas au second volet du critère établi dans l'arrêt *Thabet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et a rejeté la demande—Les défendeurs ont présenté à la SAR de nouveaux éléments de preuve qui montraient que leurs permis de résidence avaient été révoqués par les É.A.U. et qui confirmaient qu'ils n'avaient pas le droit de retourner aux É.A.U.—La SAR a conclu que les défendeurs avaient une crainte fondée de persécution, en se basant sur la probabilité qu'ils soient expulsés en Syrie advenant leur retour aux É.A.U.—Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve, en procédant à une audience *de novo*, et en omettant d'examiner la question de savoir si les défendeurs auraient pu maintenir leur statut aux É.A.U.—1) La SAR n'a pas commis d'erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve—Les nouveaux éléments de preuve établissaient l'existence d'un fait pertinent qui divergeait sensiblement d'une conclusion de la SPR (c'est-à-dire que les défendeurs avaient perdu leur droit de retourner aux É.A.U. au moment de l'audience devant la SAR)—2) Bien que la SAR ait autorisé l'admission de nouveaux éléments de preuve, l'audience était, pour le reste, fondée sur le dossier dont disposait la SPR—La conclusion de la SPR n'était plus valide—Il était raisonnable de la part de la SAR de substituer sa propre opinion à celle de la SPR—La SAR n'a pas procédé à un tout nouvel examen de la demande—3) La décision de la SAR appartenait aux issues possibles acceptables—Dans le cadre d'une analyse fondée sur la section E de l'article premier (section 1E) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, la principale question consiste à déterminer si, à la date de l'audience, le demandeur avait un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants du pays concerné—La situation antérieure des défendeurs aux É.A.U. n'était pas essentiellement comparable à celle des ressortissants de ce pays—L'arrêt *Thabet* exige tout simplement que le tribunal pose la question de savoir pourquoi le demandeur d'asile ne peut pas retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure—Cette question a trouvé une réponse dans les nouveaux éléments de preuve qui établissaient que les permis de séjour temporaire des défendeurs avaient été annulés—Ce qui différencie un demandeur apatride au sens de l'art. 96b) d'une personne susceptible d'être exclue par application de la section 1E, c'est la possibilité de se réclamer de la protection d'un État—L'absence de protection de l'État est une considération essentielle en ce qui a trait à une demande d'asile émanant d'une personne apatride—Les principes régissant l'exclusion au titre de la section 1E revêtent

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hamlet of Clyde River v. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS) (F.C.A.) . . . . . 167**

Aboriginal Peoples—Duty to consult—Judicial review of National Energy Board decision granting geophysical operations authorization (GOA) to TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) (collectively proponents) to undertake two-dimensional offshore seismic survey program (project) in Baffin Bay, Davis Strait—Application made pursuant to *Canada Oil and Gas Operations Act*, s. 5(1)(b)—Board later issuing GOA to proponents on specified terms, conditions—Environmental Assessment Report prepared by Board member attached to letter notifying proponents of GOA authorization—In Environmental Assessment Report, Board concluding that project at issue not likely resulting in significant adverse environmental effects—Whether Crown’s duty to consult with Inuit in regard to project adequately fulfilled herein; whether Board erring in issuing GOA: specifically whether Board’s reasons adequate, whether Board reasonably concluding that project not likely to result in significant adverse environmental effects, whether Board failing to consider Aboriginal, Treaty rights—Respecting adequate consultation, Court having to determine whether Crown’s duty to consult properly, adequately discharged through Board’s process—Potential impacts of project such that deep consultation required—Nature, scope of process afforded by Board sufficient to uphold honour of Crown—Board’s process affording meaningful consultation sufficient that Crown could rely thereon to fulfill duty to consult—Environmental Assessment, terms, conditions imposed on GOA providing reasonable degree of accommodation of applicants’ concerns about potential impacts project causing on applicants’ s. 35 harvesting rights under *Constitution Act, 1982*—Board’s reasons adequate—Board’s reasoning found in Environmental Assessment Report, terms, conditions imposed on GOA—Regarding Board’s conclusion that project not likely to result in significant adverse environmental effects, Board analysing environmental effects in section 7 of Environmental Assessment, reviewing proposed mitigation measures, finding measures minimizing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

un intérêt discutable au regard du critère de l’arrêt *Thabet*—Il ne faut pas interpréter les exigences prévues à l’art. 96b) et dans *Thabet* comme comportant un élément de faute—Rien, dans le libellé de l’art. 96b), ne donne à penser que la raison pour laquelle un demandeur a perdu le droit de retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure est pertinente pour l’application de cette disposition—La SAR n’était pas tenue d’effectuer une analyse fondée sur la section 1E plutôt que d’appliquer le critère énoncé dans la décision *Thabet*—Demande rejetée.

### **Hameau de Clyde River c. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS) . . . . . 167**

Peuples autochtones—Obligation de consulter—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’Office national de l’énergie a accordé une autorisation d’opération géophysique (AOG) à TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) (collectivement les promoteurs) en vue d’effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis (le projet)—La demande a été présentée en vertu de l’art. 5(1)b) de la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*—L’Office a ensuite accordé aux promoteurs une AOG, assortie de conditions précises—Le rapport d’évaluation environnementale préparé par un membre de l’Office était joint à la lettre qui informait les promoteurs de l’octroi de l’AOG—Dans son rapport d’évaluation environnementale, l’Office a conclu que le projet en cause n’était pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants—Il s’agissait de déterminer si la Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet et si la Commission a commis une erreur en accordant l’AOG : plus précisément, il s’agissait de savoir si les motifs de l’Office étaient suffisants, si la conclusion de l’Office selon laquelle le projet n’était pas susceptible de donner lieu à des effets environnementaux négatifs importants était raisonnable et si l’Office a omis de tenir compte des droits ancestraux ou issus de traités—En ce qui concerne le caractère adéquat des consultations, la Cour devait examiner la question de savoir si la Couronne s’est bien acquittée de son obligation de consulter au moyen du processus de l’Office—Les effets éventuels du projet étaient tels qu’ils exigeaient une consultation approfondie—La nature et l’étendue du processus adopté par l’Office étaient suffisantes pour respecter l’honneur de la Couronne—Le processus utilisé par l’Office a constitué une consultation suffisante pour que la Couronne respecte par elle son obligation de consulter—L’évaluation environnementale et les conditions associées à l’AOG constituaient des mesures d’accommodement raisonnables qui répondent aux préoccupations des demandeurs au sujet des répercussions éventuelles du

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

possibility of marine mammals concerned to suffer permanent or temporary hearing damage or behavioural change—As to Board's consideration of Aboriginal, Treaty rights, Board engaging in lengthy consideration about extent of Aboriginal consultation, potential impacts to traditional harvesting—Board knowing Inuit having s. 35 protected harvesting rights that needed to be taken into account—Application dismissed.

Energy—National Energy Board granting geophysical operations authorization (GOA) to TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) (collectively proponents) to undertake two-dimensional offshore seismic survey program (project) in Baffin Bay, Davis Strait—Application made pursuant to *Canada Oil and Gas Operations Act*, s. 5(1)(b)—Board later issuing GOA to proponents on specified terms, conditions—Environmental Assessment Report prepared by Board member attached to letter notifying proponents of GOA authorization—In Environmental Assessment Report, Board concluding that project at issue not likely resulting in significant adverse environmental effects—Whether Crown's duty to consult with Inuit in regard to project adequately fulfilled herein; whether Board erring in issuing GOA—Crown's duty to consult with Inuit in regard to project adequately fulfilled—Board's process affording meaningful consultation sufficient that Crown could rely thereon to fulfill duty to consult—Board not erring in issuing GOA—Board's reasons adequate—Regarding Board's conclusion that project not likely to result in significant adverse environmental effects, Board analysing environmental effects in section 7 of Environmental Assessment, reviewing proposed mitigation measures, finding measures minimizing possibility of marine mammals concerned to suffer permanent or temporary hearing damage or behavioural change—Board also not failing to consider Aboriginal, Treaty rights.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

projet sur leur droit d'exploiter ces ressources, garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Les motifs dont a fait état l'Office étaient suffisants—Le raisonnement de l'Office ressortait de l'évaluation environnementale et des conditions dont était assortie l'AOG—Concernant la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, l'Office a analysé les effets environnementaux à la section 7 de l'évaluation environnementale, a examiné les mesures d'atténuation proposées et a conclu que ces mesures auraient pour effet de réduire la possibilité que les mammifères marins se trouvent trop proches de la décharge des canons à air et soient atteints d'une incapacité auditive temporaire ou permanente ou modifient leur comportement—Quant à l'examen des droits ancestraux ou issus de traités par l'Office, celui-ci a examiné minutieusement l'étendue des consultations faites auprès des Autochtones ainsi que les effets éventuels du projet sur l'exploitation traditionnelle des ressources—L'Office savait que les Inuits possédaient des droits d'exploitation protégés par l'art. 35 qui devaient être pris en compte—Demande rejetée.

Énergie—L'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique (AOG) à TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) (collectivement les promoteurs) en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis (le projet)—La demande a été présentée en vertu de l'art. 5(1)b) de la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*—L'Office a par la suite accordé aux promoteurs une AOG, assortie de conditions précises—Le rapport d'évaluation environnementale préparé par un membre de l'Office était joint à la lettre qui informait les promoteurs de l'octroi de l'AOG—Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'Office a conclu que le projet en cause n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants—Il s'agissait de déterminer si la Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet et si la Commission a commis une erreur en accordant l'AOG—La Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet—Le processus utilisé par l'Office a constitué une consultation suffisante pour que la Couronne respecte par elle son obligation de consulter—La Commission n'a pas commis d'erreur en accordant l'AOG—Les motifs dont a fait état l'Office étaient suffisants—Concernant la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, l'Office a analysé les effets environnementaux à la section 7 de l'évaluation environnementale, a examiné les mesures d'atténuation proposées et a conclu que ces mesures auraient pour effet de réduire la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Parties—Standing—National Energy Board granting geophysical operations authorization (GOA) to corporate respondents to undertake two-dimensional offshore seismic survey program in Baffin Bay, Davis Strait over 5-year period—Whether applicants having standing to bring application for judicial review of that decision—Applicants directly affected by decision; thus, having standing to challenge it based upon administrative law principles—Given realization of potential adverse impacts noted by Board affecting applicants' natural environment, livelihood of members of Hunters and Trappers Organization, applicants directly affected by decision within meaning of *Federal Courts Act*, ss. 18.1(1), 28(2)—Also, Nammautaq Hunters & Trappers Organization – Clyde River (HTO – Clyde River) having real stake, genuine interest in issues raised herein—Thus, HTO – Clyde River given public interest standing to assert issues relating to Aboriginal or Treaty rights.

### **Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)** (F.C.) ..... 248

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review seeking order setting aside Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision—In decision, Board determining that applicant not Convention refugee or person in need of protection; that no credible basis (NCB) existing for applicant's refugee claim pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 107(2); that applicant excluded from refugee protection pursuant to Act, s. 98—Applicant claiming refugee status in Canada but later amending identity, concealing previous residence in U.S.—Applicant submitting that Board not having jurisdiction to make inclusion ruling since, based on Federal Court decision in *Xie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, Board first required to render exclusion order before deciding inclusion issues; that if exclusion order issued, inclusion refugee protection application, including NCB ruling, rejected—Whether Board erring by ruling on inclusion issues in decision after finding applicant excluded, contrary to *Xie*; whether Board erring in not first ruling on exclusion

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

possibilité que les mammifères marins se trouvent trop proches de la décharge des canons à air et soient atteints d'une incapacité auditive temporaire ou permanente ou modifient leur comportement—L'Office n'a pas non plus omis de tenir compte des droits ancestraux ou issus de traités.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—L'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique (AOG) à des sociétés défenderesses en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis sur une période de cinq ans—Il s'agissait de déterminer si les demandeurs avaient qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision—Les demandeurs étaient directement touchés par la décision et avaient donc qualité pour contester la décision en se fondant sur les principes du droit administratif—Étant donné que la concrétisation de ces effets négatifs éventuels toucherait l'environnement naturel des demandeurs ainsi que le mode de subsistance des membres de l'Organisation de chasseurs et trappeurs, ils étaient directement touchés par la décision au sens des art. 18.1(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*—De plus, l'Organisation de chasseurs et trappeurs Nammautaq de Clyde River (OCT de Clyde River) avait également un motif réel et un intérêt authentique dans ces questions—Par conséquent, l'OCT de Clyde River avait le droit d'agir dans l'intérêt public et de soulever les questions touchant des droits ancestraux ou issus de traités.

### **Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** (C.F.) ..... 248

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance en annulation de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Dans cette décision, la Commission a conclu que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger; il y avait absence de minimum de fondement (AMF) de sa demande au titre de l'art. 107(2) de la Loi, et il était exclu de la protection accordée aux réfugiés par application de l'art. 98—Le demandeur a présenté une demande d'asile au Canada, mais a modifié plus tard son identité en dissimulant sa résidence antérieure aux É.-U.—Le demandeur a soutenu que la Commission n'avait pas compétence pour rendre la décision d'inclusion, étant donné que, selon la décision de la Cour fédérale dans l'arrêt *Xie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, la Commission était d'abord tenue de rendre son ordonnance d'exclusion avant de se prononcer sur les questions d'inclusion et que si une ordonnance d'exclusion

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

issue, and, if excluding applicant, nevertheless proceeding to rule on inclusion issues; or alternatively whether, if not erring in making both exclusion, inclusion rulings, Board erring in not stating that inclusion ruling made in alternative—Board erring in not stating that inclusion rulings in alternative, to be considered only if exclusion decision overturned in future—Once Board finding that applicant excluded, should not proceed to deal with inclusion issues until after exclusion decision set aside—Requirement to decide exclusion issue in priority over refugee protection issue implicitly supported by Act's other provisions—Also, NCB ruling cannot have any effect because, as part of refugee protection claim, NCB ruling rejected by exclusion order (Act, s. 112(3)(c))—NCB declaration not free-standing ruling but only relevant to inclusion claim—In present case, Board's inclusion rulings, in particular NCB conclusions, could not be used as ground to prevent applicant's appeal of Board's decision to Refugee Appeal Division—Judicial economy not relevant consideration in matters relating to exclusions, inadmissibility of foreign nationals—Consequently, Board erring by ruling on inclusion issues after finding that applicant excluded—Board similarly exceeding jurisdiction by conducting inclusion determination in alternative on any basis, including that for purpose of judicial economy—Question pertaining to Board's authority to make NCB determinations after making finding of exclusion certified—Application allowed.

### **Su v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 275**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of Citizenship and Immigration Canada officer's decision refusing to process applicant's application for permanent residence—In submitting application for permanent residence, applicant required to complete, return two forms regarding dependent child over 18—At time of application, applicant's son 19 but submitted application

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

était rendue, la demande d'asile faisant état de facteurs d'inclusion est rejetée, y compris la décision portant AMF—Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en se prononçant sur les facteurs d'inclusion alors qu'elle avait conclu que le demandeur était exclu, contrairement à ce que préconise l'arrêt *Xie* et si, en ne se prononçant pas d'abord sur les facteurs d'exclusion et, après avoir exclu le demandeur, en statuant néanmoins sur les questions d'inclusion; ou subsidiairement, si elle n'a pas commis d'erreur en rendant les ordonnances d'exclusion et d'inclusion, si elle a eu tort de ne pas préciser que sa décision d'inclusion était rendue à titre subsidiaire—La Commission a commis une erreur en ne précisant pas que ses conclusions liées à l'inclusion étaient formulées à titre subsidiaire, et ne devaient être prises en compte que si la décision d'exclusion était subséquemment infirmée—Dès lors qu'elle conclut que le demandeur est exclu, la Commission ne doit pas aborder les questions concernant l'inclusion tant que la conclusion d'exclusion n'a pas été infirmée—L'obligation de statuer prioritairement sur la question de l'exclusion par rapport à celle du droit d'asile est d'ailleurs implicitement étayée par d'autres dispositions de la Loi—De plus, la décision portant AMF ne peut avoir le moindre effet puisqu'elle a été rejetée par l'ordonnance d'exclusion dans le contexte de la demande d'asile (art. 112(3)c)—La décision portant AMF n'est pas une décision indépendante, mais elle n'est pertinente qu'au regard de la demande d'inclusion—Les décisions d'inclusion de la Commission, et en particulier la décision portant AMF, ne pouvaient être invoquées pour empêcher le demandeur de porter la décision de la Commission en appel devant la Section d'appel des réfugiés—L'économie des ressources judiciaires n'est pas pertinente dans les affaires d'exclusion et d'interdiction de territoire de ressortissants étrangers—Par conséquent, la Commission a commis une erreur en se prononçant sur la question de l'inclusion après avoir conclu que le demandeur était exclu—La Commission a aussi outrepassé sa compétence en statuant sur les facteurs d'inclusion à titre subsidiaire, quels qu'aient été ses motifs, y compris l'économie des ressources judiciaires—Une question quant au pouvoir de la Commission de rendre des décisions portant AMF après avoir tiré une conclusion d'exclusion a été certifiée—Demande accueillie.

### **Su c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 275**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de Citoyenneté et Immigration Canada a refusé de traiter la demande de résidence permanente de la demanderesse—Lorsqu'elle a présenté la demande de résidence permanente, la demanderesse devait remplir et retourner deux formulaires pour tout enfant à charge âgé de plus de 18 ans—À l'époque

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

not including two required forms—Later, *Immigration and Refugee Protection Regulations* amended, definition of “dependent child” changed to include children less than 19 years of age—Officer subsequently informing applicant that application not meeting requirements of Regulations, s. 10 since incomplete, returning application thereto—Applicant resubmitting application including two missing forms—Changes to Regulations impacting applicant’s application since 19-year-old son no longer meeting definition of dependent child; thus, son to be excluded if resubmission treated as fresh application—Officer determining that applicant’s son not meeting definition of dependent child under amended Regulations—Whether officer’s interpretation of Regulations, s. 10 reasonable—Regulations, s. 10 setting out mandatory requirement in both form, content for permanent residence applications—Section 10 to be read together with s. 12 stating that if requirements of ss. 10, 11 not met, application, all documents submitted in support thereof to be returned to applicant—Sections 10, 12 making no reference to application remaining alive, pending after application, documentation pertaining thereto returned to applicant—Furthermore, regulatory purpose as described in Regulatory Impact Analysis Statement supporting interpretation that, before permanent residence application can be considered, application must meet requirements stipulated in Act, Regulations—If application failing to meet prescriptions in s. 10, no duty arising to process application; thus, application returned, cannot be considered still existing—Consequently, incomplete application not immune from impact of regulatory changes coming into force before application perfected—Officer’s interpretation of Regulations, s. 10 herein reasonable since falling within range of interpretations possible, acceptable, available based on reading of s. 10—Question certified as to existence of application for permanent residence when application incomplete since failing to meet requirements prescribed by Regulations, s. 10—Application dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

où la demanderesse a présenté sa demande, son fils était âgé de 19 ans, mais la demande n’était pas accompagnée des deux formulaires requis—Plus tard, des modifications ont été apportées au *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, et l’une d’elles a changé la définition d’« enfant à charge » de manière à viser les enfants âgés de moins de 19 ans—Par la suite, l’agent a informé la demanderesse que sa demande ne répondait pas aux exigences de l’art. 10 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) parce qu’elle était incomplète et il lui a renvoyée—La demanderesse a présenté à nouveau sa demande, accompagnée des deux formulaires manquants—Les changements apportés au RIPR ont eu une incidence sur la demande de la demanderesse, car son fils, âgé de 19 ans, ne répondait plus à la définition d’enfant à charge; il serait donc exclu si l’on considérait sa seconde demande comme une nouvelle demande—L’agent a décidé que le fils de la demanderesse ne répondait pas à la définition d’enfant à charge qui figurait dans la version modifiée du RIPR—Il s’agissait de savoir si l’agent a interprété l’art. 10 du RIPR d’une manière raisonnable—L’art. 10 du RIPR énonce les exigences impératives, tant en matière de forme que de contenu, qui s’appliquent aux demandes de résidence permanente—L’art. 10 doit être lu de pair avec l’art. 12, qui indique explicitement que si les exigences de l’art. 10 (et de l’art. 11) ne sont pas remplies, la demande et tous les documents fournis à l’appui de celle-ci doivent être retournés au demandeur—Les art. 10 et 12 ne font aucunement référence à une demande qui demeure valide et pendante, après que cette demande et tous les documents qui s’y rapportent ont été retournés au demandeur—L’objet de réglementation que décrit le résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) milite en faveur de l’interprétation suivante : avant que l’on puisse examiner une demande de résidence permanente, celle-ci doit répondre aux exigences énoncées dans la LIPR et le RIPR—Si la demande ne respecte pas les exigences de l’art. 10, aucune obligation de traiter la demande ne prend naissance; la demande est plutôt retournée et on ne peut pas considérer qu’elle existe encore—Par conséquent, une demande incomplète n’est pas à l’abri de l’effet des changements dans la réglementation qui peuvent entrer en vigueur avant que la demande soit complète—L’agent a interprété l’art. 10 du RIPR d’une manière raisonnable, car, après lecture de l’art. 10, son interprétation faisait partie des interprétations possibles et acceptables qu’il lui était loisible de retenir—La question de savoir si une demande de résidence permanente existe lorsque la demande est incomplète parce qu’elle ne répond pas aux exigences de l’art. 10 du RIPR a été certifiée—Demande rejetée.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canada (Attorney General) v. Almalki*, DES-1-11, 2015 FC 1278, has been reversed on appeal (A-520-15, 2016 FCA 195), reasons for judgment handed down July 8, 2016. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 465, has been reversed on appeal (2016 SCC 29). The reasons for judgment, handed down July 14, 2016, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Galati v. Harper*, A-541-14, 2016 FCA 39, Pelletier J.A., judgment dated February 8, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused July 28, 2016.

*Grenon v. Canada*, A-473-14, 2016 FCA 4, Rennie J.A., judgment dated January 11, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 30, 2016.

*Haidari v. Canada*, A-486-15, Webb, Boivin and de Montigny J.J.A., order dated February 12, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused July 28, 2016.

*Hedges v. Canada*, A-456-14, 2016 FCA 19, Rennie J.A., judgment dated January 25, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 30, 2016.

*Jaamiah Al Uloom Al Islamiyyah Ontario v. Canada (National Revenue)*, A-201-14, 2016 FCA 49, Ryer J.A., judgment dated February 10, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused July 28, 2016.

*Mason v. Canada*, A-480-14, 2016 FCA 15, Near J.A., judgment dated January 19, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 30, 2016.

*Oberlander v. Canada (Attorney General)*, A-51-15, 2016 FCA 52, Dawson J.A., judgment dated February 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused July 7, 2016.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Procureur général) c. Almalki*, DES-1-11, 2015 CF 1278, a été infirmée en appel (A-520-15, 2016 CAF 195), les motifs du jugement ayant été prononcés le 8 juillet 2016. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 465, a été infirmé en appel (2016 CSC 29). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 14 juillet 2016, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Galati c. Harper*, A-541-14, 2016 CAF 39, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 8 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juillet 2016.

*Grenon c. Canada*, A-473-14, 2016 CAF 4, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 11 janvier 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 juin 2016.

*Haidari c. Canada*, A-486-15, les juges Webb, Boivin et de Montigny, J.C.A., ordonnance en date du 12 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juillet 2016.

*Hedges c. Canada*, A-456-14, 2016 CAF 19, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 25 janvier 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 juin 2016.

*Jaamiah Al Uloom Al Islamiyyah Ontario c. Canada (Revenu national)*, A-201-14, 2016 CAF 49, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 10 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juillet 2016.

*Mason c. Canada*, A-480-14, 2016 CAF 15, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 19 janvier 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 juin 2016.

*Oberlander c. Canada (Procureur général)*, A-51-15, 2016 CAF 52, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 15 février 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 juillet 2016.



## ERRATUM

On the spine of [2016], Volume 2, Part 3 (book No. 150), change “Vol. 1” to “Vol. 2”.

## ERRATUM

Sur le dos de [2016], volume 2, 3<sup>e</sup> fascicule (livre n° 150), remplacer « Vol. 1 » par « Vol. 2 ».





**Federal Courts  
Reports**

**2016, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2016, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-354-14  
2015 FCA 179

A-354-14  
2015 CAF 179

**Hamlet of Clyde River, Nammautaq Hunters & Trappers Organization – Clyde River, and Jerry Natanine** (*Applicants*)

**Hameau de Clyde River, Organisation de chasseurs et trappeurs Nammautaq de Clyde River et Jerry Natanine** (*demandeurs*)

v.

c.

**TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest AS (MKI), and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest AS (MKI), et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)

and

et

**National Energy Board** (*Intervener*)

**Office national de l'énergie** (*intervenant*)

**INDEXED AS: HAMLET OF CLYDE RIVER v. TGS-NOPEC GEOPHYSICAL COMPANY ASA (TGS)**

**RÉPERTORIÉ : HAMEAU DE CLYDE RIVER c. TGS-NOPEC GEOPHYSICAL COMPANY ASA (TGS)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Dawson and Boivin J.J.A.—Toronto, April 20; Ottawa, August 17, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Dawson et Boivin, J.C.A.—Toronto, 20 avril; Ottawa, 17 août 2015.

*Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review of National Energy Board decision granting geophysical operations authorization (GOA) to TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) (collectively proponents) to undertake two-dimensional offshore seismic survey program (project) in Baffin Bay, Davis Strait — Application made pursuant to Canada Oil and Gas Operations Act, s. 5(1)(b) — Board later issuing GOA to proponents on specified terms, conditions — Environmental Assessment Report prepared by Board member attached to letter notifying proponents of GOA authorization — In Environmental Assessment Report, Board concluding that project at issue not likely resulting in significant adverse environmental effects — Whether Crown's duty to consult with Inuit in regard to project adequately fulfilled herein; whether Board erring in issuing GOA: specifically whether Board's reasons adequate, whether Board reasonably concluding that project not likely to result in significant adverse environmental effects, whether Board failing to consider Aboriginal, Treaty rights — Respecting adequate consultation, Court having to determine whether Crown's duty to consult properly, adequately discharged through Board's process — Potential impacts of project such that deep consultation required — Nature, scope of process afforded by Board sufficient to uphold honour of Crown — Board's process affording meaningful consultation sufficient that Crown could rely thereon to fulfill duty to consult — Environmental Assessment,*

*Peuples autochtones — Obligation de consulter — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique (AOG) à TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) (collectivement les promoteurs) en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis (le projet) — La demande a été présentée en vertu de l'art. 5(1)b) de la Loi sur les opérations pétrolières au Canada — L'Office a ensuite accordé aux promoteurs une AOG, assortie de conditions précises — Le rapport d'évaluation environnementale préparé par un membre de l'Office était joint à la lettre qui informait les promoteurs de l'octroi de l'AOG — Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'Office a conclu que le projet en cause n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants — Il s'agissait de déterminer si la Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet et si la Commission a commis une erreur en accordant l'AOG : plus précisément, il s'agissait de savoir si les motifs de l'Office étaient suffisants, si la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible de donner lieu à des effets environnementaux négatifs importants était raisonnable et si l'Office a omis de tenir compte des droits ancestraux ou issus de traités — En ce qui concerne le caractère adéquat des consultations, la Cour devait examiner la question de savoir si la Couronne s'est bien acquittée de son obligation de consulter*

terms, conditions imposed on GOA providing reasonable degree of accommodation of applicants' concerns about potential impacts project causing on applicants' s. 35 harvesting rights under Constitution Act, 1982 — Board's reasons adequate — Board's reasoning found in Environmental Assessment Report, terms, conditions imposed on GOA — Regarding Board's conclusion that project not likely to result in significant adverse environmental effects, Board analysing environmental effects in section 7 of Environmental Assessment, reviewing proposed mitigation measures, finding measures minimizing possibility of marine mammals concerned to suffer permanent or temporary hearing damage or behavioural change — As to Board's consideration of Aboriginal, Treaty rights, Board engaging in lengthy consideration about extent of Aboriginal consultation, potential impacts to traditional harvesting — Board knowing Inuit having s. 35 protected harvesting rights that needed to be taken into account — Application dismissed.

Energy — National Energy Board granting geophysical operations authorization (GOA) to TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) (collectively proponents) to undertake two-dimensional offshore seismic survey program (project) in Baffin Bay, Davis Strait — Application made pursuant to Canada Oil and Gas Operations Act, s. 5(1)(b) — Board later issuing GOA to proponents on specified terms, conditions — Environmental Assessment Report prepared by Board member attached to letter notifying proponents of GOA authorization — In Environmental Assessment Report, Board concluding that project at issue not likely resulting in significant adverse environmental effects — Whether Crown's duty to consult with Inuit in regard to project adequately fulfilled herein; whether Board erring in issuing GOA — Crown's duty to consult with Inuit in regard to project adequately fulfilled — Board's process affording meaningful consultation sufficient that Crown could rely thereon to fulfill duty to consult — Board not erring in issuing GOA — Board's reasons adequate — Regarding Board's conclusion that project not likely to result in significant adverse environmental effects, Board analysing environmental effects in section 7 of Environmental Assessment, reviewing proposed mitigation measures, finding

au moyen du processus de l'Office — Les effets éventuels du projet étaient tels qu'ils exigeaient une consultation approfondie — La nature et l'étendue du processus adopté par l'Office étaient suffisantes pour respecter l'honneur de la Couronne — Le processus utilisé par l'Office a constitué une consultation suffisante pour que la Couronne respecte par elle son obligation de consulter — L'évaluation environnementale et les conditions associées à l'AOG constituaient des mesures d'accommodement raisonnables qui répondent aux préoccupations des demandeurs au sujet des répercussions éventuelles du projet sur leur droit d'exploiter ces ressources, garanti par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les motifs dont a fait état l'Office étaient suffisants — Le raisonnement de l'Office ressortait de l'évaluation environnementale et des conditions dont était assortie l'AOG — Concernant la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, l'Office a analysé les effets environnementaux à la section 7 de l'évaluation environnementale, a examiné les mesures d'atténuation proposées et a conclu que ces mesures auraient pour effet de réduire la possibilité que les mammifères marins se trouvent trop proches de la décharge des canons à air et soient atteints d'une incapacité auditive temporaire ou permanente ou modifient leur comportement — Quant à l'examen des droits ancestraux ou issus de traités par l'Office, celui-ci a examiné minutieusement l'étendue des consultations faites auprès des Autochtones ainsi que les effets éventuels du projet sur l'exploitation traditionnelle des ressources — L'Office savait que les Inuits possédaient des droits d'exploitation protégés par l'art. 35 qui devaient être pris en compte — Demande rejetée.

Énergie — L'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique (AOG) à TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) (collectivement les promoteurs) en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis (le projet) — La demande a été présentée en vertu de l'art. 5(1)(b) de la Loi sur les opérations pétrolières au Canada — L'Office a par la suite accordé aux promoteurs une AOG, assortie de conditions précises — Le rapport d'évaluation environnementale préparé par un membre de l'Office était joint à la lettre qui informait les promoteurs de l'octroi de l'AOG — Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'Office a conclu que le projet en cause n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants — Il s'agissait de déterminer si la Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet et si la Commission a commis une erreur en accordant l'AOG — La Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet — Le processus utilisé par l'Office a constitué une consultation suffisante pour que la Couronne respecte par elle son obligation de consulter — La Commission n'a pas commis d'erreur en accordant l'AOG — Les motifs dont a fait état l'Office

*measures minimizing possibility of marine mammals concerned to suffer permanent or temporary hearing damage or behavioural change — Board also not failing to consider Aboriginal, Treaty rights.*

*Practice — Parties — Standing — National Energy Board granting geophysical operations authorization (GOA) to corporate respondents to undertake two-dimensional offshore seismic survey program in Baffin Bay, Davis Strait over 5-year period — Whether applicants having standing to bring application for judicial review of that decision — Applicants directly affected by decision; thus, having standing to challenge it based upon administrative law principles — Given realization of potential adverse impacts noted by Board affecting applicants' natural environment, livelihood of members of Hunters and Trappers Organization, applicants directly affected by decision within meaning of Federal Courts Act, ss. 18.1(1), 28(2) — Also, Nammautaq Hunters & Trappers Organization — Clyde River (HTO — Clyde River) having real stake, genuine interest in issues raised herein — Thus, HTO — Clyde River given public interest standing to assert issues relating to Aboriginal or Treaty rights.*

This was an application for judicial review of the decision of the National Energy Board to grant a geophysical operations authorization (GOA) to TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) (collectively the proponents) to undertake a two-dimensional offshore seismic survey program in Baffin Bay and the Davis Strait (project). The project was to be conducted in the open water season for up to five years. The application was made pursuant to paragraph 5(1)(b) of the *Canada Oil and Gas Operations Act*. In June 2014, the Board issued a GOA to the proponents on specified terms and conditions. Attached to the letter notifying the proponents of the GOA were the authorization itself, the terms and conditions that applied to the authorization and an Environmental Assessment Report prepared by a member of the Board on its behalf. In the Environmental Assessment Report, the Board concluded that the project at issue would not likely result in significant adverse environmental effects. The project was to take place in the Baffin Bay and the adjoining Davis Strait where the people of Clyde River, most of whom are Inuit, have relied upon the harvest of marine

*étaient suffisants — Concernant la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, l'Office a analysé les effets environnementaux à la section 7 de l'évaluation environnementale, a examiné les mesures d'atténuation proposées et a conclu que ces mesures auraient pour effet de réduire la possibilité que les mammifères marins se trouvent trop proches de la décharge des canons à air et soient atteints d'une incapacité auditive temporaire ou permanente ou modifient leur comportement — L'Office n'a pas non plus omis de tenir compte des droits ancestraux ou issus de traités.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — L'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique (AOG) à des sociétés défenderesses en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis sur une période de cinq ans — Il s'agissait de déterminer si les demandeurs avaient qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision — Les demandeurs étaient directement touchés par la décision et avaient donc qualité pour contester la décision en se fondant sur les principes du droit administratif — Étant donné que la concrétisation de ces effets négatifs éventuels toucherait l'environnement naturel des demandeurs ainsi que le mode de subsistance des membres de l'Organisation de chasseurs et trappeurs, ils étaient directement touchés par la décision au sens des art. 18.1(1) et 28(2) de la Loi sur les Cours fédérales — De plus, l'Organisation de chasseurs et trappeurs Nammautaq de Clyde River (OCT de Clyde River) avait également un motif réel et un intérêt authentique dans ces questions — Par conséquent, l'OCT de Clyde River avait le droit d'agir dans l'intérêt public et de soulever les questions touchant des droits ancestraux ou issus de traités.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique (AOG) à TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) (collectivement les promoteurs) en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis (le projet). Le projet devait être réalisé sur une durée de cinq ans ou moins pendant la saison des eaux libres. La demande a été présentée en vertu de l'alinéa 5(1)b) de la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*. En juin 2014, l'Office a accordé aux promoteurs une AOG, assortie de conditions précises. À la lettre qui informait les promoteurs de l'octroi de l'AOG étaient joints l'autorisation elle-même, les conditions dont elle était assortie et le rapport d'évaluation environnementale préparé par un membre de l'Office pour le compte de ce dernier. Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'Office a conclu que le projet en cause n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants. Le projet devait être réalisé dans la baie de Baffin et le détroit de Davis contigu, où les habitants de Clyde River, dont la

mammals there for their food security and their economic, cultural and spiritual well-being for generations.

The main issues were whether the applicants had standing to bring the application; whether the Crown's duty to consult with the Inuit in regard to the project was adequately fulfilled; and whether the Board erred in issuing the GOA — specifically whether the Board's reasons were adequate, whether the Board reasonably concluded that the project was not likely to result in significant adverse environmental effects, and whether the Board failed to consider Aboriginal and Treaty rights.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicants were directly affected by the decision and thus had standing to challenge it based upon administrative law principles. The Board acknowledged in its Environmental Assessment Report that a number of potential adverse environmental effects could flow from the project. Given that the realization of the potential adverse impacts noted by the Board would affect the applicants' natural environment and the livelihood of the members of the Hunters and Trappers Organization (HTO), they were directly affected by the decision within the meaning of subsections 18.1(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*. Whether the applicants should be granted standing to pursue claims based on Aboriginal or Treaty rights was also considered. The factors enumerated in Supreme Court of Canada case law were considered in determining whether to grant the applicants public interest standing. There was no doubt that the application raised serious justiciable issues about whether the Board's decision was reasonable and whether the Crown's obligation to consult was met. Also, the application for judicial review of the decision was a real and effective way to bring these issues before the Court. Furthermore, the Nammautaq Hunters & Trappers Organization – Clyde River had a real stake and genuine interest in these issues. In these circumstances, it was determined that it should be given public interest standing to assert issues relating to Aboriginal or Treaty rights.

With respect to the issue of adequate consultation, the Board has a mandate to engage in a consultation process such that the Crown may rely on that process to meet, at least in part, its duty to consult with Aboriginal peoples. The Supreme Court has affirmed that the duty to consult may be integrated into robust environmental assessment and regulatory review processes. In the present case, the Crown engaged in no additional or independent consultation. Therefore, it had to be

plupart sont des Inuits, assurent depuis des générations leur sécurité alimentaire ainsi que leur bien-être économique, culturel et spirituel grâce aux mammifères marins qui s'y trouvent.

Il s'agissait principalement de déterminer si les demandeurs avaient qualité pour présenter la demande, si la Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet et si la Commission a commis une erreur en accordant l'AOG. Plus précisément, il s'agissait de savoir si les motifs de l'Office étaient suffisants, si la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible de donner lieu à des effets environnementaux négatifs importants était raisonnable et si l'Office a omis de tenir compte des droits ancestraux ou issus de traités.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Les demandeurs étaient directement touchés par la décision et avaient donc qualité pour contester la décision en se fondant sur les principes du droit administratif. L'Office a reconnu dans son rapport d'évaluation environnementale que le projet pouvait donner lieu à un certain nombre d'effets environnementaux négatifs éventuels. Étant donné que la concrétisation de ces effets négatifs éventuels toucherait l'environnement naturel des demandeurs ainsi que le mode de subsistance des membres de l'Organisation de chasseurs et trappeurs (OCT), ils étaient directement touchés par la décision au sens des paragraphes 18.1(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La question de savoir s'il convenait d'accorder aux demandeurs la qualité nécessaire pour présenter des demandes fondées sur les droits ancestraux ou issus de traités a également été examinée. Les facteurs énumérés dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ont été pris en compte pour déterminer si les demandeurs devaient se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il ne fait aucun doute que la demande soulevait des questions justiciables sérieuses au sujet du caractère raisonnable de la décision de l'Office et du respect par la Couronne de son obligation de consulter. En outre, la demande de contrôle judiciaire de la décision était un mode concret et efficace de déférer ces questions à la Cour. L'OCT de Clyde River avait également un motif réel et un intérêt authentique dans ces questions. Dans les circonstances, il y avait lieu de lui reconnaître le droit d'agir dans l'intérêt public et de soulever les questions touchant des droits ancestraux ou issus de traités.

En ce qui concerne l'exigence de la consultation suffisante, l'Office a la mission de mener un processus de consultation permettant à la Couronne de se fonder sur ce processus pour respecter, en partie du moins, son obligation de consulter les peuples autochtones. La Cour suprême a déclaré que l'obligation de consulter pouvait s'intégrer à des processus d'examen réglementaire et d'évaluation environnementale rigoureux. En l'espèce, la Couronne n'a pas procédé à des consultations

determined whether the Crown's duty to consult was properly and adequately discharged through the Board's process.

As to the scope of the required consultation in this case, the potential impacts of the project were such that deep consultation was required. Adequate consultation here did not mandate the completion of a Strategic Environmental Assessment. The nature and scope of the process afforded by the Board was sufficient to uphold the honour of the Crown. The process provided timely notice of the project to potentially affected Aboriginal groups, including the Inuit of Clyde River. The proponents were required to provide detailed information about the project area and its design, to respond to comments provided to the Board by affected Aboriginal groups, to consult affected Aboriginal groups and to answer their questions. The Board held meetings at which community members could address concerns to the Board. The proponents changed aspects of the project's design as a result of the consultation process. The Board's regulatory process was designed to facilitate the participation of Aboriginal groups and to enable them to convey their views on the project. In its Environmental Assessment, the Board assessed the concerns raised by Aboriginal groups and the responses and undertakings of the proponents. The Report demonstrates that Aboriginal concerns were considered and shows how those concerns were taken into account by the Board in its Report and in the terms and conditions imposed on the GOA. Those terms and conditions shape how the project will go forward and allow Aboriginal concerns to be expressed at later stages of the project process. Therefore, the Board's process afforded meaningful consultation sufficient that the Crown may rely on it to fulfill its duty to consult. The Environmental Assessment and the terms and conditions imposed on the GOA provided a reasonable degree of accommodation of the applicants' concerns about potential impacts caused by the project on their section 35 harvesting rights under the *Constitution Act, 1982*.

The Board's reasons were adequate. The Board's reasoning was found in the Environmental Assessment Report and the terms and conditions imposed on the GOA. These reasons dealt with the real controversy as to the potential impacts of the project on the section 35 Aboriginal right to harvest wildlife. When the GOA is read in the light of the Environmental Assessment, the terms and conditions imposed on the GOA and the entirety of the Board's record, the Court was well able to understand why the GOA was issued.

suffisantes ou indépendantes. Par conséquent, il convenait d'examiner la question de savoir si la Couronne s'est bien acquittée de son obligation de consulter au moyen du processus de l'Office.

Quant à la portée des consultations requise en l'espèce, les effets éventuels du projet étaient tels qu'ils exigeaient une consultation approfondie. Ici, une consultation adéquate n'exigeait pas que l'on procède à une évaluation environnementale stratégique. La nature et l'étendue du processus adopté par l'Office étaient suffisantes pour respecter l'honneur de la Couronne. Les groupes autochtones susceptibles d'être touchés, y compris les Inuits de Clyde River, ont été informés du projet suffisamment d'avance dans le cadre du processus. Les promoteurs étaient tenus de produire des renseignements détaillés au sujet de la zone du projet et de sa conception, de répondre aux commentaires transmis à l'Office par les groupes autochtones concernés, de les consulter et de répondre à leurs questions. L'Office a tenu des réunions au cours desquelles les membres des collectivités pouvaient exposer leurs préoccupations à l'Office. Les promoteurs ont modifié certains aspects du projet à la suite des consultations. Le processus de réglementation de l'Office visait à faciliter la participation des groupes autochtones et à leur permettre de faire connaître leurs points de vue au sujet du projet. Par son évaluation environnementale, l'Office a pris en compte les préoccupations soulevées par les groupes autochtones ainsi que les réponses et les engagements donnés par les promoteurs. Il ressort du rapport que les préoccupations ont été prises en considération et il expose de quelle manière ces préoccupations ont été prises en considération par l'Office dans son évaluation et dans les conditions dont était assortie l'AOG. Ces conditions encadrent la mise en œuvre du projet et permettent aux Autochtones de faire connaître leurs préoccupations au cours des étapes ultérieures du déroulement du projet. Ainsi, le processus utilisé par l'Office a constitué une consultation suffisante pour que la Couronne respecte par elle son obligation de consulter. L'évaluation environnementale et les conditions associées à l'AOG constituaient des mesures d'accommodement raisonnables qui répondent aux préoccupations des demandeurs au sujet des répercussions éventuelles du projet sur leur droit d'exploiter ces ressources, garanti par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les motifs dont a fait état l'Office étaient donc suffisants. Le raisonnement de l'Office ressortait de l'évaluation environnementale et des conditions dont était assortie l'AOG. Ces motifs discutent la vraie controverse relative aux répercussions que pourrait avoir le projet sur le droit ancestral d'exploiter les ressources fauniques garanti par l'article 35. Lorsque l'on combine l'AOG et l'évaluation environnementale, avec les conditions dont l'AOG est assortie ainsi qu'avec l'ensemble du dossier de l'Office, la Cour était tout à fait en mesure de comprendre pourquoi celui-ci a délivré l'AOG.

Regarding the Board's conclusion that the project was not likely to result in significant adverse environmental effects, the Board analysed the environmental effects in section 7 of the environmental assessment, reviewed the proposed mitigation measures and found those measures would minimize the possibility of marine mammals concerned to suffer permanent or temporary hearing damage or behavioural change. After concluding that the project was not likely to cause significant adverse effects, the Board went on to consider any potential cumulative environmental effects. In its view, these would be minimal due to the mitigation measures. There was an extensive evidentiary record before the Board. The applicants did not point to any finding the Board made that was not supported by any evidence or establish that the evidentiary record before the Board was in any way flawed.

As to the Board's consideration of Aboriginal and Treaty rights, the Board engaged in lengthy consideration about the extent of Aboriginal consultation and the potential impacts to traditional harvesting. The Board knew the Inuit had section 35 protected harvesting rights that had to be taken into account.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C., 1985, c. O-7, ss. 4(b), 5(1)(b), 5.1(1)(a), 5.2(2), 5.31(3).  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (rep. by S.C. 2012, c. 19, s. 66), ss. 2(1) "environmental effect", 5(1)(d), 18(3), 37(1).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(1), 28(2).  
*Hamlets Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. H-1, s. .01.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 12(2).  
*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in Right of Canada*, May 25, 1993, Art. 5.2.33, 5.2.34, 5.7.1, 5.7.3(d), 12.2.2, 15.3.4, online: <<http://www.gov.nu.ca/sites/default/files/files/013%20-%20Nunavut-Land-Claims-Agreement-English.pdf>>.

Concernant la conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, l'Office a analysé les effets environnementaux à la section 7 de l'évaluation environnementale, a examiné les mesures d'atténuation proposées et a conclu que ces mesures auraient pour effet de réduire la possibilité que les mammifères marins se trouvent trop proches de la décharge des canons à air et soient atteints d'une incapacité auditive temporaire ou permanente ou modifient leur comportement. Après avoir conclu que le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets négatifs importants, l'Office a examiné la question des effets environnementaux cumulatifs éventuels. De l'avis de l'Office, ces effets seraient minimes en raison des mesures d'atténuation proposées. L'Office disposait d'un dossier très complet. Les demandeurs n'ont signalé aucune conclusion de l'Office qui ne serait pas étayée par les preuves, ni démontré que les éléments de preuve présentés à l'Office étaient viciés de quelque façon que ce soit.

Quant à l'examen des droits ancestraux ou issus de traités par l'Office, celui-ci a examiné minutieusement l'étendue des consultations faites auprès des Autochtones ainsi que les effets éventuels du projet sur l'exploitation traditionnelle des ressources. L'Office savait que les Inuits possédaient des droits d'exploitation protégés par l'article 35 qui devaient être pris en compte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Hamlets Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, ch. H-1, art. .01.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (abrogé par L.C. 2012, ch. 19, art. 66), art. 2(1) « effets environnementaux », 5(1)d), 18(3), 37(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1), 28(2).  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29.  
*Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. (1985), ch. O-7, art. 4b), 5(1)b), 5.1(1)a), 5.2(2), 5.31(3).  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 12(2).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 25 mai, 1993, article 5.2.33, 5.2.34, 5.7.1, 5.7.3(d), 12.2.2, 15.3.4, en ligne : <<http://nmi.gov.nu.ca/sites/nmi.gov.nu.ca/files/06NLCA-Fr.pdf>>.



## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103.

## DISTINGUISHED:

*Williams v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2003 FCT 30, 227 F.T.R. 96.

## CONSIDERED:

*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388.

## REFERRED TO:

*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, (1994), 112 D.L.R. (4th) 129.

## AUTHORS CITED

Lambrecht, Kirk N. *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada*. Regina: University of Regina Press, 2013.

National Energy Board. "Environmental Assessment Report for the Northeastern Canada 2D Seismic Survey (Baffin Bay/Davis Strait)", June 26, 2014, online: <<https://www.neb-one.gc.ca/nrth/dscvr/2011tgs/nvsssmnt/nvsssmnt-eng.pdf>>.

National Energy Board. "Geophysical Operations Authorization Letter with Terms and Conditions", June 26, 2014, online: <<https://www.neb-one.gc.ca/nrth/dscvr/2011tgs/nvsssmnt/2014-06-26trmndtn-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the decision of the National Energy Board to grant a geophysical operations authorization on specified terms and

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Williams c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2003 CFPI 30.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159.

## DOCTRINE CITÉE

Lambrecht, Kirk N. *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada*. Regina : University of Regina Press, 2013.

Office national de l'énergie. « Lettre d'autorisation de mener des travaux géophysiques assortie de conditions », 26 juin 2014, en ligne : <<https://www.neb-one.gc.ca/nrth/dscvr/2011tgs/nvsssmnt/2014-06-26trmndtn-fra.pdf>>.

Office national de l'énergie. « Rapport d'évaluation environnementale sur les Levés Sismiques Bidimensionnels dans le nord-est du Canada (Baie de Baffin/Détroit de Davis) », 26 juin 2014, en ligne : <<https://www.neb-one.gc.ca/nrth/dscvr/2011tgs/nvsssmnt/nvsssmnt-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Office national de l'énergie a accordé une autorisation d'opération géophysique sous réserve de

conditions to TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) to undertake a two-dimensional offshore seismic survey program in Baffin Bay and the Davis Strait. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Nader R. Hasan* for applicants.  
*Sandy Carpenter* for respondent TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).  
*Nancy G. Rubin, Q.C.*, for respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI).  
*Kenneth Landa* and *Donna Keats* for respondent Attorney General of Canada.  
*Andrew Hudson* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD

*Ruby Shiller Chan Hasan*, Toronto, for applicants.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Calgary, for respondent TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).  
*Stewart McKelvey*, Halifax, for respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI).  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.  
*National Energy Board*, Calgary, Alberta, for the intervener.

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

[1] DAWSON J.A.: Clyde River (in Inuktitut: *Kanngiqtugaapik* - ᑕᑎᑎᑖᑦᑭᑦᑭᑦᑭᑦ) is an Inuit hamlet located on the northeast coast of Baffin Island on Patricia Bay. Patricia Bay lies off the Clyde Inlet, an arm of Baffin Bay in the Qikiqtaaluk Region of Nunavut. The vast majority of the residents of Clyde River are Inuit.

[2] For generations the people of Clyde River have relied upon the harvest of marine mammals in Baffin Bay and the adjoining Davis Strait for their food security and their economic, cultural and spiritual well-being.

conditions précises à TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) en vue d'effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Nader R. Hasan* pour les demandeurs.  
*Sandy Carpenter* pour le défendeur TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).  
*Nancy G. Rubin, c.r.*, pour les défendeurs Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI).  
*Kenneth Landa* et *Donna Keats* pour le défendeur le procureur général du Canada.  
*Andrew Hudson* pour l'intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ruby Shiller Chan Hasan*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Calgary, pour le défendeur TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).  
*Stewart McKelvey*, Halifax, pour les défendeurs Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur le procureur général du Canada.  
*Office national de l'énergie*, Calgary (Alberta) pour l'intervenant.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Clyde River (en Inuktitut : *Kanngiqtugaapik*- ᑕᑎᑎᑖᑦᑭᑦᑭᑦᑭᑦ) est un hamlet inuit situé sur la côte nord-est de l'île de Baffin sur la baie Patricia. La baie Patricia est située à proximité du passage Clyde, constitué par un bras de la baie de Baffin dans la région Qikiqtaaluk du Nunavut. La grande majorité des résidents de Clyde River sont des Inuits.

[2] Pendant des générations, la population de Clyde River a assuré sa sécurité alimentaire ainsi que son bien-être économique, culturel et spirituel grâce aux mammifères marins de la baie de Baffin et du détroit

Marine mammals of particular importance to the community are the bowhead whale, the narwhal, the ringed, bearded and harp seals, and the polar bear.

[3] The Davis Strait/Baffin Bay populations of bowhead whales have been identified as “threatened” under the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (SARA) and by the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC). Both SARA and COSEWIC identify the narwhal of the Eastern Arctic as being of “special concern”.

[4] In May, 2011, TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) and Multi Klient Invest AS (MKI) (together the proponents) applied to the National Energy Board (Board) for a geophysical operations authorization (GOA) to undertake a two-dimensional offshore seismic survey program in Baffin Bay and the Davis Strait (Project). The Project was to be conducted in the open water season for up to five years. The application was made pursuant to paragraph 5(1)(b) of the *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C., 1985, c. O-7 (COGOA or the Act).

[5] On June 26, 2014, the Board issued a GOA to the proponents on specified Terms and Conditions [“Geophysical Operations Authorization Letter with Terms and Conditions”]. Attached to the letter notifying the proponents of the issuance of the GOA were the authorization itself, the terms and conditions that applied to the authorization and an environmental assessment report [“Environmental Assessment Report for the Northeastern Canada 2D Seismic Survey (Baffin Bay/Davis Strait)”] prepared by a member of the Board on its behalf.

[6] In the environmental assessment [Environmental Assessment Report, Report, or environmental assessment], the Board concluded that [at section 8] “with the implementation of [the project operator’s] commitments, environmental protection procedures and mitigation measures, and compliance with the Board’s regulatory requirements and conditions included in this [Environmental Assessment] Report, the Project is not

de Davis qui lui est contigu. Les mammifères marins qui intéressent particulièrement cette collectivité sont les baleines boréales, les narvals, les phoques annelés et barbus, les phoques du Groenland et les ours polaires.

[3] Les populations de baleines boréales qui vivent dans la baie de Baffin et le détroit de Davis ont été qualifiées de « menacées » au sens de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la LEP) ainsi que par le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC). Tant la LEP que le COSEPAC qualifient le narval de l’Arctique de l’Est d’« espèce préoccupante ».

[4] En mai 2011, TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), Petroleum Geo-Services Inc. (PGS) et Multi Klient Invest AS (MKI) (collectivement, les promoteurs) ont demandé à l’Office national de l’énergie (l’Office) une autorisation d’opération géophysique (AOG) en vue d’effectuer des levés sismiques bidimensionnels dans la baie de Baffin et le détroit de Davis (le projet). Le projet devait être réalisé sur une durée de cinq ans ou moins pendant la saison des eaux libres. La demande a été présentée en vertu de l’alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. (1985), ch. O-7 (la LOPC ou la Loi).

[5] Le 26 juin 2014, l’Office a accordé aux promoteurs une AOG, assortie de conditions précises [« Lettre d’autorisation de mener des travaux géophysiques assortie de conditions »]. À la lettre qui informait les promoteurs de l’octroi de l’AOG étaient joints l’autorisation elle-même, les conditions dont elle était assortie et le rapport d’évaluation environnementale [« Rapport d’évaluation environnementale sur les Levés Sismiques Bidimensionnels dans le Nord-Est du Canada (Baie de Baffin/détroit de Davis »] préparé par un membre de l’Office pour le compte de ce dernier.

[6] Par l’évaluation environnementale, l’Office a conclu que [rapport d’évaluation environnementale, à la section 8] « pourvu que soient respectés les engagements de [l’opérateur du projet] et que soient appliquées les procédures de protection de l’environnement et les mesures d’atténuation proposées [...], ainsi que les exigences de la réglementation de l’Office et les conditions prévues dans le présent rapport [d’évaluation

likely to result in significant adverse environmental effects.”

environnementale], le projet proposé n’est pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants ».

[7] This is an application for judicial review of the decision of the Board to grant the GOA (Decision).

[7] La demande de contrôle judiciaire porte sur la décision de l’Office d’accorder l’AOG (la décision).

I. The Issues

I. Les questions en litige

[8] The issues raised on this application are:

[8] Voici les questions que soulève la présente demande :

1. Do the applicants have standing to bring this application?

1. Les demandeurs ont-ils qualité pour présenter la demande?

2. Was the Crown’s duty to consult with the Inuit in regard to the Project adequately fulfilled?

2. La Couronne a-t-elle respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet?

3. Did the Board err in issuing the GOA? Specifically:

3. La Commission a-t-elle commis une erreur en accordant l’AOG? Plus précisément :

a. Were the Board’s reasons adequate?

a. Les motifs de l’Office étaient-ils suffisants?

b. Did the Board reasonably conclude that the Project is not likely to result in significant adverse environmental effects?

b. La conclusion de l’Office selon laquelle le projet n’est pas susceptible de donner lieu à des effets environnementaux négatifs importants est-elle raisonnable?

c. Did the Board fail to consider Aboriginal and Treaty rights?

c. L’Office a-t-il omis de tenir compte des droits ancestraux ou issus de traités?

4. Was the Crown obliged to seek the advice of the Nunavut Wildlife Management Board?

4. La Couronne était-elle tenue d’obtenir l’avis du Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut?

[9] For the reasons that follow, I have concluded that:

[9] Par les motifs qui suivent, je conclus :

1. The applicants have standing to bring this application.

1. Les demandeurs ont qualité pour présenter la présente demande.

2. The Crown adequately fulfilled its duty to consult with the Inuit in regard to the Project.

2. La Couronne a respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet.

3. The Board did not err in issuing the GOA.

3. L’Office n’a pas commis d’erreur en accordant l’AOG.

4. The Crown was not obliged to seek the advice of the Nunavut Wildlife Management Board.

4. La Couronne n'était pas tenue de demander l'avis du Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut.

It follows that I would dismiss this application with costs in favour of the Attorney General of Canada. I would not award costs to the proponents.

Par conséquent, je rejetterais la présente demande avec dépens en faveur du procureur général du Canada. Je n'accorderais pas des dépens aux promoteurs.

II. Do the applicants have standing to bring this application?

II. Les demandeurs ont-ils qualité pour présenter la demande?

[10] The Attorney General raises, as a preliminary issue, whether the applicants have standing to challenge the Decision. In his submission, the applicants are not directly affected by the Decision. Nor should the applicants be granted public interest standing.

[10] Le procureur général soulève, à titre de question préliminaire, la question de savoir si les demandeurs ont qualité pour contester la décision. Il soutient que les demandeurs ne sont pas directement touchés par la décision. Selon lui, il n'y a pas non plus lieu d'accorder aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[11] The Attorney General is partially supported in this view by the proponents. TGS accepts that the applicants have standing to make administrative law arguments. It argues, however, that the applicants do not have standing to pursue claims based on Aboriginal or Treaty rights. PGS and MKI adopt and endorse this submission.

[11] Les promoteurs admettent en partie l'argument du procureur général. TGS admet que les demandeurs ont qualité pour avancer des moyens puisés dans le droit administratif. Elle soutient par contre que les demandeurs n'ont pas qualité pour présenter des demandes fondées sur des droits ancestraux ou issus de traités. PGS et MKI retiennent et appuient cet thème.

[12] I begin consideration of this issue by describing the applicants. The Hamlet is a municipal corporation which exercises power pursuant to the *Hamlets Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. H-1. This Act provides, in section .01, that the purpose of municipal governments include providing good government and developing safe and viable municipalities.

[12] Je commencerai l'examen de cette question par la description des demandeurs. Le Hameau est une administration municipale qui exerce ses pouvoirs conformément à la *Hamlets Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, ch. H-1. Cette loi dispose, à l'article .01, que les administrations municipales ont pour fins d'administrer sainement leurs affaires et d'assurer la sûreté et la viabilité des municipalités.

[13] The Nammautaq Hunters & Trappers Organization – Clyde River (HTO – Clyde River) is a Hunters and Trappers Organization (HTO) as defined in the Nunavut Land Claims Agreement [*Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in Right of Canada*, May 25, 1993]. As such, it is mandated to oversee wildlife harvesting by Inuit (Article 5.7.1) and to manage wildlife harvesting among its members (Article 5.7.3(d)). Where a right of action arises to an Inuk, the HTO of which that Inuk is a member may sue to enforce the right on the Inuk's behalf.

[13] L'organisation des chasseurs et trappeurs Nammautaq de Clyde River (l'OCT de Clyde River) est une organisation de chasseurs et de trappeurs (OCT) au sens de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut [*Accord entre les Inuit de la région Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 25 mai 1993]. À ce titre, elle a pour mission de surveiller l'exercice des activités de récolte des Inuits (article 5.7.1) et de gérer les activités de récolte des membres (alinéa 5.7.3d)). Lorsqu'un Inuk jouit d'un droit d'action, l'OCT dont il est membre peut ester en justice pour exercer ce droit.

[14] Jerry Natanine is a resident of Clyde River and is currently its Mayor.

[15] In my view, as TGS submits, the applicants are directly affected by the Decision and so have standing to challenge the Decision based upon administrative law principles. I reach this conclusion on the following basis.

[16] The Board acknowledged in its environmental assessment that a number of potential adverse environmental effects could flow from the Project. These included a decrease in local ambient air and water quality, potential disturbance of traditional and commercial resource use if the seismic survey changed the migration route of marine mammals or fish, and adverse changes to the “ecosystem process” and marine presence due to spills or accidents. As the realization of any of these potential adverse impacts would affect the applicants’ natural environment and the livelihood of the members of the HTO, they are directly affected by the decision within the meaning of subsections 18.1(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[17] The Board’s findings referred to in the above paragraph make the authorities relied upon by the Attorney General distinguishable. For example, in *Williams v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2003 FCT 30, 227 F.T.R. 96, a First Nation was found not to have standing to challenge the issuance of a marine mammal predator control licence. The First Nation was found not to be directly affected by the granting of the licence because it adduced no evidence that the licence had any detrimental impact on its members’ ability to hunt seals.

[18] I next consider whether the applicants should be granted standing to pursue claims based upon Aboriginal or Treaty rights.

[19] In *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*,

[14] Jerry Natanine est un résident de Clyde River et il en est actuellement le maire.

[15] À mon avis, comme le soutient TGS, les demandeurs sont directement touchés par la décision et ont donc qualité pour contester la décision en se fondant sur les principes du droit administratif. J’en arrive à cette conclusion par le raisonnement suivant.

[16] L’Office a reconnu par évaluation environnementale que le projet pouvait donner lieu à un certain nombre d’effets environnementaux négatifs éventuels. Ces effets comprenaient une diminution de la qualité de l’eau et de l’air ambiant, la perturbation possible de l’utilisation traditionnelle et commerciale des ressources si les levés sismiques modifient les voies de migration des mammifères marins ou du poisson ainsi qu’un changement indésirable du « processus écosystémique » et de la présence de vie marine à cause de déversements ou d’accidents. Étant donné que la concrétisation de ces effets négatifs éventuels toucherait l’environnement naturel des demandeurs ainsi que le mode de subsistance des membres de l’OCT, ils sont directement touchés par la décision au sens des paragraphes 18.1(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[17] Les conclusions qu’a tirées l’Office et qui sont énumérées au paragraphe ci-dessus permettent d’opérer une distinction entre la jurisprudence citée par le procureur général et le cas qui nous occupe. Par exemple, dans l’affaire *Williams c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2003 CFPI 30, la Cour fédérale a conclu que la Première Nation n’avait pas qualité pour contester l’octroi d’un permis de contrôle des mammifères marins prédateurs. Il a été jugé que la Première Nation n’était pas directement touchée par l’octroi du permis parce qu’elle n’avait présenté aucun élément de preuve dont il ressortait que le permis avait nui à la capacité de ses membres de chasser les phoques.

[18] J’examinerai maintenant la question de savoir s’il convient d’accorder aux demandeurs la qualité nécessaire pour présenter des demandes fondées sur les droits ancestraux ou issus de traités.

[19] A l’occasion de l’affaire *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United*

2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 [*Downtown Eastside Sex Workers*], at paragraph 37, the Supreme Court enumerated three factors to be considered in the exercise of discretion to grant public interest standing:

- (i) whether there is a serious justiciable issue raised;
- (ii) whether the applicant or plaintiff has a real stake or genuine interest in the issue; and
- (iii) whether, in all of the circumstances, the proposed proceeding is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts.

[20] According to the Attorney General, these factors do not militate in favour of granting standing to the Hamlet or its Mayor. The Attorney General also submits that HTO – Clyde River may have public interest standing because its members have harvesting rights within the Nunavut Settlement Area pursuant to the Nunavut Land Claims Agreement—a land claim agreement contemplated by section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982 c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In this event, the Attorney General submits that the HTO – Clyde River must be styled as representing its members.

[21] The proponents object that the HTO – Clyde River failed to file evidence it was authorized by the collective rights holding body under the Nunavut Land Claims Agreement to pursue these claims.

[22] In *Downtown Eastside Sex Workers*, the Supreme Court instructed that when considering whether to grant standing, courts should exercise their discretion and balance the underlying rationale for restricting standing with the important role of the courts in assessing the legality of government action. At the root of the law of

*Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 [*Downtown Eastside Sex Workers*], au paragraphe 37, la Cour suprême a recensé trois facteurs à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public :

- i) Une question justiciable sérieuse est-elle soulevée?
- ii) Le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de la question?
- iii) Compte tenu de toutes les circonstances, la poursuite proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de déférer la question au juge?

[20] D'après le procureur général, ces facteurs ne constituent pas une raison de reconnaître la qualité pour agir au Hameau ou à son maire. Le procureur général soutient également que l'OCT de Clyde River a peut-être qualité pour agir dans l'intérêt public parce que ses membres possèdent des droits en matière d'exploitation des ressources fauniques dans la région du Nunavut aux termes de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut — un accord relatif aux revendications territoriales visé par l'article 35 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]]. Si c'est le cas, le procureur général soutient que l'OCT de Clyde River doit figurer dans l'intitulé à titre de représentant de ses membres.

[21] Les promoteurs font valoir que l'OCT de Clyde River n'a pas présenté d'éléments de preuve dont il ressort qu'elle était autorisée par l'entité détentrice des droits collectifs aux termes de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut à présenter ces demandes.

[22] À l'occasion de l'affaire *Downtown Eastside Sex Workers*, la Cour suprême a déclaré que, lorsqu'il s'agit de rechercher s'il est justifié de reconnaître la qualité pour agir, le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire et mettre en balance, d'une part, le raisonnement qui sous-tend les restrictions à cette reconnaissance et,

standing is the need to balance ensuring access to the courts with preserving judicial resources (reasons of the Supreme Court, at paragraph 23). The requirements for standing are to be addressed in a liberal and generous manner (reasons of the Supreme Court, at paragraph 2).

[23] Subsequently, this approach was applied to allow the Manitoba Metis Federation to advance “a collective claim of the Metis people” (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paragraphs 43 and 44).

[24] In my view, there is no doubt that the application raises serious justiciable issues about whether the Board’s decision was reasonable and whether the Crown’s obligation to consult was met. As well, I have no doubt that the application for judicial review of the Decision is a real and effective way to bring these issues before the Court. Applying *Manitoba Metis Federation*, I also have no doubt that the HTO – Clyde River has a real stake and genuine interest in these issues. I am satisfied that in these circumstances it should be given public interest standing.

[25] Having concluded that all of the applicants are directly affected by the Decision, and that the HTO – Clyde River should be given public interest standing, it is not necessary to consider whether the Hamlet and its Mayor should be given public interest standing. It is sufficient that the HTO – Clyde River has standing to assert issues relating to Aboriginal or Treaty rights.

[26] This said, it is relevant to consider the position of the respondents on the substantive issues raised in this application: they all assert that the Crown’s duty to consult was satisfied through the Board’s process. As will be explained in greater detail below, in its environmental assessment, the Board found that the Project operator had made sufficient efforts to consult with potentially affected Aboriginal groups and to address

d’autre part, le rôle important qu’ils jouent lorsqu’ils se prononcent sur la validité des mesures prises par le gouvernement. Les règles de droit relatives à la qualité pour agir tirent leur origine de la nécessité d’établir un équilibre entre l’accès à la justice et la nécessité d’économiser les ressources judiciaires (motifs de la Cour suprême, au paragraphe 23). Le juge doit examiner la question de la qualité pour agir de façon libérale et souple (motifs de la Cour suprême, au paragraphe 2).

[23] Par la suite, cette approche a été appliquée pour permettre à la Manitoba Métis Federation de présenter « une demande collective, au nom du peuple métis » (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, aux paragraphes 43 et 44).

[24] À mon avis, il ne fait aucun doute que la demande soulève des questions justiciables sérieuses au sujet du caractère raisonnable de la décision de l’Office et du respect par la Couronne de son obligation de consulter. En outre, je n’ai nul doute que la demande de contrôle judiciaire de la décision est un mode concret et efficace de déférer ces questions à la Cour. En m’appuyant sur la jurisprudence *Manitoba Metis Federation*, je n’ai nul doute que l’OCT de Clyde River a un motif réel et un intérêt authentique dans ces questions. Je conclus qu’il y a lieu dans les circonstances de lui reconnaître le droit d’agir dans l’intérêt public.

[25] Comme j’ai conclu que tous les demandeurs sont directement touchés par la décision et qu’il y a lieu d’accorder à l’OCT de Clyde River la qualité pour agir dans l’intérêt public, il est inutile de rechercher s’il y a lieu d’accorder également cette qualité au Hameau et à son maire. Il suffit que l’OCT de Clyde River ait la qualité pour soulever les questions touchant des droits ancestraux ou issus de traités.

[26] Cela dit, il est pertinent d’examiner la thèse des défendeurs sur les questions substantielles soulevées dans la présente demande : ils affirment tous que la Couronne a respecté son obligation de consulter par le truchement du processus suivi par l’Office. Comme je l’expliquerai de façon plus détaillée, dans son évaluation environnementale, l’Office a conclu que le chargé du projet avait fait suffisamment d’efforts pour consulter



their concerns. The Board also found that Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the Board's environmental assessment process by attending public meetings held by the Board and by filing letters of comment with the Board.

[27] On the first point, the Board appended as Appendix 2 to its environmental assessment a summary list of MKI's consultation activities. Included on the list were two meetings with the community of Clyde River, a meeting with the Mayor and Council of Clyde River, a meeting with the HTO – Clyde River and what appears to be a joint meeting with the Council of the Hamlet and the HTO – Clyde River. Also listed were consultations with other communities and HTOs. Comments were also sent by the residents of Pond Inlet. On the second point, letters of comment were sent to the Board by Clyde River; a joint letter was sent from the Municipality of Clyde River (signed by its Mayor) and the HTO – Clyde River.

[28] In this circumstance, it appears that the respondents rely upon the participation of the applicants and other similarly situated entities in the consultative process to argue it was a robust process, while at the same time the Attorney General (and to a lesser extent the proponents) argue the applicants ought not to be permitted to challenge the Decision. Had I found it necessary to decide whether the Hamlet and its Mayor had public interest standing, this would have been, in my view, a relevant consideration.

[29] Having dealt with the issue of standing, I turn to the issue of the requirement of adequate consultation.

III. Was the Crown's duty to consult with the Inuit in regard to the Project adequately fulfilled?

[30] The applicants assert that:

les groupes autochtones susceptibles d'être touchés et pour répondre à leurs préoccupations. L'Office a également conclu que les groupes autochtones avaient eu suffisamment d'occasions de participer à son processus d'évaluation environnementale en assistant aux assemblées publiques organisées par celui-ci et en déposant devant lui des lettres de commentaires.

[27] S'agissant du premier point, l'Office a joint, à titre d'annexe 2 à son évaluation environnementale, le résumé de la liste des activités de consultation menées par MKI. Figurent dans cette liste deux réunions avec la collectivité de Clyde River, une réunion avec le maire et le Conseil de Clyde River, une réunion avec l'OCT de Clyde River et ce qui semble être une réunion conjointe avec le Conseil du Hameau et l'OCT de Clyde River. Figurent également sur cette liste des consultations avec d'autres collectivités et OCT. Des observations ont également été transmises par des résidents de Pond Inlet. Au sujet du deuxième point, des observations ont été envoyées par écrit par Clyde River à l'Office; une lettre conjointe a été envoyée par la municipalité de Clyde River (signée par son maire) et l'OCT de Clyde River.

[28] Dans les circonstances, il semble que les défendeurs s'appuient sur la participation des demandeurs et de celle d'autres entités se trouvant dans une situation semblable au processus de consultation pour soutenir que ce processus était rigoureux, tandis que le procureur général (et dans une moindre mesure, les promoteurs) soutient également que les demandeurs ne devraient pas être autorisés à contester la décision. Si j'avais jugé nécessaire de décider si le Hameau et son maire avaient qualité pour agir dans l'intérêt public, cette question aurait été, à mon avis, pertinente.

[29] La question de la qualité pour agir étant réglée, j'examinerai maintenant l'exigence de la consultation suffisante.

III. La Couronne a-t-elle respecté son obligation de consulter les Inuits au sujet du projet?

[30] Les demandeurs affirment ce qui suit :

- |  |   |
|--|---|
| <p>(i) the duty to consult was triggered by the Board's receipt of the proponents' GOA application;</p>  | <p>i) la réception par l'Office de la demande d'AOG présentée par les promoteurs a donné naissance à l'obligation de consulter;</p>   |
| <p>(ii) given that the Inuit possessed Treaty rights to harvest marine mammals in Baffin Bay and the Davis Strait, and given the impact of the Project on those rights, the duty to consult lies at the high end of the consultative spectrum;</p>   | <p>ii) étant donné que les Inuits possédaient des droits issus de traités en matière d'exploitation de mammifères marins dans la baie de Baffin et le détroit de Davis et compte tenu des répercussions du projet sur ces droits, l'obligation de consulter se situe à l'extrémité supérieure de l'éventail des obligations en matière de consultation;</p>                                       |
| <p>(iii) when the duty lies at the high end of the consultative spectrum, there must be meaningful attempts to engage the Inuit in the decision-making process; this may include a requirement that the Inuit's rights and interests be accommodated; and</p>  | <p>iii) lorsque l'obligation en question se situe à l'extrémité supérieure de ce continuum, il faut véritablement essayer de faire participer les Inuits au processus décisionnel; cela peut obliger les promoteurs à accommoder les intérêts et les droits des Inuits;</p>   |
| <p>(iv) the Crown has done "virtually nothing" to discharge its duty.</p>  | <p>iv) la Couronne n'a [TRADUCTION] « pratiquement rien fait » pour respecter son obligation.</p>   |
| <p>[31] In response, the Attorney General submits:</p>   | <p>[31] En réponse, le procureur général soutient ce qui suit :</p>   |
| <p>(i) Canada owed a duty to consult the Inuit residing in Clyde River and other communities in respect of potential adverse impacts to any rights established or asserted under section 35 of the <i>Constitution Act, 1982</i> that might result from the authorization of the Project;</p>  | <p>i) le Canada avait l'obligation de consulter les Inuits qui résidaient à Clyde River ainsi que d'autres collectivités au sujet des conséquences négatives éventuelles sur les droits établis ou invoqués aux termes de l'article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> auxquelles pourrait donner lieu l'autorisation du projet;</p>   |
| <p>(ii) the scope of consultation owed was at the mid-range of the consultative spectrum;</p>  | <p>ii) la portée de la consultation exigée se situait au milieu de l'éventail des consultations;</p>  |
| <p>(iii) in fulfilling its duty to consult, Canada relied on the consultative efforts of the proponents and their agents, and on the administrative process of the Board. The consultation process, including the Board's environmental assessment, were specifically designed to hear and consider all of the applicants' concerns; and</p> | <p>iii) le Canada a respecté son obligation de consulter en se fondant sur les activités de consultation menées par les promoteurs et leurs agents et sur le processus administratif de l'Office. Le processus de consultation, y compris l'évaluation environnementale de l'Office, visait précisément à prendre connaissance de toutes les préoccupations des demandeurs et à les examiner;</p> |
| <p>(iv) the GOA, when read with the terms and conditions imposed on the Project and the environmental</p>  | <p>iv) l'AOG représente, compte tenu des conditions imposées pour le projet et du rapport d'évaluation</p>  |

assessment report, amounts to a reasonable degree of accommodation of the applicants' concerns regarding potential impacts to their section 35 harvesting rights.

[32] The Attorney General's submissions are supported by the proponents who also argue that the Board's process could and did fulfil the duty to consult.

[33] Prior to addressing these submissions, I will review the applicable standard of review to be applied to the Decision and then review the relevant legal principles.

#### A. *Standard of review*

[34] Questions as to the existence of the duty to consult and the extent or content of the duty are legal questions, reviewable on the standard of correctness. The consultation process and the adequacy of consultation is a question of mixed fact and law, reviewable on the standard of reasonableness (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 [*Haida Nation*], at paragraphs 61 and 62; and *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 [*Rio Tinto*], at paragraph 64).

[35] The adequacy of the Board's reasons are to be addressed within the framework of the reasonableness analysis, (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraphs 14–22).

[36] Similarly, the merits of the Board's decision to issue the GOA is reviewable on the standard of reasonableness because the Board's decision was fact based, informed by legislation closely connected to its function.

environnementale, un effort raisonnable de prise en compte des préoccupations des demandeurs au sujet des répercussions possibles sur leurs droits garantis par l'article 35, en matière d'exploitation des ressources fauniques.

[32] Les promoteurs du projet appuient les arguments présentés par le procureur général et soutiennent également que le processus de l'Office respectait l'obligation de procéder à des consultations.

[33] Avant de me pencher sur ces observations, j'examinerai la norme de contrôle applicable à la décision et passerai ensuite en revue les principes juridiques applicables.

#### A. *La norme de contrôle*

[34] Les questions touchant l'existence de l'obligation de consulter et l'étendue ou le contenu de cette obligation sont des questions juridiques qui appellent un examen selon la norme de la décision correcte. Le processus de consultation et le caractère suffisant des consultations sont une question mélangée de faits et de droit, qui commande l'application de la norme de la décision raisonnable (*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 [*Nation Haïda*], aux paragraphes 61 et 62; et *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 [*Rio Tinto*], au paragraphe 64).

[35] Le caractère suffisant des motifs de l'Office doit être examiné dans le cadre de l'analyse fondée sur la raisonabilité (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, aux paragraphes 14 à 22).

[36] De la même façon, le bien-fondé de la décision qu'a prise l'Office d'accorder une AOG est susceptible d'examen au fond selon la norme de la décision raisonnable parce que la décision de l'Office était fondée sur les faits et sur les dispositions législatives étroitement rattachées à sa mission.

### B. *Relevant legal principles*

[37] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Aboriginal rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title (*Haida Nation*, at paragraph 35).

[38] The Attorney General acknowledges a duty to consult “the Applicants regarding the [Board’s] approval of the GOA” (Attorney General’s memorandum of fact and law, at paragraph 57). In making this acknowledgment, the Attorney General does not identify the conduct or contemplated Crown conduct that triggered the duty to consult.

[39] In my view, this concession appears, at the least, to reflect the fact that the Board could not authorize the Project until the responsible Minister had either approved a benefits plan in respect of the Project, or waived the requirement of approval (subsection 5.2(2) of the Act).

[40] In light of this statutory requirement for ministerial approval, I am satisfied that the Attorney General correctly acknowledged that the duty to consult was triggered.

[41] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right or title (*Haida Nation*, at paragraph 39; *Rio Tinto*, at paragraph 36).

[42] When consultation duties lie at the low end of the consultation spectrum, the claim to title is weak, the Aboriginal interest is limited or the potential infringement is minor. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information, and discuss any issues raised in response to the notice (*Haida Nation*, at paragraph 43). Where the duty of consultation lies at the high end of the

### B. *Les principes juridiques applicables*

[37] L’obligation de consulter repose sur l’honneur de la Couronne. Cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci (*Nation Haïda*, au paragraphe 35).

[38] Le procureur général reconnaît l’existence de l’obligation de consulter [TRADUCTION] « les demandeurs concernant l’approbation [par l’Office] de l’AOG » (mémoire des faits et du droit du procureur général, au paragraphe 57). Le procureur général reconnaît cette obligation, sans préciser quelle est la mesure qu’a prise ou envisagé la Couronne qui a donné naissance à cette obligation.

[39] À mon avis, cette admission semble, à tout le moins, refléter le fait que l’Office ne pouvait autoriser le projet tant que le ministre responsable n’aurait pas soit approuvé un plan de retombées économiques découlant du projet, soit renoncé à l’obligation d’approuver un tel plan (paragraphe 5.2(2) de la Loi).

[40] Compte tenu de l’autorisation ministérielle imposée par la loi, je conclus que le procureur général a reconnu avec raison que la mesure envisagée avait fait jouer l’obligation de consulter.

[41] L’étendue et le contenu de l’obligation de consulter dépendent des circonstances. La nature ou l’étendue de la consultation exigée est fonction du sérieux apparent de la réclamation autochtone et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre en question (*Nation Haïda*, au paragraphe 39; *Rio Tinto*, au paragraphe 36).

[42] Lorsque les obligations relatives à la consultation se situent à l’extrémité inférieure de l’éventail de consultation, la revendication a peu de chance de succès, l’intérêt autochtone en jeu est limité ou le risque d’atteinte est faible. Dans un tel cas la Couronne peut être uniquement tenue d’aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l’avis (*Nation*

spectrum, a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In this type of case, while the precise requirements will vary with the circumstances, a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons which show that Aboriginal concerns were considered and how those concerns impacted on the decision (*Haida Nation*, at paragraph 44).

[43] It is now settled law that Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal. Tribunals that consider resource issues that impinge on Aboriginal interests may be given: the duty to consult; the duty to determine whether adequate consultation has taken place; both duties; or, no duty at all. In order to determine the mandate of any particular tribunal, it is relevant to consider the powers conferred on the tribunal by its constituent legislation, whether the tribunal is empowered to consider questions of law and what remedial powers the tribunal possesses (*Rio Tinto*, at paragraphs 55–65).

[44] Thus, for example in *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 [*Taku River*], the Supreme Court accepted that an environmental assessment process was sufficient to satisfy the procedural requirements of the duty to consult. At paragraph 40 of the Court's reasons, the Chief Justice wrote that the province was not required to develop special consultation measures to address the First Nation's concerns "outside of the process provided for by the *Environmental Assessment Act*, which specifically set out a scheme that required consultation with affected Aboriginal peoples." Subsequently, in *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 [*Beckman*], at paragraph 39, this aspect of *Taku River* was characterized to be a holding that participation in a forum created for other purposes may satisfy the duty to

*Haïda*, au paragraphe 43). À l'autre extrémité de l'éventail, on trouve les cas où la revendication est à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Bien que les exigences spécifiques peuvent varier, dans de tels cas il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie : possibilité de présenter des observations, participation officielle à la prise de décisions et présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision (*Nation Haïda*, au paragraphe 44).

[43] La jurisprudence est maintenant bien fixée : le législateur peut opter pour la délégation des aspects procéduraux de l'obligation de consulter à un tribunal administratif. Le tribunal administratif qui examine les questions reliées aux ressources ayant une incidence sur les droits autochtones peut se voir imposer l'obligation de consulter, l'obligation de décider si la consultation effectuée est de nature adéquate, les deux obligations, ou aucune d'entre elles. Pour préciser la mission d'un tribunal administratif particulier, il y a lieu d'examiner les pouvoirs attribués au tribunal administratif par sa loi habilitante, la question de savoir si le tribunal a le pouvoir de trancher des questions de droit et quelles sont les sanctions qu'il peut prononcer (*Rio Tinto*, aux paragraphes 55 à 65).

[44] Ainsi, par exemple, à l'occasion de l'affaire *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 [*Taku River*], la Cour suprême a reconnu que le processus d'évaluation environnementale utilisé respectait les exigences procédurales de l'obligation de consulter. Au paragraphe 40 des motifs de la Cour, la juge en chef a déclaré que la province n'était pas tenue de mettre sur pied pour l'examen des préoccupations de la Première Nation « une procédure spéciale de consultation différente de celle établie par l'*Environmental Assessment Act*, qui requiert expressément la consultation des Autochtones concernés ». Par la suite, à l'occasion de l'affaire *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103 [*Beckman*], au paragraphe 39, la Cour a déclaré que, en ce qui concerne l'affaire *Taku*

consult “if *in substance* an appropriate level of consultation is provided” [emphasis in original].

[45] In *Taku River*, the Supreme Court also recognized that project approval is “simply one stage in the process by which the development moves forward” (reasons, at paragraph 45). Thus, outstanding First Nation concerns could be more effectively considered at later stages of the development process. It was expected that throughout the permitting, approval and licensing process, as well as in the development of a land use strategy, the Crown would continue to fulfil its duty to consult, and if required, accommodate.

[46] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown’s duty. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Aboriginal concerns have been heard and, where appropriate, accommodated (*Haida Nation*, at paragraph 53).

[47] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. Nor does consultation equate to a duty to agree; what is required is a commitment to a meaningful process of consultation. Put another way, perfect satisfaction is not required. The question to be answered is whether the regulatory scheme, when viewed as a whole, accommodates the Aboriginal right in question (*Haida Nation*, at paragraphs 42, 48 and 62).

[48] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant

*River*, la participation à un forum créé pour d’autres besoins pouvait tout de même satisfaire à l’obligation de consulter « si, *pour l’essentiel*, un niveau approprié de consultation a été rendu possible » [italiques dans l’original].

[45] A l’occasion de l’affaire *Taku River*, la Cour suprême a également reconnu que l’approbation d’un projet est « simplement l’étape du processus qui permet la mise en œuvre du projet » (motifs, au paragraphe 45). Par conséquent, les préoccupations des Premières Nations qui n’ont pas encore été prises en compte pourraient l’être de manière plus efficace lors des étapes ultérieures du processus de mise en œuvre. Il était prévu qu’au cours du processus d’approbation et d’octroi de permis, ainsi qu’au cours de l’élaboration d’une stratégie d’aménagement des terres, la Couronne continuerait à exécuter son obligation de consulter et, le cas échéant, à prendre des mesures d’accommodement.

[46] Lorsque la Couronne s’en remet à un processus d’évaluation environnementale ou réglementaire pour respecter son obligation de consulter, cela ne constitue pas une délégation de son obligation. En fait, c’est un moyen par lequel la Couronne peut s’assurer que les préoccupations autochtones ont été entendues et, le cas échéant, qu’elles ont fait l’objet de mesures d’accommodement (*Nation Haïda*, au paragraphe 53).

[47] Le processus de consultation n’est pas tenu de déboucher sur un résultat concret particulier. Ainsi, le processus de consultation n’accorde pas aux groupes autochtones un droit de veto sur l’utilisation des terres, dans l’attente de l’établissement définitif de la revendication. La consultation n’est pas non plus assimilable à l’obligation d’en arriver à un accord; ce qui est exigé, c’est la volonté de procéder à une consultation véritable. Autrement dit, la perfection n’est pas requise. La question qui se pose est de savoir si le régime de réglementation, considéré dans son ensemble, respecte le droit autochtone en question (*Nation Haïda*, aux paragraphes 42, 48 et 62).

[48] Une consultation menée de bonne foi peut faire jouer l’obligation d’accommoder. Lorsque la revendication est à première vue sérieuse et que la mesure proposée risque de porter atteinte de manière appréciable

way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement (*Haida Nation*, at paragraph 47).

[49] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing (Aboriginal) concerns’ as they are raised ... through a meaningful process of consultation” (*Haida Nation*, at paragraph 42). At the same time, Aboriginal claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (*Haida Nation*, at paragraph 42).

[50] I now turn to consider the mandate conferred on the Board.

*C. Is the Board mandated to engage in consultation?*

[51] The Board is established under the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7. Subsection 12(2) of that Act confers jurisdiction on the Board to determine all matters before it, “whether of law or of fact.”

[52] The COGOA governs petroleum exploration activities in waters under federal jurisdiction. This Act prohibits any work or activity related to the exploration of oil or gas in Federal waters unless the work or activity is authorized under paragraph 5(1)(b) of the Act (paragraph 4(b)). Paragraph 5(1)(b) confers jurisdiction on the Board to authorize such work or activity. The Board is given full jurisdiction to hear and otherwise determine all matters under the Act “whether of law or of fact” (subsection 5.31(3)).

[53] Under paragraph 5(1)(d) of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA 1992) [now repealed by S.C. 2012, c. 19, s. 66, CIF: 6/7/2012] a federal authority, such as the Board, could

à la revendication, l’honneur de la Couronne peut exiger que soient prises les mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l’atteinte (*Nation Haïda*, au paragraphe 47).

[49] Au cours du processus de consultation, les deux parties sont tenues de faire preuve de bonne foi : « Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être “l’intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones]” à mesure qu’elles sont exprimées [...] dans le cadre d’un véritable processus de consultation » (*Nation Haïda*, au paragraphe 42). Parallèlement, les demandeurs autochtones ne doivent pas entraver les efforts déployés de bonne foi par la Couronne ni défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d’agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s’entendre (*Nation Haïda*, au paragraphe 42).

[50] J’examine maintenant la mission confiée à l’Office.

*C. L’Office a-t-il la mission de procéder à des consultations?*

[51] L’Office est constitué sous le régime de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7. Le paragraphe 12(2) de la loi attribuée à l’Office compétence pour trancher « les questions de droit ou de fait ».

[52] La LOPC régit les activités d’exploration pétrolière dans les eaux qui relèvent des compétences fédérales. Cette loi interdit les activités de recherche de pétrole ou de gaz qui ne sont pas autorisées aux termes de l’alinéa 5(1)b de la loi (alinéa 4b)). L’alinéa 5(1)b attribue à l’Office le pouvoir d’autoriser ce type d’activités. L’Office a compétence exclusive pour entendre et trancher « les questions de droit ou de fait » (paragraphe 5.31(3)).

[53] Aux termes de l’alinéa 5(1)d de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCEE 1992) [maintenant abrogée par L.C. 2012, ch. 19, art. 66, entrée en vigueur le 6-7-2012], une

not issue an authorization under federal legislation to enable a project to proceed unless the federal authority first ensured that an environmental assessment of the project was conducted. While the CEAA 1992 is no longer in force, it was in force when the proponents sought their project authorization. Upon repeal of the CEAA 1992 the Board continued the environmental assessment process, noting that it continued to have a mandate under the COGOA to consider the environmental effects of the Project. No one takes issue with that position.

[54] Having embarked upon the required environmental assessment, subsection 37(1) of the CEAA 1992 required the Board, as the responsible authority to, either permit the project to proceed or to decline to exercise its authority to permit the project to be carried out. In exercising this authority the Board was required to assess the Project's "environmental effects" and to consider mitigation measures it considered appropriate.

[55] Pursuant to subsection 2(1) of the CEAA 1992 "environmental effect" was defined to include the effect of any change that a project may cause in the environment, including any change upon "the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons". More specifically, paragraphs 2(1)(a) and (b) [as am. by S.C. 2002, c. 29, s. 137] of the CEAA 1992 provided that:

**Definitions**

2 ...

*environmental effect* means, in respect of a project,

(a) any change that the project may cause in the environment, including any change it may cause to a listed wildlife species, its critical habitat or the residences of individuals of that species, as those terms are defined in subsection 2(1) of the *Species at Risk Act*,

(b) any effect of any change referred to in paragraph (a) on

autorité fédérale, comme l'Office, ne peut délivrer une autorisation aux termes des lois fédérales en vue de la mise en œuvre d'un projet si elle n'a pas au préalable vérifié que l'évaluation environnementale du projet a été effectuée. La LCEE 1992 n'est plus en vigueur, mais elle l'était au moment où les promoteurs sollicitaient l'autorisation de leur projet. Après l'abrogation de la LCEE 1992, l'Office a continué à effectuer des évaluations environnementales, en faisant remarquer qu'il avait toujours pour mission selon la LOPC d'examiner les effets environnementaux d'un projet. Cette thèse n'est pas controversée entre les parties.

[54] Une fois effectuée l'évaluation environnementale requise, l'Office est tenu, aux termes du paragraphe 37(1) de la LCEE 1992, en qualité d'autorité responsable, soit de permettre la mise en œuvre du projet, soit de ne pas exercer ses attributions qui pourraient permettre la mise en œuvre du projet. Lorsqu'il exerce ce pouvoir, l'Office est tenu d'apprécier les « effets environnementaux » du projet et d'envisager les mesures d'atténuation qu'il estime appropriées.

[55] Aux termes du paragraphe 2(1) de la LCEE 1992, les « effets environnementaux » ont été définis de façon à viser notamment les changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement, ainsi que les répercussions de ces changements sur « l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones ». Plus précisément, le paragraphe 2(1) de la LCEE 1992 dispose :

**Définitions**

2 [...]

*effets environnementaux* Que ce soit au Canada ou à l'étranger, les changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement — notamment à une espèce sauvage inscrite, à son habitat essentiel ou à la résidence des individus de cette espèce, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les espèces en péril* — les répercussions de ces changements soit en matière sanitaire et socioéconomique, soit sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones, soit sur une construction, un emplacement



- (i) health and socio-economic conditions,
- (ii) physical and cultural heritage,
- (iii) the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons, or
- (iv) any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance, or .... [Emphasis added.]

ou une chose d'importance en matière historique, archéologique, paléontologique ou architecturale, ainsi que les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement. [Je souligne.]

[56] Finally, subsection 18(3) of the CEAA 1992 provides for public participation in the Board's process when the Board determines such participation is appropriate.

[56] Enfin, le paragraphe 18(3) de la LCEE 1992 prévoyait la participation du public au processus utilisé par l'Office lorsque celui-ci estime que cette participation est appropriée.

[57] Having described the legislative scheme, it is relevant to focus on the definition of "environmental effect" and the extent it required every environmental assessment conducted pursuant to this legislation to consider any changes to the environment likely to result in changes to the modern-day use that Aboriginal people make of the land, its flora and fauna for traditional purposes including residence, hunting, trapping, gathering, fishing and ceremonies. More particularly, the question to be asked is whether this provision signalled Parliament's intent to confer a mandate on the Board to carry out a consultative process within the contemplation of *Rio Tinto*?

[57] Après cet exposé du régime législatif, il y a lieu d'examiner la définition d'« effet environnemental » ainsi que la mesure dans laquelle ce régime exige que toute évaluation environnementale effectuée conformément à cette loi tienne compte des répercussions des changements subis par l'environnement sur l'usage actuel que font les Autochtones des terres, de leur flore et leur faune à des fins traditionnelles comme la résidence, la chasse, le piégeage, la cueillette, la pêche et les cérémonies. Plus précisément, il faut rechercher si cette disposition reflétait l'intention du législateur d'attribuer à l'Office la mission de procéder à une consultation comme cela était envisagé dans l'affaire *Rio Tinto*.

[58] Turning to the legislative history, the definition of "environmental effect" in subsection 2(1) of the CEAA 1992 was amended to include reference to land use by Aboriginal persons as a related amendment to the enactment of the *Species at Risk Act*. This particular amendment came into force on June 5, 2003 [S.C. 2002, c. 29, s. 137].

[58] S'agissant de l'historique législatif, la définition d'« effet environnemental » au paragraphe 2(1) de la LCEE 1992 a été modifiée afin que soit inclus le renvoi à l'utilisation des terres par les Autochtones, à titre de modification reliée à l'adoption de la *Loi sur les espèces en péril*. Cette modification précise est entrée en vigueur le 5 juin 2003 [L.C. 2002, ch. 29, art. 137].

[59] Prior to this amendment, it was the position of the Board that before rendering decisions in cases where the effect of the decision might be to interfere with an Aboriginal or Treaty right, the Board was responsible to determine whether there had been adequate Crown consultation. This was expressed in a letter the Board issued on March 4, 2002, to companies subject to its jurisdiction and others, including "representatives of Aboriginal peoples".

[59] Avant cette modification, l'Office estimait qu'avant de rendre une décision dans une affaire dans laquelle la décision risque de porter atteinte à un droit ancestral ou issu de traités, il lui incombait de rechercher si la Couronne avait procédé à une consultation adéquate. Cela a été exposé dans une lettre que l'Office a transmise le 4 mars 2002 aux sociétés relevant de sa compétence et à d'autres intéressés, y compris aux « représentants des peuples autochtones ».

[60] The Board's position was based upon its understanding of three decisions of the Supreme Court: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; and *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159.

[61] On August 3, 2005, the Board again wrote to its stakeholders following issuance of the Supreme Court's decisions in *Haida Nation* and *Taku River*, stating that the Memorandum on Guidance and Consultation with Aboriginal Peoples issued on March 4, 2002, might no longer reflect recent developments in the law. The memorandum was therefore withdrawn. The Board stated its commitment "to ensuring that appropriate consultation is carried out in respect of projects where there is a potential impact on the rights or interests of Aboriginal peoples". This position was consistent with the mandate conferred on the Board when the definition of "environmental effects" was amended.

[62] As PGS and MKI submit, at the time the Decision was made the Board had disseminated two public documents that bear on the issue of consultation. The first is entitled "Consideration of Aboriginal Concerns in National Energy Board Decisions" (tab 29, book of authorities GPS and MKI). In this document the Board explains that:

- The Board takes steps to ensure that it has sufficient evidence before it makes a decision, including evidence on the impact a proposed project may have on Aboriginal people.
- In order to ensure that it has sufficient evidence about the possible impact of a project on Aboriginal people, the Board requires proponents to contact potentially affected Aboriginal communities well before an application is filed with the Board.
- A proponent is required to include the following information in its application:

[60] La thèse de l'Office reflétait son interprétation de la jurisprudence suivante de la Cour suprême : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; et *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159.

[61] Le 3 août 2005, l'Office a de nouveau communiqué avec les intéressés à la suite de la publication des arrêts *Nation Haida* et *Taku River* de la Cour suprême, et a déclaré que les Directives relatives à la consultation des peuples autochtones publiées le 4 mars 2002 ne reflétaient peut-être plus les dernières modifications législatives. Ces directives ont été retirées. L'Office a tenu à « assurer la tenue de consultations appropriées dans le cadre des projets susceptibles d'avoir des répercussions sur les droits et intérêts des peuples autochtones ». Cette thèse était conforme à la mission confiée à l'Office lorsque la définition d'« effets environnementaux » a été modifiée.

[62] Comme le soutiennent PGS et MKI, à l'époque où la décision a été rendue, l'Office avait publié deux documents qui portaient sur la question de la consultation. Le premier s'intitule « Les enjeux autochtones dans les décisions de l'Office national de l'énergie » (onglet 29, recueil de jurisprudence et de doctrine GPS et MKI). Dans ce document, l'Office explique ce qui suit :

- L'Office prend les mesures nécessaires pour obtenir une preuve suffisante avant de rendre sa décision, notamment des éléments de preuve sur les impacts possibles du projet sur les peuples autochtones.
- Afin de s'assurer qu'il dispose d'une preuve suffisante sur les effets possibles d'un projet sur les peuples autochtones, l'Office exige des promoteurs qu'ils communiquent avec les collectivités autochtones pouvant être touchées longtemps avant le dépôt de la demande d'autorisation auprès de l'Office.
- Le promoteur est tenu de fournir les renseignements suivants dans sa demande :

- 
- Identification of all Aboriginal communities that may be affected by the project and how they were identified.
  - When and how Aboriginal communities were contacted by the proponent and who the contact person was in each community.
  - Evidence the proponent has provided potentially affected Aboriginal people with a project overview that clearly explains the nature of the project, its routing, proposed construction and possible environmental and socio-economic impacts. The proponent is also to provide affected Aboriginal peoples with information regarding measures proposed to minimize such impacts.
  - Documentation and summaries of meetings with potentially affected Aboriginal people. While details of confidential discussions need not be revealed, the evidence provided should include enough information to enable the Board to understand the general issues discussed with Aboriginal people.
  - Information about the concerns raised by Aboriginal people, and whether those concerns remain outstanding or have been addressed by the proponent.
  - An analysis of the potential impacts of the project on the exercise of traditional practices such as hunting, fishing, trapping and gathering.
  - After reviewing evidence submitted by a proponent the Board may make a number of information requests of a proponent or require the proponent to file further evidence to complete the evidentiary record on Aboriginal issues.
  - The Board recognizes that in some cases Aboriginal groups may be able to participate more meaningfully in an oral hearing with support from third
  - la liste de toutes les collectivités autochtones susceptibles d'être touchées par le projet et la méthode utilisée pour entrer en rapport avec elles;
  - le moment et le mode de communication utilisés, ainsi que les coordonnées de la personne-ressource de chaque collectivité;
  - une preuve que le promoteur a fourni aux peuples autochtones susceptibles d'être touchés par le projet un aperçu de celui-ci, dans lequel sont clairement indiqués sa nature, son emplacement, la période de construction proposée et les effets environnementaux et socioéconomiques. Le promoteur doit également fournir aux peuples autochtones touchés des renseignements sur les mesures envisagées pour réduire au minimum ces effets;
  - les documents et les comptes rendus de toutes les rencontres qui ont eu lieu avec les peuples autochtones pouvant être touchés par le projet. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de fournir les détails des discussions confidentielles, l'information doit être assez complète pour que l'Office puisse comprendre les enjeux généraux qui ont été abordés avec les peuples autochtones;
  - des renseignements sur les préoccupations soulevées par les Autochtones, précisant si le promoteur les a prises en considération ou non;
  - une analyse des conséquences possibles du projet sur la pratique des activités traditionnelles comme la chasse, la pêche, le trappage et la cueillette.
  - Après avoir examiné la preuve présentée par un promoteur, l'Office peut adresser de nombreuses demandes de renseignements au promoteur ou exiger qu'il dépose une preuve supplémentaire pour compléter le dossier sur les questions autochtones.
  - L'Office est conscient que, dans certains cas, certains groupes autochtones pourraient prendre une part plus active dans une audience orale s'ils

parties, including legal and technical specialists. Funding may be available to interested persons.

bénéficiaient du soutien d'autres parties, comme celui de conseillers juridiques ou d'experts techniques. Un financement peut être offert aux intéressés.

[63] The second public document is entitled "Information for Aboriginal People" (tab 30, book of authorities GPS and MKI). In this document the Board explains that:

[63] Le deuxième document public s'intitule « Renseignements pour les peuples autochtones » (onglet 30, recueil de jurisprudence et de doctrine GPS et MKI). Dans ce document, l'Office explique :

- The Board requires all proponents to consult with potentially impacted Aboriginal groups early in the project planning and design phases, when it is easiest for a proponent to respond to concerns raised by Aboriginal groups.
  - While Aboriginal groups are encouraged to raise their concerns about a project with the proponent, Aboriginal groups may bring any outstanding concerns or views about the project directly to the attention of the Board through the hearing process. These concerns could include concerns about how the project might impact Aboriginal communities, the use of traditional territory, and any potential or established Treaty or Aboriginal rights. The Board will take all relevant concerns into account when determining whether a project can go ahead and what conditions to place on its approval.
  - The Board understands that Crown consultation is an issue of interest to Aboriginal groups. In recent hearings, the Crown has stated that it will rely on the Board process to the extent possible to meet any duty the Crown may have to consult with Aboriginal groups.
- L'Office exige que tous les promoteurs consultent les groupes autochtones susceptibles d'être touchés au cours de la planification et de la conception du projet, lorsqu'il est plus facile pour le promoteur de donner suite aux préoccupations soulevées par les groupes autochtones.
  - En plus d'avoir la possibilité de présenter leurs préoccupations aux promoteurs concernant un projet, les groupes autochtones peuvent exprimer leurs points de vue directement à l'Office durant le processus d'audience. Il peut s'agir d'avis sur la façon dont le projet pourrait toucher les collectivités autochtones, de l'utilisation du territoire traditionnel ainsi que des droits ancestraux ou issus de traités, éventuels ou établis. L'Office se penche sur toutes les préoccupations soulevées avant de déterminer si un projet peut être entrepris et de décider quelles conditions imposées à l'approbation.
  - L'Office comprend que les consultations de la Couronne représentent une question d'intérêt pour les groupes autochtones. Au cours d'audiences tenues récemment, la Couronne a déclaré qu'elle compterait sur le processus de l'Office dans la mesure du possible pour respecter son engagement à consulter les groupes autochtones.

[64] I summarize the preceding information as follows:

[64] Je résume les renseignements qui précèdent ainsi :

- (i) The Board has a full mandate to decide questions of law.
  - (ii) From June 5, 2003, at least until the repeal of the CEEA 1992, when considering an environmental
- i) L'Office a pleine compétence pour trancher les questions de droit.
  - ii) Après le 5 juin 2003, au moins jusqu'à l'abrogation de la LCEE 1992, lorsque l'Office examinait

- assessment, the Board was required to assess any change to the environment caused by a project that could result in changes to current land use by Aboriginal persons.
- (iii) The Board is a decision maker whose decisions must be made in accordance with subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.
- (iv) The Board's process is designed to ensure that it has sufficient evidence about the possible impact of a project upon Aboriginal people, the extent affected Aboriginal groups have been consulted and the extent their concerns have been addressed, or are still outstanding.
- (v) The Board is given a broad discretion when conducting an environmental assessment: it may permit a project to proceed, with or without mitigation measures, or it may decline to allow the project to proceed.
- (vi) The Board may allow public participation in its process.
- (vii) The Board may provide funding to affected Aboriginal groups to enable them to participate more fully in the Board's process.
- une évaluation environnementale, il était tenu d'évaluer les changements environnementaux causés par un projet susceptible de donner lieu à des changements dans l'utilisation actuelle des terres par les Autochtones.
- iii) L'Office est un tribunal dont les décisions doivent respecter le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
- iv) La procédure de l'Office est conçue pour veiller à ce qu'il dispose de suffisamment d'éléments de preuve au sujet des répercussions possibles d'un projet sur les peuples autochtones, de la mesure dans laquelle les groupes autochtones concernés ont été consultés et de la mesure dans laquelle leurs préoccupations ont été prises en compte ou n'ont pas encore été dissipées.
- v) L'Office dispose d'un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il procède à l'évaluation environnementale : il peut autoriser la mise en œuvre d'un projet, avec ou sans mesures d'atténuation, ou il peut refuser d'autoriser la mise en œuvre d'un projet.
- vi) L'Office peut autoriser le public à participer à sa procédure.
- vii) L'Office peut fournir des fonds aux groupes autochtones touchés pour leur donner les moyens de mieux participer à son processus.

[65] When these facts are read together, and when they are applied to the principles articulated in *Rio Tinto* and *Taku River*, I conclude that the Board has a mandate to engage in a consultation process such that the Crown may rely on that process to meet, at least in part, its duty to consult with Aboriginal peoples. Of course, when the Crown relies on the Board's process, in every case it will be necessary for the Crown to assess if additional consultation activities or accommodation is required in order to satisfy the honour of the Crown.

[65] En regroupant ces faits et vu les principes consacrés par les arrêts *Rio Tinto* et *Taku River*, je peux conclure que l'Office a la mission de mener un processus de consultation permettant à la Couronne de se fonder sur ce processus pour respecter, en partie du moins, son obligation de consulter les peuples autochtones. Bien entendu, lorsque la Couronne s'en remet au processus de l'Office, elle doit rechercher s'il y a lieu de prévoir des activités de consultation ou des mesures d'accommodement supplémentaires pour respecter l'honneur de la Couronne.

[66] In reaching this conclusion, I am mindful that the Supreme Court cautioned in *Mikisew Cree First Nation*

[66] Je conclus ainsi en ayant à l'esprit la mission en garde de la Cour suprême dans l'arrêt *Première Nation*

v. *Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 [*Mikisew*], at paragraph 64 that consultation cannot be “an afterthought to a general public consultation”. However, subsequently the Supreme Court distinguished general public consultation of the sort that occurred in *Mikisew* with consultation as a First Nation.

[67] Thus, in *Beckman*, at paragraph 79, the Court observed that in that case the First Nation was consulted as a First Nation through the Yukon government’s Land Application Review Committee. This was adequate consultation.

[68] This is consistent with the holding in *Haida Nation* that affirmed the ability of governments to establish regulatory schemes to fulfil “procedural steps” of the duty to consult (*Haida Nation*, at paragraph 51). It is also consistent with the Supreme Court’s decision in *Taku River* which upheld the Crown’s reliance on an environmental assessment process to fulfil the duty to consult (*Taku River*, at paragraph 40). The Supreme Court has, therefore, affirmed that the duty to consult may be integrated into robust environmental assessment and regulatory review processes.

[69] In closing on this issue, strong practical reasons support this conclusion. As Kirk N. Lambrecht, Q.C. notes in *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada* (Regina: University of Regina Press, 2013) at page 110:

...robust environmental assessment and regulatory review of projects comprise a reasonable process for gathering and assessing information on the significance of project impacts on Aboriginal peoples. Integration will foster potential for reconciliation in regard to a project to be served efficiently by project proponents, tribunals, the Crown, the courts, and Aboriginal peoples. Integration early in the planning stages of projects can foster effective and efficient dialogue and inform project decision

*crie Mikisew c. Canada (Ministère du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 [*Mikisew*], au paragraphe 64, selon lequel la consultation ne peut être effectuée « après coup lorsqu’une consultation publique générale a été tenue ». Toutefois, la Cour suprême a subséquemment opéré une distinction entre la consultation publique générale du genre qui a été tenue dans l’affaire *Mikisew* et la consultation d’un groupe concerné en tant que Première Nation.

[67] Ainsi, dans l’arrêt *Beckman*, la Cour a fait remarquer au paragraphe 79 que dans cette affaire, la Première Nation avait été consultée en tant que Première Nation par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terre. Cela constituait une consultation adéquate.

[68] Cela est conforme à l’enseignement professé par la Cour à l’occasion de l’affaire *Nation Haïda* qui reconnaissait la capacité des gouvernements d’établir des régimes de réglementation pour préciser « les mesures procédurales » associées à l’obligation de consulter (*Nation Haïda*, au paragraphe 51). Cela est également conforme à l’enseignement de l’arrêt rendu par la Cour suprême à l’occasion de l’affaire *Taku River*, qui a déclaré valide le fait que la Couronne ait utilisé le processus d’évaluation environnementale pour donner effet à son obligation de consulter (*Taku River*, au paragraphe 40). Par conséquent, la Cour suprême a déclaré que l’obligation de consulter pouvait s’intégrer à des processus d’examen réglementaire et d’évaluation environnementale rigoureux.

[69] Pour conclure sur la question, il existe de solides raisons pratiques qui appuient cette conclusion. Comme le fait remarquer Kirk N. Lambrecht, c.r., dans *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada* (Regina : University of Regina Press, 2013) à la page 110 :

[TRADUCTION] L’évaluation environnementale et l’examen réglementaire rigoureux des projets doivent prévoir un mécanisme raisonnable pour recueillir et évaluer des renseignements sur l’importance des répercussions des projets sur les peuples autochtones. La participation des intéressés favorisera la réconciliation à l’égard d’un projet s’il est servi de façon efficace par les promoteurs du projet, les tribunaux administratifs, la Couronne, les tribunaux judiciaires et les peuples autochtones. La participation

making. This is a good beginning to relationship building early in the planning stages of project development.

[70] In the present case the Crown engaged in no additional or independent consultation. Therefore, the next issue to be considered is whether in the present case the Crown's duty to consult was properly and adequately discharged through the Board's process.

D. *What was the scope of the required consultation?*

[71] As described above, the Crown concedes that the duty to consult was triggered, and submits that the scope of consultation required was at the mid-range of the duty to consult spectrum. The applicants argue that the duty to consult lies at the high end of the spectrum.

[72] The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right.

[73] In the present case, the Aboriginal right is acknowledged by the Crown: under the Nunavut Land Claims Agreement the Inuit possess a Treaty right to continue hunting, fishing and harvesting in the Nunavut settlement area. As to the potential effect of the Project upon this right, migratory marine mammals harvested by the Inuit move through the Project area. Potential adverse environmental effects found by the Board include:

- (i) Sensory and physical disturbance to marine mammals causing: temporary reduction in hearing sensitivity; permanent hearing impairment; masked communication; and, changes in behaviour and distribution including avoidance of the seismic ship and alteration of migration routes.

des personnes concernées au début de la planification des projets favorise un dialogue efficace et peut alimenter la prise de décisions relatives au projet. Elle constitue un bon départ pour l'établissement de bonnes relations au cours des étapes préparatoires de la conception d'un projet.

[70] En l'espèce, la Couronne n'a pas procédé à des consultations suffisantes ou indépendantes. Par conséquent, il convient d'examiner la question de savoir si, en l'espèce, la Couronne s'est bien acquittée de son obligation de consulter au moyen du processus de l'Office.

D. *Quelle était la portée de la consultation exigée?*

[71] Comme je l'ai signalé plus haut, la Couronne a admis que l'obligation de consulter avait pris naissance et soutient que la portée de la consultation exigée se situait au milieu du continuum de l'obligation de consulter. Les demandeurs soutiennent que l'obligation de consulter se situe à l'extrémité supérieure de cet éventail.

[72] La portée ou l'ampleur de la consultation exigée est fonction du sérieux apparent de la revendication autochtone ainsi que de la gravité des effets négatifs éventuels sur le droit revendiqué.

[73] En l'espèce, la Couronne a reconnu le droit autochtone : aux termes de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, les Inuits ont le droit, conformément aux traités, de continuer à chasser, à pêcher et à exploiter les ressources dans la région du Nunavut. Quant à l'effet éventuel du projet sur ce droit, les mammifères marins migrateurs qu'exploitent les Inuits traversent la région du projet. L'Office a constaté que le projet aurait notamment les effets environnementaux négatifs éventuels suivants :

- i) Perturbation sensorielle et physique chez les mammifères marins causant : une diminution temporaire de la sensibilité auriculaire; une déficience auditive permanente; un masquage de la communication; et des changements dans le comportement et la distribution, y compris l'évitement du navire d'exploration sismique et la modification des voies de migration.

- |  |   |
|--|---|
| <p>(ii) Potential disturbance to traditional and commercial resource use if the survey changes the migration routes of marine mammals or fish.</p> | <p>ii) Perturbation possible de l'utilisation traditionnelle et commerciale des ressources si les levés modifient les voies de migration des mammifères marins ou du poisson.</p> |
| <p>(iii) Adverse changes to marine life presence due to spills or accidents releasing hydrocarbons into the marine environment.</p>                | <p>iii) Changement indésirable de la présence de vie marine à cause de déversements ou d'accidents déversant des hydrocarbures dans l'environnement marin.</p>                    |

[74] In my view, the potential impacts of the project are such that deep consultation was required. The inquiry now moves to whether the nature and scope of the process before the Board was sufficiently deep and thus whether it was proportionate to the preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right and to the seriousness of the potentially adverse effect on that right (*Haida Nation*, at paragraphs 39 and 43 to 45; *Taku River*, at paragraphs 29 to 32; *Rio Tinto*, at paragraph 36).

[74] À mon avis, les effets éventuels du projet sont tels qu'ils exigeaient une consultation approfondie. Il s'agit maintenant de savoir si la nature et la portée du processus utilisé par l'Office étaient suffisamment rigoureuses et si ce processus était ainsi proportionnel à l'évaluation préliminaire du bien-fondé des arguments étayant l'existence du droit en question ainsi qu'à la gravité de l'effet préjudiciable potentiel sur ce droit (*Nation Haida*, au paragraphe 39 et 43 à 45; *Taku River*, au paragraphe 29 à 32; *Rio Tinto*, au paragraphe 36).

E. *Did the consultative process fulfil the duty to consult?*

E. *Le processus de consultation respecte-t-il l'obligation de consulter?*

[75] The two principal arguments the applicants make in respect of the adequacy of the consultation are:

[75] Voici les deux principales thèses que les demandeurs avancent au sujet du caractère suffisant de la consultation :

- |  |  |
|--|--|
| <p>(i) The Crown rejected the request made that it conduct a Strategic Environmental Assessment (SEA).</p>   | <p>i) La Couronne a refusé de procéder à une évaluation environnementale stratégique (EES).</p>  |
| <p>(ii) The public participation afforded by the Board was not a substitute for formal consultation and the proponents' efforts were "woefully inadequate" (applicant's memorandum of fact and law, at paragraph 113).</p> | <p>ii) La participation publique proposée par l'Office ne saurait remplacer une consultation formelle et les efforts des promoteurs étaient [TRADUCTION] « nettement insuffisants » (mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 113).</p> |

[76] I disagree.

[76] Je rejette ces thèses.

[77] Dealing first with the request that the Crown complete a SEA before issuing any licences authorizing seismic testing, the applicants submit that there is an absence of baseline data on the ecology of the Project area. In their view, this makes it impossible to make informed and responsible policy decisions about extraction activities in the region.

[77] S'agissant de la demande priant la Couronne d'effectuer une EES avant de délivrer des permis autorisant les essais sismiques, les demandeurs soutiennent qu'il n'y a pas de données de base concernant l'écologie de la région du projet. À leur avis, il est donc impossible de prendre des décisions stratégiques informées et responsables au sujet des activités d'extraction dans la région.



[78] In my view, adequate consultation did not mandate the completion of a SEA for the following reasons.

[79] First, adequate consultation does not require agreement. Instead, accommodation requires that Aboriginal concerns be “balanced reasonably with the potential impact of the particular decision on those concerns with competing societal concerns. Compromise is inherent to the reconciliation process” (*Taku River*, at paragraph 2).

[80] Second, the assertions that there is an adequate baseline data on the ecology of the Project area and that the absence of such data makes it impossible to make informed decisions are unsupported by the evidence.

[81] Third, in section 3.2 of its environmental assessment, the Board noted the absence of a SEA. It went on to note that the Board was required to assess applications before it on a case-by-case basis. “The Board’s determination of the Project’s potential for significant environmental impacts under COGOA is independent of possible or pending strategic or regional assessments and planning or management processes, although such information would be considered if it were available and appropriate.” The applicants have not shown this to be an unreasonable conclusion.

[82] Finally, as will be discussed below in greater detail, the GOA was issued on terms and conditions that require annual, ongoing monitoring and reporting to Aboriginal communities. These forward-looking conditions ameliorate any scientific uncertainty by allowing future input as scientific knowledge may be acquired and as any impacts of the Project are observed.

[83] I now turn to the nature of the consultation afforded to the applicants and affected Aboriginal groups.

[78] À mon avis, une consultation adéquate n’exigeait pas que l’on procède à une EES pour les motifs suivants.

[79] Premièrement, une consultation adéquate n’exige pas que les parties en arrivent à un accord. En fait, l’obligation d’accommodement exige que les préoccupations des Autochtones soient « raisonnablement mises en balance avec l’incidence potentielle de la décision sur ces préoccupations et avec les intérêts sociétaux opposés. L’idée de compromis fait partie intégrante du processus de conciliation » (*Taku River*, au paragraphe 2).

[80] Deuxièmement, il n’y a pas d’éléments de preuve tendant à établir les affirmations selon lesquelles il existe des données de base adéquates au sujet de l’écologie de la région visée par le projet et qu’en l’absence de données de ce genre, il est impossible de prendre des décisions informées.

[81] Troisièmement, à la section 3.2 de son évaluation environnementale, l’Office a souligné l’absence d’une EES. Il a ensuite signalé que l’Office doit examiner au cas par cas les demandes dont il est saisi. « La décision qu’il rend en vertu de la LOPC au sujet des retombées environnementales importantes éventuelles du projet n’a aucun lien avec des évaluations stratégiques ou régionales possibles ou en cours, ni avec les processus de planification ou de gestion, même s’il tiendrait compte des renseignements en question s’ils étaient disponibles et appropriés. » Les demandeurs n’ont pas démontré que cette conclusion est déraisonnable.

[82] Enfin, comme je l’examinerai plus en détail ci-dessous, l’AOG était assortie de conditions prévoyant des rapports, notamment de surveillance, présentés régulièrement et annuellement aux collectivités autochtones. Ces conditions visant l’avenir réduisent l’incertitude scientifique en autorisant la présentation de renseignements supplémentaires à mesure que des connaissances scientifiques sont acquises et que les répercussions du projet sont observées.

[83] Je me pencherai maintenant sur la nature de la consultation proposée aux demandeurs et aux groupes autochtones concernés.

[84] At section 6.1 of its environmental assessment, which appears to have been prepared sometime prior to June 26, 2014, the Board summarized the consultation conducted by the project operator MKI. Points noted by the Board were that:

- MKI had been discussing the Project with Aboriginal groups since January 2011.
- In May 2011, the Board received a petition from the community of Clyde River opposing the Project. Additionally in the following month the Arctic Fisheries Alliance and the Baffin Fisheries Coalition filed letters of comment with the Board indicating a need for further consultation between MKI and the stakeholders. In July 2011, MKI postponed the Project until the 2012 season so that it could invest more time and resources to consult with the Inuit communities and other stakeholders, and achieve a better understanding of Inuit traditional knowledge. Subsequently, MKI revised the Project commencement date several times. The Board issued its 1st Information Request in February 2012 asking MKI to respond to the letters of comment received by the Board. In response, MKI addressed the questions raised and committed to conducting an Aboriginal Traditional Knowledge Study. It also indicated that it had contracted a resource management company to assist in developing an Aboriginal consultation plan. In May 2012, MKI outlined the details of its consultation program in response to the Board's 2nd Information Request.
- Following community meetings held in June, October, November and December 2012, MKI distributed Community Engagement Reports summarizing the meetings. The summaries were sent to the affected communities and to the Board. In response to comments raised at the June and October meetings, MKI circulated a Question and Response Document, as well as a Supplementary Report on marine seismic research and mitigation measures. These two reports were translated into Inuktitut.

[84] À la section 6.1 de son évaluation environnementale, qui semble avoir été préparée avant le 26 juin 2014, l'Office a résumé la consultation qu'a effectuée l'opérateur du projet MKI. Voici les points mentionnés par l'Office :

- MKI discutait du projet avec des groupes autochtones depuis janvier 2011.
- En mai 2011, l'Office a reçu une pétition de la collectivité de Clyde River qui s'opposait au projet. En outre, au cours du mois suivant, l'Arctic Fisheries Alliance et la Baffin Fisheries Coalition ont déposé auprès de l'Office une lettre d'observations indiquant que MKI devait consulter plus à fond les parties prenantes. En juillet 2011, MKI a reporté le projet jusqu'à la saison 2012 afin de pouvoir consacrer davantage de temps et de ressources à la consultation des collectivités inuites et d'autres parties prenantes et de mieux comprendre le savoir traditionnel inuit. Par la suite, MKI a révisé la date de début du projet à plusieurs reprises. L'Office a présenté en février 2012 sa première demande de renseignements dans laquelle il a demandé à MKI de répondre aux lettres de commentaires transmises à l'Office. En réponse, MKI a abordé les questions soulevées et s'est engagée à réaliser une étude du savoir traditionnel autochtone. Elle a également indiqué qu'elle avait chargé à forfait une société de gestion des ressources pour l'aider à élaborer un plan de consultation des Autochtones. En mai 2012, MKI a exposé les détails de son programme de consultation dans sa réponse à la deuxième demande de renseignements de l'Office.
- Après les assemblées communautaires tenues en juin, octobre, novembre et décembre 2012, MKI a distribué des rapports sur la participation des collectivités qui résumaient les réunions. Ces rapports ont été envoyés aux collectivités touchées et à l'Office. En réponse aux observations soulevées au cours des réunions de juin et d'octobre, MKI a distribué un document de questions et réponses ainsi qu'un rapport supplémentaire sur la recherche sismique en mer et les mesures d'atténuation. Ces deux rapports ont été traduits en inuktitut.

- 
- General themes that arose from the June 2012 community meetings included concerns regarding the impact of the Project on traditional resources, a willingness to collaborate to ensure negative effects were mitigated and the need for more study/public education on the effect of seismic surveys on fish and whales.
  - Recommendations made by community members during the meetings included the use of Passive Acoustic Monitoring and the undertaking of an Inuit Qaujimatuaqangit (IQ) study (i.e. a study of Inuit Traditional Knowledge).
  - MKI participated in public meetings conducted by the Board in the communities of Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit from April 29, 2013 to May 2, 2013. Representatives from its resource management company, NEXUS Coastal, PGS and TGS provided a presentation on the Project and when possible answered questions related to it. A number of questions related to MKI's environmental impact assessment were not addressed during the public meetings and MKI committed to following this up.
  - In August 2013, MKI filed with the Board responses to questions outstanding from the Board's public meetings. MKI had assessed the interaction between certain marine mammal species and the Project, and used the results of this assessment to inform its survey acquisition plan. Additional details were provided on the role of Marine Mammal Observers (MMOs) and MKI committed to the installation of Passive Acoustic Monitoring on board the seismic vessel to listen for cetaceans. MKI also advised that the final observation reports of the MMOs would be provided to the affected communities. Finally, MKI and its Community Liaison officers would work with the Arctic Fisheries Alliance and the Baffin Fisheries Coalition to avoid interaction between the Project and harvesting activities.
  - Les thèmes généraux soulevés au cours des réunions communautaires de juin 2012 sont notamment les préoccupations au sujet de l'incidence du projet sur les ressources traditionnelles, la volonté de collaborer pour assurer l'atténuation des effets négatifs et le besoin d'études et d'information du public plus poussées au sujet de l'effet des levés sismiques sur le poisson et les baleines.
  - Au cours des réunions, les membres des collectivités ont recommandé le recours à la surveillance acoustique passive et de lancer une étude sur l'Inuit Qaujimatuaqangit (IQ) (c.-à-d. une étude sur le savoir traditionnel inuit).
  - MKI a participé aux assemblées publiques organisées par l'Office dans les collectivités de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqaluit du 29 avril 2013 au 2 mai 2013. Des représentants de sa société de gestion des ressources, NEXUS Coastal, PGS et TGS, ont présenté un exposé sur le projet et ont répondu aux questions lorsqu'ils pouvaient le faire. Un certain nombre des questions portant sur l'évaluation des incidences environnementales de MKI au cours des assemblées publiques sont restées sans réponse; MKI s'est engagée à y donner suite.
  - En août 2013, MKI a déposé auprès de l'Office des réponses aux questions non-résolues à la suite des assemblées publiques organisées par l'Office. MKI a évalué l'interaction entre certains mammifères marins et son projet et a utilisé les résultats de cette évaluation pour éclairer son plan d'acquisition des données. D'autres détails ont été produits au sujet du rôle des observateurs des mammifères marins (OMM) et MKI s'est engagée à installer des dispositifs de surveillance acoustique passive à bord du navire de recherche sismique afin d'écouter les cétacés. MKI a également signalé que les rapports définitifs d'observation de l'OMM seraient transmis aux collectivités concernées. Enfin, MKI et ses agents de liaison communautaire collaboreraient avec l'Arctic Fisheries Alliance et la Baffin Fisheries Coalition pour éviter les chevauchements entre les activités d'exploitation des ressources.

- After the public comment period ended, MKI filed a reply with the Board in November 2013 discussing how it would use IQ in the Project design and how it had accessed all publicly available IQ information about marine mammal movements. MKI had applied to the Nunavut Research Institute for a Social Sciences and Traditional Knowledge research permit in order to allow it to conduct an IQ study. MKI would work with the communities of Pond Inlet, Clyde River and Qikiqtajuak on the design of the IQ study.
- Une fois terminée la période des observations publiques, MKI a déposé une réponse devant l'Office en novembre 2013 qui exposait la manière dont elle allait utiliser l'IQ dans la conception du projet et comment elle avait consulté tout l'IQ public au sujet des mouvements des mammifères marins. MKI s'était adressé à l'Institut de recherche du Nunavut pour obtenir un permis de recherche sur les sciences sociales et le savoir traditionnel pour procéder à une étude sur l'IQ. MKI devait collaborer avec les collectivités de Pond Inlet, Clyde River et Qikiqtajuak pour la conception de l'étude sur l'IQ.
- In the November 2013 reply MKI reiterated its commitment to continue consultation with the communities during the Project and after field operations ended MKI advised that it would have a Community Liaison officer in each of Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit throughout the life of the Project.
- Dans sa réponse de novembre 2013, MKI a répété qu'elle s'engageait à continuer de consulter les collectivités pendant le projet et après la fin des activités sur le terrain. MKI a signalé qu'elle affecterait un agent de liaison communautaire dans chacune des collectivités de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqaluit pendant toute la durée du projet.

[85] In section 6.2 of its environmental assessment, the Board discussed the participation of Aboriginal groups in its regulatory process. Points noted were:

- The Board's regulatory process was designed to facilitate the participation of Aboriginal groups and to enable them to convey their views on the Project. The Board had determined that public participation in the environmental assessment process was appropriate and materials related to the environmental assessment were placed on the public registry. Important Board documents were translated into Inuktitut.
- On March 22, 2013, the Board issued a discussion paper that outlined potential environmental effects, concerns raised and mitigation measures relevant to the Project. The Board also conducted public meetings, on the dates set out above, in the communities of Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit for the purpose of collecting oral comments on the Project. Transcripts from

[85] À la section 6.2 de son évaluation environnementale, l'Office a discuté la participation des groupes autochtones à son processus de réglementation. Voici les éléments qui ont été soulignés :

- Le processus de réglementation de l'Office a été conçu afin de faciliter la participation des groupes autochtones et leur permettre de se faire entendre au sujet du projet. L'Office avait conclu que la participation du public au processus d'évaluation environnementale était appropriée et que des documents portant sur l'évaluation environnementale avaient été affichés dans le registre public. Des documents importants de l'Office ont été traduits en inuktitut.
- Le 22 mars 2013, l'Office a publié un document de travail qui exposait les effets environnementaux éventuels, les préoccupations soulevées et les mesures d'atténuation reliées au projet. L'Office a également tenu des assemblées publiques, aux dates indiquées ci-dessus, dans les collectivités de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqaluit afin d'entendre ce que la population avait à dire sur le

- the public meetings were posted on the public registry.
- During the Board's public meetings, community members sought information regarding the effects of previous seismic programs on marine mammals, the acoustic properties of marine seismic surveys, sound modelling for the Project and potential effects of the Project on walruses, seals and polar bears. MKI was unable to answer numerous questions from community members.
  - On May 13, 2013, the Board found there were deficiencies in the Project application regarding the assessment of socio-economic impacts and Inuit consultation. As a result, the Board suspended its assessment of the Project application. Additional information was filed by MKI on August 30, 2013 and the Board resumed its assessment of the application. The Board accepted written comments on the project from the public until October 31, 2013.
  - Aboriginal groups actively participated during the environmental assessment process. The Board received letters of comment from many Inuit communities and organizations. During the Board's public meetings, community members asked questions of MKI and the Board, and expressed their concerns regarding the Project.
  - Issues and concerns raised by Aboriginal people throughout the environmental assessment process included: the environmental impacts on marine mammals (including whale migration routes, calving and feeding), fish and invertebrates; effects on traditional and commercial harvesting; adequacy of mitigation of potential harm to marine mammals; the need for discussions with communities and the use of IQ; the use of seismic data and future exploration plans, the impacts of offshore drilling; the absence of a regional environmental assessment or wildlife management planning
- projet. Les comptes rendus des assemblées publiques ont été versés au registre public.
- Pendant les assemblées publiques organisées par l'Office, des membres des collectivités ont demandé des renseignements concernant les effets des programmes antérieurs de levés sismiques sur les mammifères marins, les propriétés acoustiques des levés sismiques en mer, la modélisation du son pour le projet ainsi que les effets éventuels du projet sur les morces, les phoques et les ours polaires. MKI n'a pas été en mesure de répondre à de nombreuses questions des membres des collectivités.
  - Le 13 mai 2013, l'Office a constaté que la demande relative au projet comportait des lacunes à l'égard de l'évaluation des effets socioéconomiques et des consultations des Inuits. L'Office a donc suspendu son évaluation de la demande relative au projet. MKI a déposé des renseignements supplémentaires le 30 août 2013 et l'Office a repris son évaluation de la demande. L'Office a accepté les commentaires écrits du public à propos du projet jusqu'au 31 octobre 2013.
  - Les groupes autochtones ont participé activement au processus d'évaluation environnementale. L'Office a reçu des lettres de commentaires de nombreuses collectivités et organisations inuites. Pendant les assemblées publiques organisées par l'Office, des membres des collectivités ont posé des questions à MKI et à l'Office et ont exprimé leurs préoccupations au sujet du projet.
  - Les questions posées et les préoccupations soulevées par les Autochtones au cours du processus d'évaluation environnementale comprenaient notamment : les impacts environnementaux sur les mammifères marins (notamment les voies de migration, la mise bas et l'alimentation des baleines), les poissons et les invertébrés; les effets sur l'exploitation commerciale et ancestrale des ressources; la suffisance des mesures d'atténuation des effets préjudiciables qui pourraient être causés aux mammifères marins; la nécessité de discuter avec les collectivités et d'utiliser l'IQ; l'utilisation

efforts; and, the management of waste, wastewater and ballast water.

des données sismiques, les plans d'exploration futurs et les incidences du forage en mer; l'absence d'évaluation environnementale régionale ou d'efforts de planification de la gestion de la faune; et la gestion des déchets, des eaux d'égout et de ballast.

[86] In section 6.3 of the environmental assessment the Board expressed its own views:

- The Board found that MKI had made sufficient efforts to consult with potentially impacted Aboriginal groups and to address the concerns that were raised.
- MKI enhanced its consultation program and provided potentially impacted Aboriginal groups with adequate information about the Project. It gave them opportunities to make their views known in a timely manner to MKI and the Board.
- The Board found that Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the Board's environmental assessment process. Aboriginal groups filed letters of comment with the Board. Aboriginal groups also had the opportunity to ask questions and bring forward concerns during the Board's public meetings held in potentially affected communities.
- MKI had implemented actions and made commitments as a result of its consultation with Aboriginal groups. Examples cited by the Board included: contracting NEXUS Coastal to assist in developing an Aboriginal consultation plan; committing to employing two Inuit observers, one on the seismic vessel and the other on the support vessel; committing to the installation of Passive Acoustic Monitoring on board the seismic vessel to listen for marine mammals; committing to conducting an IQ Study and to working with Inuit communities on the design of the study; preparing a survey acquisition plan based on an interaction assessment of the Project and certain marine mammal species;

[86] À la section 6.3 de l'évaluation environnementale, l'Office a exposé sa propre opinion :

- L'Office a conclu que MKI avait fait suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones susceptibles d'être touchés et pour répondre aux préoccupations soulevées.
- MKI a amélioré son programme de consultation et a fourni aux groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet suffisamment de renseignements sur le projet. Elle leur a donné l'occasion de faire connaître leur point de vue en temps utile à elle et à l'Office.
- L'Office a estimé que les groupes autochtones avaient eu suffisamment d'occasions de participer à son processus d'évaluation environnementale. Les groupes autochtones ont déposé des lettres de commentaires auprès de l'Office. Les groupes autochtones ont aussi eu l'occasion de poser des questions et de présenter leurs préoccupations au cours des assemblées publiques que l'Office a organisées dans les collectivités susceptibles d'être touchées.
- MKI a pris des mesures et des engagements après avoir consulté les groupes autochtones. Les exemples cités par l'Office comprenaient : la conclusion d'un contrat avec NEXUS Coastal pour l'aider à élaborer un plan de consultation des autochtones; l'engagement à employer deux observateurs inuits, un sur le navire de levés sismiques et l'autre sur le navire auxiliaire; l'engagement à installer des dispositifs de surveillance acoustique passive à bord du navire de levés sismiques pour écouter les mammifères marins; l'engagement à effectuer une étude sur l'IQ et à collaborer avec les collectivités inuites à la conception de l'étude; la préparation d'un plan d'acquisition des données basé sur une

committing to continuing consultation with Inuit communities throughout the duration of the Project; committing to hiring Community Liaison officers in four of the communities to facilitate communication between it and the communities; committing to sharing a final observation report with Inuit communities; and committing to working with the Baffin Fisheries Coalition and the Arctic Fisheries Alliance to avoid interaction between their respective operations.

- The Board was of the view that concerns regarding potential environmental effects from the Project on traditional resource use were addressed by the mitigation measures developed by MKI and set out in section 7.2 of the environment assessment.
- The Board was of the view that MKI meaningfully engaged with Aboriginal groups in respect of the Project to an extent that was commensurate with the scope of the Project. The Board expressed the expectation that MKI would continue its consultation activities with Aboriginal groups throughout the lifecycle of the Project. Conditions outlined in section 7.4 of the environmental assessment would require MKI to incorporate available IQ into the Project design, to provide MMO reports and status updates of environmental commitments to Inuit communities and to conduct Project update meetings.

[87] The applicants do not challenge the Board's recitation of the facts. Instead, they argue that:

- (i) As the Board noted, at the community meetings the proponents were unable to answer questions put to them.
- (ii) The August 30, 2013 response to the Board's notification that it had suspended its assessment of the Project application was a 3 926 page "data dump" that was not meaningful consultation.

évaluation des interactions entre le projet et certaines espèces de mammifères marins; l'engagement à continuer de consulter les collectivités inuites pendant la durée du projet; l'engagement à embaucher des agents de liaison communautaire dans quatre des collectivités pour faciliter les communications avec elles; l'engagement à communiquer aux collectivités inuites un rapport final d'observation; et l'engagement à collaborer avec la Baffin Fisheries Coalition et l'Arctic Fisheries Alliance pour éviter le chevauchement entre les activités respectives.

- L'Office a estimé qu'il avait été répondu aux préoccupations soulevées à l'égard des effets environnementaux que le projet pourrait avoir sur l'utilisation traditionnelle des ressources par les mesures d'atténuation mises au point par MKI et exposées à la section 7.2 de l'évaluation environnementale.
- L'Office était d'avis que MKI avait vraiment eu un dialogue avec les groupes autochtones à l'égard du projet, dans une mesure qui correspondait à la portée de celui-ci. L'Office a déclaré s'attendre à ce que MKI poursuive ses activités de consultation auprès des groupes autochtones pendant la durée du projet. Les conditions exposées à la section 7.4 de l'évaluation environnementale obligerait MKI à intégrer l'IQ disponible dans la conception du projet, à fournir aux collectivités inuites les rapports des OMM et les mises à jour sur les engagements environnementaux et à tenir des réunions pour faire le point sur le projet.

[87] Les demandeurs ne contestent pas l'exposé des faits de l'Office. Ils soutiennent plutôt ce qui suit :

- i) Comme l'Office l'a fait remarquer, les promoteurs n'ont pas été en mesure de répondre à certaines questions qui leur étaient posées au cours des assemblées communautaires.
- ii) La réponse du 30 août 2013 à l'avis de l'Office indiquant qu'il avait suspendu son évaluation de la demande de projet a pris la forme d'un [TRADUCTION] « vidage de données » de 3 926 pages qui ne

The vast majority of the response was not translated into Inuktitut. Hard copies were sent only to four Hamlet offices. While posted on the Board's website, many residents of Clyde River do not have Internet access. For those who do, the servers are too slow to download such large documents; the Mayor was unable to download the document when he tried.

- (iii) The proponents did not integrate IQ into the design of the Project.

[88] In my view these concerns may be addressed as follows.

[89] First, the proponents' inability to answer questions at the Board's community meetings was the subject of the Board's letter of May 31, 2013 to the proponents. This letter required the proponents to answer these questions. Subsequently, the Board accepted the adequacy of the proponents' responses.

[90] Second, hard copies of the proponents' August 30, 2013 response were couriered to the hamlet offices in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit—the locations where Board sponsored public meetings took place. There is no evidence that any other hamlet office requested a copy of the response. Similarly there is no evidence that any entity requested additional copies, or complained that the information was not available on the Internet. The documents that were translated were the responses to the unanswered questions identified by the Board in its letter of May 13, 2013, and a report published by Jasco Applied Sciences entitled "Underwater Sound Propagation from a 4118 [cubic inch] Airgun Array". These were viewed by NEXUS Coastal to be of greatest interest to the communities involved in the consultation. The Board extended the deadline for comment upon the August 30, 2013 filing and there is no evidence any further extension was sought.

constituent pas une véritable consultation. La grande majorité des réponses n'ont pas été traduites en inuktitut. Des copies papier n'ont été envoyées qu'aux quatre bureaux du Hameau. Les documents affichés sur le site Web de l'Office n'ont pu être consultés par de nombreux résidents de Clyde River faute d'accès Internet. Pour ceux qui avaient Internet, les serveurs étaient trop lents pour pouvoir télécharger des documents aussi volumineux; le maire n'a pas réussi à télécharger le document lorsqu'il a essayé de le faire.

- iii) Les promoteurs n'ont pas intégré l'IQ dans la conception du projet.

[88] À mon avis, les préoccupations ci-dessus peuvent être discutées de la manière suivante.

[89] Premièrement, le fait que les promoteurs n'aient pas été en mesure de répondre aux questions au cours des assemblées communautaires de l'Office a fait l'objet d'une lettre que l'Office a envoyée aux promoteurs le 31 mai 2013. Cette lettre leur demandait de répondre aux questions. Par la suite, l'Office a déclaré que les réponses des promoteurs étaient suffisantes.

[90] Deuxièmement, des copies papier des réponses du 30 août 2013 produites par les promoteurs ont été envoyées par messenger aux bureaux des hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqaluit — les lieux où l'Office avait subventionné la tenue d'assemblées publiques. Rien n'indique qu'un bureau de Hameau ait demandé une copie de la réponse. De même, rien ne prouve qu'une entité ait demandé des exemplaires supplémentaires ou se soit plainte du fait que l'information n'était pas disponible sur Internet. Les documents qui ont été traduits étaient les réponses aux questions demeurées jusque-là sans réponse, indiquées dans la lettre du 13 mai 2013 de l'Office ainsi que le rapport publié par Jasco Applied Sciences intitulé « Underwater Sound Propagation from a 4118 [cubic inch] Airgun Array ». Selon NEXUS Coastal, ces documents revêtaient un intérêt particulier pour les collectivités participant à la consultation. L'Office a repoussé la date limite de présentation d'observations à la date fixée pour le dépôt de



[91] Third, Condition 7 of the Terms and Conditions attached to the GOA requires MKI to file a report describing how IQ has been considered and incorporated into the Project design. This report is to be filed 30 days prior to the commencement of the Project for each operational season. It was not helpful, or consistent with reciprocal, good-faith consultation, that both the Clyde River Hamlet Council and the HTO – Clyde River refused to participate in the IQ study conducted by NEXUS Coastal on the proponents' behalf (affidavit of Christopher Milley, at paragraphs 80 and 81).

[92] In my view, the nature and the scope of the process afforded by the Board was sufficient to uphold the honour of the Crown. The process provided timely notice of the Project to potentially affected Aboriginal groups, including the Inuit of Clyde River.

[93] The proponents were required to provide detailed information about the Project area and its design, to respond to comments provided to the Board by affected Aboriginal groups, to consult affected Aboriginal groups and to answer their questions.

[94] The Board held meetings at which community members could address concerns to the Board.

[95] The proponents changed aspects of the Project's design as a result of the consultation process. In addition to the actions and commitments described above by the Board, certain survey lines were shortened in order to stop the survey process further away from the shore and/or the border between the ocean and sea-ice in direct response to community concerns (Milley affidavit, at paragraph 39).

[96] The Board's regulatory process was designed to facilitate the participation of Aboriginal groups and to enable them to convey their views on the Project.

documents, le 30 août 2013, et rien n'indique qu'une autre prorogation ait été sollicitée.

[91] Troisièmement, la condition n° 7 associée à l'AOG obligeait MKI à déposer un rapport exposant la manière dont l'étude sur l'IQ avait été prise en compte et intégrée à la conception du projet. Ce rapport doit être déposé 30 jours avant le début de la mise en œuvre du projet pour chaque saison d'activités. En refusant de participer à l'étude sur l'IQ menée par NEXUS Coastal pour le compte des promoteurs, le conseil du Hameau de Clyde River et l'OCT de Clyde River n'ont pas favorisé la consultation de bonne foi et réciproque (affidavit de Christopher Milley, aux paragraphes 80 et 81).

[92] À mon avis, la nature et l'étendue du processus adopté par l'Office sont suffisantes pour respecter l'honneur de la Couronne. Les groupes autochtones susceptibles d'être touchés, y compris les Inuits de Clyde River, ont été informés du projet suffisamment d'avance dans le cadre du processus.

[93] Les promoteurs étaient tenus de produire des renseignements détaillés au sujet de la zone du projet et de sa conception, de répondre aux commentaires transmis à l'Office par les groupes autochtones concernés, de les consulter et de répondre à leurs questions.

[94] L'Office a tenu des réunions au cours desquelles les membres des collectivités pouvaient exposer leurs préoccupations à l'Office.

[95] Les promoteurs ont modifié certains aspects du projet à la suite des consultations. En plus des mesures et des engagements décrits ci-dessus par l'Office, la dimension de certaines lignes de levé a été réduite pour que les opérations de levé s'effectuent dans une zone plus éloignée du rivage ou de la limite séparant l'océan des glaces marines, en réponse directe aux préoccupations des collectivités (affidavit de M. Milley, au paragraphe 39).

[96] Le processus de réglementation de l'Office visait à faciliter la participation des groupes autochtones et à leur permettre de faire connaître leurs points de vue au sujet du projet.

[97] The Board in its environmental assessment, assessed the concerns raised by Aboriginal groups and the responses and undertakings of the proponents. The Report demonstrates that Aboriginal concerns were considered and shows how those concerns were taken into account by the Board in its report, and in the Terms and Conditions imposed on the GOA.

[98] Those terms and conditions shape how the Project will go forward and allow Aboriginal concerns to be expressed at later stages of the Project process. Thus:

- Condition 8 requires MKI to file a MMO report with the Chief Conservation officer for each operational season, annually by February 15. All such reports are to be accessible to the public and to be provided to interested communities. The Board specifies nine categories of information to be provided in these reports “at a minimum”.
- Condition 9 requires MKI to provide an environmental assessment update to the Chief Conservation officer prior to each operational season that includes any changes in its “Species at risk assessment and cumulative effects”.
- Condition 10 requires MKI to conduct Project update meetings in interested communities following each operational season for the duration of the Project. It is to file with the Chief Conservation officer and the communities a summary of the meetings for each operational season. The summaries must include the meeting minutes, identify concerns raised during the meetings and explain how MKI will address these concerns.

[99] As the Supreme Court noted in *Taku River*, at paragraph 45, project approval is simply one step in the process by which the development moves forward.

[97] Par son évaluation environnementale, l’Office a pris en compte les préoccupations soulevées par les groupes autochtones ainsi que les réponses et les engagements donnés par les promoteurs. Il ressort du rapport que les préoccupations ont été prises en considération et il expose de quelle manière ces préoccupations ont été prises en considération par l’Office dans son évaluation et dans les conditions dont était assortie l’AOG.

[98] Ces conditions encadrent la mise en œuvre du projet et permettent aux Autochtones de faire connaître leurs préoccupations au cours des étapes ultérieures du déroulement du projet. Ainsi :

- La condition n° 8 oblige MKI à remettre un rapport d’OMM à l’agent principal de la conservation pour chaque saison d’activités, chaque année avant le 15 février. Tous ces rapports doivent être rendus publics et transmis aux collectivités intéressées. L’Office précise que ces rapports doivent contenir [TRADUCTION] « au minimum » neuf catégories de renseignements.
- La condition n° 9 oblige MKI à faire une mise à jour de l’évaluation environnementale et de la transmettre à l’agent principal de la conservation avant chaque saison d’activités qui comprenne les changements éventuels constatés pour la catégorie « Évaluation des espèces en péril et effets cumulatifs ».
- La condition n° 10 oblige MKI à tenir des réunions de suivi du projet dans les collectivités intéressées après chaque saison d’activités pendant toute la durée du projet. Elle doit déposer auprès de l’agent principal de la conservation et des collectivités un compte rendu des réunions correspondant à chaque saison d’activités. Les comptes rendus doivent comprendre les procès-verbaux des réunions, préciser les préoccupations soulevées au cours des réunions et expliquer comment MKI entend répondre à ces préoccupations.

[99] Comme la Cour suprême l’a observé par l’arrêt *Taku River*, au paragraphe 45, l’approbation d’un projet est simplement l’étape du processus qui permet la mise

Throughout all stages of the process the Crown will be expected to continue to fulfil its duty to consult.

[100] For these reasons, I am satisfied that to date the Board's process afforded meaningful consultation sufficient that the Crown may rely upon it to fulfil its duty to consult. The environmental assessment and the Terms and Conditions imposed upon the GOA provide a reasonable degree of accommodation of the applicants' concerns about potential impacts caused by the Project upon their section 35 [*Constitution Act, 1982*] harvesting rights.

#### IV. Did the Board err in issuing the GOA?

##### A. *Were the Board's reasons adequate?*

[101] The applicants argue that the Board breached its duty to give reasons. In their submission, the Board gave no reasons for its decision to issue the GOA. To the extent the respondents argue that the decision should be read along with the environmental assessment, this argument is said to be unavailing because the environmental assessment dealt only with environmental concerns. The COGOA also requires the Board to consider things such as the safety of the Project and whether the proponents meet the financial responsibility requirements. As well, the Board is to approve a project's Development Plan and ensure that the Minister has approved the required Benefits Plan. The Board's reasons are said not to deal with these issues.

[102] I see no merit in this submission. The Board's reasoning is found in the environmental assessment and the terms and conditions imposed on the GOA. These reasons deal with the real controversy: what are the potential impacts of the Project on the section 35 [*Constitution Act, 1982*] Aboriginal right to harvest wildlife?

en œuvre du projet. Il est entendu que la Couronne va continuer à respecter son obligation de consulter à toutes les étapes du processus.

[100] Par ces motifs, je conclus que le processus utilisé par l'Office a constitué, jusqu'ici, une consultation suffisante pour que la Couronne respecte par elle son obligation de consulter. L'évaluation environnementale et les conditions associées à l'AOG constituent des mesures d'accommodement raisonnables qui répondent aux préoccupations des demandeurs au sujet des répercussions éventuelles du projet sur leur droit d'exploiter ces ressources, garanti par l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*].

#### IV. La Commission a-t-elle commis une erreur en délivrant l'AOG?

##### A. *Les motifs de l'Office étaient-ils suffisants?*

[101] Les demandeurs soutiennent que l'Office n'a pas respecté son obligation de motiver sa décision. Selon leur thèse, l'Office n'a aucunement motivé sa décision de délivrer une AOG. Dans la mesure où les défendeurs soutiennent qu'il convient de lire la décision de concert avec l'évaluation environnementale, les demandeurs soutiennent que cette thèse ne peut être utilement invoquée parce que l'évaluation environnementale portait uniquement sur les préoccupations environnementales. Selon la LOPC, l'Office est également tenu de prendre en compte des aspects comme la sécurité du projet et la question de savoir si les promoteurs sont en mesure d'assumer leurs charges financières. De plus, l'Office est tenu d'approuver un plan de mise en valeur du projet et de veiller à ce que le ministre ait approuvé le plan de retombées économiques exigé. Ils soutiennent que les motifs de l'Office ne discutent pas ces aspects.

[102] J'estime que cette thèse n'est pas fondée. Le raisonnement de l'Office ressort de l'évaluation environnementale et des conditions dont était assortie l'AOG. Ces motifs discutent la vraie controverse : quelles sont les répercussions que pourrait avoir le projet sur le droit ancestral d'exploiter les ressources fauniques garanti par l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]?

[103] When the GOA is read in the light of the environmental assessment, the terms and conditions imposed upon the GOA and the entirety of the Board's record, this Court is well able to understand why the GOA was issued.

[104] As to the other items the Board was required to address, Condition 2 and the second page of the GOA letter deal with project safety. A development plan was not required under paragraph 5.1(1)(a) of the COGOA because the seismic survey did not involve the development of a pool or field. The applicants have acknowledged that the Minister approved the proponents' benefit plan (applicants' memorandum of fact and law, at paragraph 99) and they have not alleged that the proponents do not meet the financial responsibility requirements.

[105] The Board's reasons were adequate.

B. *Did the Board reasonably conclude that the Project is not likely to result in significant adverse environmental effects?*

[106] The applicants say that once the Board acknowledged that the Project could have significant adverse environmental effects, the Board unreasonably accepted that the proposed mitigation measures would limit the adverse effects. The Board is said to have accepted "cherry-picked" scientific articles without assurances the articles were current, relevant, peer-reviewed or based on generally accepted marine biology methods.

[107] Again, I see no merit in this submission.

[108] The Board analyzed the environmental effects in section 7 of the environmental assessment. After setting out the potential adverse environmental effects, the Board reviewed the proposed mitigation measures. It found those measures would minimize the possibility of marine mammals occurring in close enough proximity

[103] Lorsque l'on combine l'AOG et l'évaluation environnementale, avec les conditions dont l'AOG est assortie ainsi qu'avec l'ensemble du dossier de l'Office, la Cour est tout à fait en mesure de comprendre pourquoi celui-ci a délivré l'AOG.

[104] Quant aux autres aspects que l'Office devait prendre en compte, la condition n° 2 et la deuxième page de la lettre de l'AOG traitent de la sécurité du projet. Un plan de mise en valeur n'était pas requis aux termes de l'alinéa 5.1(1)a de la LOPC parce que les levés sismiques ne visaient pas la mise en valeur d'un gisement ou d'un champ. Les demandeurs ont admis que le ministre avait approuvé le plan des retombées économiques des promoteurs (mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 99) et ils n'ont pas allégué que les promoteurs n'étaient pas en mesure d'assumer leurs responsabilités financières.

[105] Les motifs dont a fait état l'Office étaient donc suffisants.

B. *La conclusion de l'Office selon laquelle le projet n'est pas susceptible de donner lieu à des effets environnementaux négatifs importants est-elle raisonnable?*

[106] Les demandeurs affirment que, comme l'Office a reconnu que le projet était susceptible d'avoir des effets environnementaux négatifs importants, il était déraisonnable qu'il déclare ensuite que les mesures d'atténuation proposées limiteraient efficacement les effets négatifs. Ils affirment que l'Office s'est fondé sur des articles scientifiques triés de manière « orientée », sans vérifier si ces articles étaient à jour, pertinents, approuvés par des comités de lecture ou fondés sur des méthodes de biologie marine généralement acceptées.

[107] Là encore, j'estime que cette thèse n'est pas fondée.

[108] L'Office a analysé les effets environnementaux à la section 7 de l'évaluation environnementale. Après avoir exposé les effets environnementaux négatifs éventuels, l'Office a examiné les mesures d'atténuation proposées. Il a conclu que ces mesures auraient pour effet de réduire la possibilité que les mammifères marins

to the airgun discharge to suffer permanent or temporary hearing damage or behavioural change.

[109] After concluding the Project was not likely to cause significant adverse effects, the Board went on to consider any potential cumulative environmental effects. In the Board's view these would be minimal due to the mitigation measures.

[110] There was an extensive evidentiary record before the Board. The applicants have not pointed to any finding made by the Board that was not supported by any evidence. The applicants have not established that the evidentiary record before the Board was in any way flawed.

*C. Did the Board fail to consider Aboriginal and Treaty rights?*

[111] The applicants argue that because the environmental assessment contains no mention of the Inuit's constitutional and Treaty rights, or the Crown's duty to consult, the Board failed to consider these rights and obligations.

[112] Again I see no merit in this submission. As explained above, the Board engaged in lengthy consideration about the extent of Aboriginal consultation and the potential impacts to traditional harvesting. The Board knew the Inuit had section 35 [*Constitution Act, 1982*] protected harvesting rights that had to be taken into account.

V. Was the Crown obliged to seek the advice of the Nunavut Wildlife Management Board?

[113] The applicants argue that the Crown breached the terms of the Nunavut Land Claims Agreement. Specifically, they say that Article 15.3.4 requires the Crown to consult the Nunavut Wildlife Management

se trouvent trop proches de la décharge des canons à air et soient atteints d'une incapacité auditive temporaire ou permanente ou modifient leur comportement.

[109] Après avoir conclu que le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets négatifs importants, l'Office a examiné la question des effets environnementaux cumulatifs éventuels. De l'avis de l'Office, ces effets seraient minimales en raison des mesures d'atténuation proposées.

[110] L'Office disposait d'un dossier très complet. Les demandeurs n'ont signalé aucune conclusion de l'Office qui ne serait pas étayée par les preuves. Les demandeurs n'ont pas démontré que les éléments de preuve présentés à l'Office étaient viciés de quelque façon que ce soit.

*C. L'Office a-t-il omis de tenir compte des droits ancestraux et issus de traités?*

[111] Les demandeurs soutiennent qu'étant donné que l'évaluation environnementale ne fait aucunement mention des droits constitutionnels ou issus de traités des Inuits, ni de l'obligation de consulter imposée à la Couronne, l'Office a omis de prendre en compte ces droits et obligations.

[112] Là encore, j'estime que cette thèse n'est pas fondée. Comme je l'ai expliqué plus haut, l'Office a examiné minutieusement l'étendue des consultations faites auprès des autochtones ainsi que les effets éventuels du projet sur l'exploitation traditionnelle des ressources. L'Office savait que les Inuits possédaient des droits d'exploitation protégés par l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] qui devaient être pris en compte.

V. La Couronne était-elle tenue de demander l'avis du Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut?

[113] Les demandeurs soutiennent que la Couronne n'a pas respecté les clauses de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut. Plus précisément, ils affirment que, selon l'article 15.3.4, la Couronne est

Board when Crown conduct “would affect the substance and value of Inuit harvesting rights and opportunities within the marine areas of the Nunavut Settlement Area.”

[114] Again, I disagree.

[115] Read in its entirety, Article 15.3.4 provides:

15.3.4 Government shall seek the advice of the NWMB with respect to any wildlife management decisions in Zones I and II which would affect the substance and value of Inuit harvesting rights and opportunities within the marine areas of the Nunavut Settlement Area. The NWMB shall provide relevant information to Government that would assist in wildlife management beyond the marine areas of the Nunavut Settlement Area. [Emphasis added.]

[116] From the wording of this provision the question to be answered is whether the decision to issue the GOA was a “wildlife management” decision.

[117] The Nunavut Wildlife Management Board is created in Part 2 of Article 5 of the Nunavut Land Claims Agreement. Its powers, duties and functions are enumerated in Articles 5.2.33 and 5.2.34. It is to be the main instrument of wildlife management and the regulator of access to wildlife. The scope of the Wildlife Management Board’s powers demonstrate that wildlife management decisions are decisions that relate generally to things like establishing levels of total allowable harvest and the management and protection of wildlife and wildlife habitat.

[118] Wildlife management decisions do not include decisions such as the issuance of a GOA. This is reflected in Article 12 of the Nunavut Land Claims Agreement which deals with Development Impact. Under Article 12.2.2, it is the Nunavut Impact Review

tenue de consulter le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut lorsque les activités de la Couronne auraient « une incidence sur la substance et la valeur des droits de récolte et des occasions de récolte des Inuits dans les zones marines de la région du Nunavut ».

[114] Encore une fois, je ne peux retenir cette thèse.

[115] Voici le texte intégral de l’article 15.3.4, lequel dispose :

15.3.4 Le gouvernement sollicite l’avis du CGRFN à l’égard de toute décision concernant la gestion des ressources fauniques dans les zones I et II et qui aurait une incidence sur la substance et la valeur des droits de récolte et des occasions de récolte, des Inuits dans les zones marines de la région du Nunavut. Le CGRFN fournit au gouvernement des renseignements pertinents afin de l’assister dans la gestion des ressources fauniques au-delà des zones marines de la région du Nunavut. [Je souligne.]

[116] Selon le libellé de cette disposition, la question à trancher est celle de savoir si la décision de délivrer l’AOG était une décision touchant « la gestion des ressources fauniques ».

[117] Le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut est créé par la partie 2 de l’article 5 de l’Accord sur les revendications territoriales du Nunavut. Les pouvoirs, obligations et fonctions de cette entité sont énumérés aux articles 5.2.33 et 5.2.34. C’est la principale entité chargée de la gestion des ressources fauniques et de la réglementation de l’accès aux ressources fauniques. L’étendue des pouvoirs conférés au Conseil de gestion des ressources fauniques montre que les décisions relatives à la gestion de ces ressources sont des décisions qui touchent généralement des notions comme l’établissement de contingents de base ainsi que la gestion et la protection des ressources fauniques et de leur habitat.

[118] Les décisions relatives à la gestion des ressources fauniques n’englobent pas les décisions comme la délivrance d’une AOG. C’est ce que reflète l’article 12 de l’Accord sur les revendications territoriales du Nunavut qui porte sur les répercussions des activités de

Board that is to screen project proposals and review the ecosystemic and socio-economic impact of proposed projects.

VI. Conclusion

[119] For the above reasons, I would dismiss the application for judicial review with costs payable by the applicants to the Attorney General of Canada. In these circumstances, I would have the proponents bear their own costs.

NADON J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

développement. Aux termes de l'article 12.2.2, la Commission du Nunavut chargée de l'examen des répercussions a pour fonction de réaliser l'examen préalable des projets et d'étudier les répercussions écosystémiques et socioéconomiques des projets.

VI. Conclusion

[119] Par les motifs ci-dessus, je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire avec dépens payables par les demandeurs au procureur général du Canada. Dans ces circonstances, je suis d'avis que les promoteurs devraient assumer leurs propres dépens.

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

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

IMM-2032-15  
2015 FC 1381

IMM-2032-15  
2015 CF 1381

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

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

v.

c.

**Hanan Alsha'bi (aka Hanan Al Shabi), Munir Joubain, Raghad Ayman Joubain (aka Raghad Joubain)** (Respondents)

**Hanan Alsha'bi (alias Hanan Al Shabi), Munir Joubain, Raghad Ayman Joubain (alias Raghad Joubain)** (défendeurs)

*INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)*  
*v. ALSHA'BI*

*RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)*  
*c. ALSHA'BI*

Federal Court, Strickland J.—Toronto, November 24;  
Ottawa, December 14, 2015.

Cour fédérale, juge Strickland—Toronto, 24 novembre;  
Ottawa, 14 décembre 2015.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision by Refugee Appeal Division (RAD) setting aside negative decision by Refugee Protection Division (RPD), determining that respondents Convention refugees — Respondents, stateless Palestinians with Syrian travel documents, living as temporary residents in United Arab Emirates (U.A.E.) before fleeing to Canada — Claiming refugee protection because of fear of deportation to Syria — RPD finding respondents having right to return to U.A.E. as of date of its decision — Concluding respondents not meeting second branch of test in Thabet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), rejecting claim — Respondents submitting new evidence before RAD showing residence permits cancelled by U.A.E., respondents not having right to return to U.A.E. — RAD concluding respondents having well-founded fear of persecution based on likelihood of deportation to Syria if returned to U.A.E. — Whether RAD: erring in accepting new evidence; erring in proceeding with hearing de novo; failing to assess whether within respondents' control to maintain status in U.A.E. — (1) RAD not erring in accepting new evidence — New evidence proving relevant fact materially different from finding of RPD (i.e. respondents no longer having right of return to U.A.E. at time of hearing before RAD) — (2) While RAD permitting admission of new evidence, hearing otherwise proceeding on record before RPD — RPD's finding no longer valid — Reasonably open to RAD to substitute own opinion — RAD not conducting completely new assessment — (3) RAD's decision within range of possible, acceptable outcomes — Primary question under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1E whether, at time of hearing, claimants having status substantially similar to nationals of country in question — Respondents' prior situation in U.A.E. not substantially similar to U.A.E.*

*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 d'appel des réfugiés (SAR) a annulé la décision défavorable rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) et conclu que les défendeurs avaient qualité de réfugiés au sens de la Convention — Les défendeurs, des Palestiniens apatrides, sont titulaires de documents de voyage syriens et ont vécu en tant que résidents temporaires aux Émirats arabes unis (É.A.U.) jusqu'à leur départ pour le Canada — Les défendeurs ont présenté une demande d'asile où ils ont affirmé craindre d'être renvoyés en Syrie — La SPR a conclu que les défendeurs avaient le droit de retourner aux É.A.U. en date de sa décision — La SPR a conclu que les défendeurs ne satisfaisaient pas au second volet du critère établi dans l'arrêt Thabet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) et a rejeté la demande — Les défendeurs ont présenté à la SAR de nouveaux éléments de preuve qui montraient que leurs permis de résidence avaient été révoqués par les É.A.U. et qui confirmaient qu'ils n'avaient pas le droit de retourner aux É.A.U. — La SAR a conclu que les défendeurs avaient une crainte fondée de persécution, en se basant sur la probabilité qu'ils soient expulsés en Syrie advenant leur retour aux É.A.U. — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve, en procédant à une audience de novo, et en omettant d'examiner la question de savoir si les défendeurs auraient pu maintenir leur statut aux É.A.U. — 1) La SAR n'a pas commis d'erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve — Les nouveaux éléments de preuve établissaient l'existence d'un fait pertinent qui divergeait sensiblement d'une conclusion de la SPR (c'est-à-dire que les défendeurs avaient perdu leur droit de retourner aux É.A.U. au moment de l'audience devant la SAR) — 2) Bien que la SAR ait autorisé l'admission de nouveaux éléments de preuve,*



*nationals — Thabet simply requiring that tribunal ask why claimant cannot return to country of former residence — That question answered by new evidence that respondents' temporary residence permits cancelled — Availability of state protection distinguishing stateless claimant under Act, s. 96(b) from person at risk of exclusion under Art. 1E — Lack of state protection key element of stateless person's claim of refugee status — Principles guiding exclusion under Art. 1E having questionable import in Thabet test — No element of fault should be read into requirements of s. 96(b), Thabet — Nothing in language of s. 96(b) suggesting reason why claimant losing right to return to country of former residence relevant to application of provision — RAD under no obligation to apply Art. 1E analysis rather than Thabet test — Application dismissed.*

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada setting aside a negative decision by the Refugee Protection Division (RPD) and determining that the respondents are Convention refugees.

The respondents, who are stateless Palestinians and possessed a Syrian travel document, moved to the United Arab Emirates (U.A.E.) where the principal applicant's husband was employed. The respondents lived as temporary residents in the U.A.E. from 2001 until they fled to Canada in 2014. The respondents filed a claim for refugee protection because they feared deportation to Syria, and their residency in the U.A.E. was temporary and subject to renewal. The RPD noted that the respondents left the U.A.E. on July 9, 2014 and that their residence permits would expire on September 30, 2015. Therefore, they had a right to return to the U.A.E. as of the

*l'audience était, pour le reste, fondée sur le dossier dont disposait la SPR — La conclusion de la SPR n'était plus valide — Il était raisonnable de la part de la SAR de substituer sa propre opinion à celle de la SPR — La SAR n'a pas procédé à un tout nouvel examen de la demande — 3) La décision de la SAR appartenait aux issues possibles acceptables — Dans le cadre d'une analyse fondée sur la section E de l'article premier (section 1E) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, la principale question consiste à déterminer si, à la date de l'audience, le demandeur avait un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants du pays concerné — La situation antérieure des défendeurs aux É.A.U. n'était pas essentiellement comparable à celle des ressortissants de ce pays — L'arrêt Thabet exige tout simplement que le tribunal pose la question de savoir pourquoi le demandeur d'asile ne peut pas retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure — Cette question a trouvé une réponse dans les nouveaux éléments de preuve qui établissaient que les permis de séjour temporaire des défendeurs avaient été annulés — Ce qui différencie un demandeur apatride au sens de l'art. 96b) d'une personne susceptible d'être exclue par application de la section 1E, c'est la possibilité de se réclamer de la protection d'un État — L'absence de protection de l'État est une considération essentielle en ce qui a trait à une demande d'asile émanant d'une personne apatride — Les principes régissant l'exclusion au titre de la section 1E revêtent un intérêt discutable au regard du critère de l'arrêt Thabet — Il ne faut pas interpréter les exigences prévues à l'art. 96b) et dans Thabet comme comportant un élément de faute — Rien, dans le libellé de l'art. 96b), ne donne à penser que la raison pour laquelle un demandeur a perdu le droit de retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure est pertinente pour l'application de cette disposition — La SAR n'était pas tenue d'effectuer une analyse fondée sur la section 1E plutôt que d'appliquer le critère énoncé dans la décision Thabet — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a annulé la décision défavorable rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) et a conclu que les défendeurs avaient qualité de réfugiés au sens de la Convention.

Les défendeurs, qui sont des Palestiniens apatrides et qui sont titulaires d'un document de voyage syrien, se sont installés aux Émirats arabes unis (É.A.U.) où le mari de la défenderesse principale a travaillé. Les défendeurs ont vécu en tant que résidents temporaires aux É.A.U. de 2001 jusqu'à leur départ pour le Canada en 2014. Les défendeurs ont présenté une demande d'asile où ils affirmaient craindre d'être renvoyés en Syrie, car leur statut de résident aux É.A.U. était temporaire et sujet à renouvellement. La SPR a noté que les défendeurs avaient quitté les É.A.U. le 9 juillet 2014, et que les permis de résidence contenus dans leurs passeports expireraient

date of its decision. The RPD applied the test in *Thabet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, wherein it was held that stateless persons, to be found to be Convention refugees, must show on a balance of probabilities that they would suffer persecution in any country of former habitual residence, and that they cannot return to any of their other countries of former habitual residence where they would not face persecution. The RPD concluded that the respondents did not meet the second branch of the *Thabet* test and rejected their claim. The respondents submitted new evidence before the RAD, including documents dated January 14, 2015 that showed that the residence permits had been cancelled by the U.A.E. Ministry of Interior. The new documents confirmed that the respondents did not have a right to return to the U.A.E. The RAD concluded that the respondents had a well-founded fear of persecution based on the likelihood that they would be deported to Syria should they be returned to the U.A.E.

At issue was whether the RAD (1) erred in accepting the new evidence; (2) erred in proceeding with a hearing *de novo*; and (3) failed to assess whether it was within the respondents' control to maintain their status in the U.A.E.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) The RAD did not err in accepting the evidence confirming the cancellation of the respondents' residence permits in the U.A.E. The respondents had not lost their status at the time of the hearing before the RPD. The RPD denied their claim because the respondents had a right of return at the time of the decision and, therefore, did not meet the *Thabet* test. As such, the new evidence was not simply confirmatory of the RPD decision. The RAD decision rested on the finding that the respondents had lost their status and with it their right to return, and as a result now met the *Thabet* test. The new evidence proved that a relevant fact was materially different from a finding of the RPD.

(2) While the RAD permitted the admission of new evidence under subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and made its decision based on this evidence, the hearing otherwise proceeded on the record before the RPD. The RAD admitted the new evidence and found that the RPD's finding was no longer valid. It was in this sense that it was "wrong". Given the narrow basis of the RPD's finding, which was premised primarily on the fact that

le 30 septembre 2015. Par conséquent, en date de sa décision, ils avaient le droit de retourner aux É.A.U. La SPR a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Thabet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, où il a été établi que, pour se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, une personne apatride doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle serait persécutée dans l'un ou l'autre des pays où elle a eu sa résidence habituelle et qu'elle ne peut retourner dans aucun d'eux sans être exposée à un risque de persécution. La SPR a conclu que les défendeurs ne satisfaisaient pas au second volet du critère établi dans l'arrêt *Thabet* et a rejeté leur demande. Les défendeurs ont présenté de nouveaux éléments de preuve devant la SAR, y compris des documents datés du 14 janvier 2015, qui montraient que les permis de résidence avaient été révoqués par le ministère de l'Intérieur des É.A.U. Les nouveaux documents soumis confirmaient que les défendeurs n'avaient pas le droit de retourner aux É.A.U. La SAR a conclu que les défendeurs avaient une crainte fondée de persécution, en se basant sur la probabilité qu'ils soient expulsés en Syrie advenant leur retour aux É.A.U.

Il s'agissait de savoir si la SAR 1) a commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve; 2) en procédant à une audience *de novo* et 3) en omettant d'examiner la question de savoir si les défendeurs auraient pu maintenir leur statut aux É.A.U.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

1) La SAR n'a pas commis d'erreur en admettant les éléments de preuve confirmant l'annulation des permis de résidence des défendeurs aux É.A.U. Les défendeurs n'avaient pas perdu leur statut au moment de l'audience devant la SPR. La SPR a rejeté leur demande parce que les défendeurs avaient le droit de retourner aux É.A.U. au moment de la décision et que, par conséquent, ils ne satisfaisaient pas au critère établi dans l'arrêt *Thabet*. C'est pourquoi les nouveaux éléments de preuve ne venaient tout simplement pas confirmer la décision de la SPR. La décision de la SAR était fondée sur la conclusion que les défendeurs avaient perdu leur statut aux É.A.U. et, du même coup, leur droit de retourner là-bas, avec comme résultat qu'ils satisfaisaient désormais au critère de l'arrêt *Thabet*. Les nouveaux éléments de preuve établissaient l'existence d'un fait pertinent qui divergeait sensiblement d'une conclusion de la SPR.

2) Bien que la SAR ait autorisé l'admission de nouveaux éléments de preuve en vertu du paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et qu'elle ait rendu sa décision sur le fondement de ces derniers, l'audience était, pour le reste, fondée sur le dossier dont disposait la SPR. La SAR a admis les nouveaux éléments de preuve et a constaté que la conclusion de la SPR n'était plus valide. C'est en ce sens qu'elle était « erronée ». Compte tenu du

the respondents had a right of return, and given the change of that fact as established by the new evidence, being that they could no longer return, it was reasonably open to the RAD to substitute its own opinion. In doing so, the RAD did not conduct a completely new assessment of the claim.

(3) The RAD's decision fell within a range of possible, acceptable outcomes. The primary question in an Article 1E of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* analysis is whether, at the time of the hearing, the claimants had status substantially similar to nationals of the country in question. The U.A.E. is not the respondents' country of nationality and the respondents are neither permanent residents nor citizens of that country. Their prior situation in the U.A.E. was not substantially similar to a national of the country that is the premise of the test in *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. This brought into question the analogous application of the *Zeng* analysis to the respondents' situation because they were not afforded the protection of a national in the U.A.E. Unlike *Zeng*, *Thabet* simply requires that the tribunal ask why the claimants cannot return to the country of their former residence. That question was answered by the new evidence accepted by the RAD establishing that the respondents' temporary residence permits had been cancelled because they had been outside the U.A.E. for more than six continuous months. What distinguishes a stateless claimant under paragraph 96(b) of the Act from a person at risk of exclusion pursuant to Article 1E is the availability of state protection. The lack of state protection is a key element of a stateless person's claim of refugee status and its availability is a key element of the potential exclusion of a claimant under Article 1E. Because of the difference in status, the principles guiding exclusion under Article 1E have questionable import in the test in *Thabet*, where the question is focused only on whether the stateless claimant has a right of return to a safe country of former habitual residence. No element of fault should be read into the requirements of paragraph 96(b) and in *Thabet*, in assessing whether a stateless claimant is unable to return to a country of former habitual residence. Nothing in the language of paragraph 96(b) suggests that the reason why a claimant lost that right is relevant to the application of the provision. If Parliament intended paragraph 96(b) to include an element of fault then it would have explicitly addressed this. The RAD was under no obligation or a duty to apply the Article 1E analysis rather than the test in *Thabet*.

fondement restreint de la conclusion de la SPR, laquelle reposait principalement sur le fait que les défendeurs avaient un droit de retour aux É.A.U., et étant donné que les nouveaux éléments de preuve démontraient que ces circonstances avaient changé, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient plus retourner là-bas, il était raisonnable de la part de la SAR de substituer sa propre opinion à celle de la SPR. La SAR n'a pas, ce faisant, procédé à un tout nouvel examen de la demande.

3) La décision de la SAR appartenait aux issues possibles acceptables. Dans le cadre d'une analyse fondée sur la section E de l'article premier (la section 1E) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, la principale question consiste à déterminer si, à la date de l'audience, le demandeur avait un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants du pays concerné. Les É.A.U. ne sont pas le pays de nationalité des défendeurs, et ceux-ci n'en sont ni des résidents permanents ni des citoyens. Leur situation antérieure aux É.A.U. n'était pas essentiellement comparable à celle des ressortissants de ce pays, principe sur lequel repose le critère de la décision *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Voilà qui a remis en question l'application par analogie de l'analyse suivie dans l'arrêt *Zeng* à la situation des défendeurs, étant donné que les É.A.U. ne leur offraient pas la protection dont jouissent les ressortissants de ce pays. Ainsi, à la différence de l'arrêt *Zeng*, l'arrêt *Thabet* exige tout simplement que le tribunal pose la question de savoir pourquoi le demandeur d'asile ne peut pas retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure. Cette question a trouvé une réponse dans les nouveaux éléments de preuve admis par la SAR, qui établissaient que les permis de séjour temporaire des défendeurs avaient été annulés parce qu'ils s'étaient trouvés à l'extérieur des É.A.U. pendant une période continue de plus de six mois. Ainsi donc, ce qui différencie un demandeur apatride au sens de l'alinéa 96b) d'une personne susceptible d'être exclue par application de la section 1E, c'est la possibilité de se réclamer de la protection d'un État. L'absence de protection de l'État est une considération essentielle en ce qui a trait à une demande d'asile émanant d'une personne apatride, tout comme la disponibilité de cette protection est un élément clé d'une éventuelle exclusion d'un demandeur au titre de la section 1E. En raison de la différence de statut, les principes régissant l'exclusion au titre de la section 1E revêtent un intérêt discutable au regard du critère de l'arrêt *Thabet*, où il s'agit uniquement de savoir si le demandeur apatride a le droit de retourner dans un pays sûr dans lequel il avait sa résidence habituelle. Il ne faut pas interpréter les exigences prévues à l'alinéa 96b) et dans l'arrêt *Thabet* comme comportant un élément de faute lorsqu'il s'agit de déterminer si un demandeur est incapable de retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure. Rien, dans le libellé de l'alinéa 96b), ne donne à penser que la raison pour laquelle un demandeur a perdu ce droit est pertinente pour l'application de cette disposition. Si le législateur avait voulu que l'alinéa 96b) comprenne un élément de faute, il l'aurait

mentionné explicitement. La SAR n'était pas tenue d'effectuer une analyse fondée sur la section 1E plutôt que d'appliquer le critère énoncé dans la décision *Thabet*.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72, 96, 98, 110(1),(2.1),(3),(4), 111, 111.1, Sch. *Refugee Appeal Division Rules*, SOR/2012-257, r. 3(3)(g)(i),(ii), 9(2)(f)(i),(ii).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

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

## CASES CITED

## APPLIED:

*Thabet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 21, 1998 CanLII 9863 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

## DISTINGUISHED:

*Dhillon v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 321; *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 118, [2011] 4 F.C.R. 3; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 126, [2005] 3 F.C.R. 429.

## CONSIDERED:

*Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675; *Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114; *Djossou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1080, [2015] 3 F.C.R. 664; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1.

## REFERRED TO:

*Ponniah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 386, 431 F.T.R. 71; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1022, [2015] 3 F.C.R. 587; *Deri v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1042, [2016] 2 F.C.R. 115; *Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112; *Alvarez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 702; *Eng v. Canada (Citizenship and Immigration)*,

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72, 96, 98, 110(1),(2.1),(3),(4), 111, 111.1, ann. *Règles de la Section d'appel des réfugiés*, DORS/2012-257, règles 3(3)(g)(i),(ii), 9(2)(f)(i),(ii).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

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

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Thabet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 21, 1998 CanLII 9863 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Dhillon c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 321; *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 118, [2011] 4 R.C.F. 3; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 126, [2005] 3 R.C.F. 429.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385; *Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 952; *Djossou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1080, [2015] 3 R.C.F. 664; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Ponniah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 386; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1022, [2015] 3 R.C.F. 587; *Deri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1042, [2016] 2 R.C.F. 115; *Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1063; *Alvarez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 702; *Eng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 711; *Spasoja c.*

2014 FC 711; *Spasoja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 913, 464 F.T.R. 160; *Taqadees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 909; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choubak*, 2006 FC 521, 291 F.T.R. 129; *Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241, 32 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Akl* (1990), 140 N.R. 323, [1990] F.C.J. No. 254 (C.A.) (QL).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Appeal Division (*X (Re)*, 2015 CanLII 52133) of the Immigration and Refugee Board of Canada setting aside a negative decision by the Refugee Protection Division and determining that the respondents are Convention refugees. Application dismissed.

#### APPEARANCES

*Judy Michaely* for applicant.  
*Lorne Waldman* for respondents.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Waldman & Associates*, Toronto, for respondents.

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

[1] STRICKLAND J.: This is the judicial review of the decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada (I.R.B.) dated April 9, 2015 [*X (Re)*, 2015 CanLII 52133], in which the RAD set aside a negative decision of the Refugee Protection Division (RPD) and determined that the respondents are Convention refugees pursuant to section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). This application is brought pursuant to section 72 of the IRPA.

*Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 913; *Taqadees c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 909; *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; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choubak*, 2006 CF 521; *Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1537 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Akl*, [1990] A.C.F. n° 254 (C.A.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (*X (Re)*, 2015 CanLII 52133) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a annulé la décision défavorable rendue par la Section de la protection des réfugiés et a conclu que les défendeurs avaient qualité de réfugiés au sens de la Convention. Demande rejetée.

#### ONT COMPARU

*Judy Michaely* pour le demandeur.  
*Lorne Waldman* pour les défendeurs.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Waldman & Associates*, Toronto, pour les défendeurs.

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

[1] LA JUGE STRICKLAND : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision, datée du 9 avril 2015 [*X (Re)*, 2015 CanLII 52133], par laquelle la Section d'appel des réfugiés (la SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la C.I.S.R.), a annulé la décision défavorable rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) et conclu que les défendeurs avaient qualité de réfugiés au sens de la Convention, suivant l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). La présente demande est fondée sur l'article 72 de la même loi.

### Background

[2] Ms. Hanan Alsha'bi (principal respondent) and her two minor children, Raghad Ayman Joubain and Munir Joubain, are stateless Palestinians (collectively, the respondents). They, and the principal respondent's husband and father of the minor respondents, Mr. Ayman Joubain, moved to the United Arab Emirates (U.A.E.) in 2001 when Mr. Joubain took a job as a construction manager. The respondents lived as temporary residents in the U.A.E. from 2001 until they fled to Canada on July 9, 2014. Mr. Joubain did not travel to Canada with the respondents. The respondents possess a Syrian travel document.

[3] Shortly after arriving in Canada, the respondents filed a claim for refugee protection. They claimed that they feared they could be deported back to Syria at any time because their residency in the U.A.E. was temporary and subject to renewal. By its decision of December 4, 2014, the RPD found the respondents to be neither Convention refugees nor persons in need of protection.

[4] The RPD determined that the respondents' countries of former habitual residence were Syria and the U.A.E. The RPD found that if the respondents were to be removed to Syria they would face more than a mere possibility of being persecuted due to their Palestinian nationality and their particular circumstances. However, the RPD also reviewed the documentary evidence concerning what rights a U.A.E. temporary residence permit confers, which included that residence permit holders have the right to re-enter the U.A.E. as often as desired provided that they do not remain out of the country for an uninterrupted period exceeding six months. Residence permits are cancelled when permit holders remain out of the U.A.E. for an uninterrupted period longer than six months. The RPD noted that the respondents left the U.A.E. on July 9, 2014, and that the residence permits contained in their passports would expire on September 30, 2015. Therefore, they had a right to return to the U.A.E. as of the date of its decision.

[5] The RPD found that the respondents had lived in the U.A.E. without any problems since 2001, other than

### Contexte

[2] M<sup>me</sup> Hanan Alsha'bi (la défenderesse principale) et ses deux enfants mineurs, Raghad Ayman Joubain et Munir Joubain (collectivement les défendeurs), sont des Palestiniens apatrides. Les défendeurs, ainsi que le mari de la défenderesse principale et père des défendeurs mineurs, M. Ayman Joubain, se sont installés aux Émirats arabes unis (É.A.U.) en 2001, lorsque celui-ci y a accepté un emploi de directeur de la construction. Les défendeurs ont vécu en tant que résidents temporaires aux É.A.U. de 2001 jusqu'à leur départ pour le Canada, le 9 juillet 2014. M. Joubain n'est pas venu au Canada avec les défendeurs. Ceux-ci sont titulaires d'un document de voyage syrien.

[3] Peu de temps après leur arrivée au Canada, les défendeurs ont présenté une demande d'asile où ils affirmaient craindre d'être renvoyés en Syrie à tout moment, car leur statut de résident aux É.A.U. était temporaire et sujet à renouvellement. Dans la décision qu'elle a rendue le 4 décembre 2014, la SPR a conclu que les défendeurs n'avaient ni la qualité de réfugiés au sens de la Convention ni celle de personnes à protéger.

[4] La SPR a constaté que les pays de résidence habituelle antérieure des défendeurs étaient la Syrie et les É.A.U. Elle a conclu qu'advenant leur renvoi en Syrie, les défendeurs seraient exposés à plus qu'une simple possibilité d'être persécutés en raison de leur nationalité palestinienne et de leur situation particulière. Cependant, la SPR a aussi examiné la preuve documentaire concernant les droits conférés aux titulaires d'un permis de résidence temporaire aux É.A.U., y compris celui de revenir aux É.A.U. aussi souvent qu'ils le souhaitent, pourvu qu'ils ne demeurent pas à l'extérieur du pays de façon ininterrompue pendant plus de six mois. En effet, au-delà de cette période continue de six mois, le permis de résidence est révoqué. La SPR a noté que les défendeurs avaient quitté les É.A.U. le 9 juillet 2014, et que les permis de résidence contenus dans leurs passeports expireraient le 30 septembre 2015; par conséquent, en date de sa décision, ils avaient le droit de retourner aux É.A.U.

[5] La SPR a conclu que les défendeurs avaient vécu aux É.A.U. à compter de 2001 sans y éprouver de

their fear of being sent back to Syria. It noted that Mr. Joubein had been threatened to be deported to Syria if he tried to change his employment to work for another company, but also that he continued to work for the same employer on an open-ended contract.

[6] The RPD concluded that to be found a Convention refugee, a stateless person must show on a balance of probabilities, that he or she would suffer persecution in any country of former habitual residence and that he or she cannot return to any of his or her other countries of former habitual residence where they would not face persecution (*Thabet v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 21 (C.A.) (*Thabet*)). As the respondents had the ability to return to the U.A.E. and were not at risk there, they did not meet the second branch of the *Thabet* test. Nor did the lack of permanence in their status in the U.A.E. amount to persecution giving rise to a claim for protection or refugee status. Accordingly, the RPD rejected their claim.

#### Decision Under Review

[7] The respondents appealed the RPD decision to the RAD. The RAD declined to grant an oral hearing but did accept new evidence.

[8] The new evidence included three documents, dated January 14, 2015, which showed that the residence permits of each of the respondents had been cancelled by the U.A.E. Ministry of Interior. The RAD referred to subsection 110(4) of the IRPA and determined that the documents arose after the rejection of the claims by the RPD, that they were not reasonably available at the time and, that the respondents could not have been reasonably expected to have presented them at first instance. Further, that the documents confirmed the principal respondent's testimony before the RPD that their status in the U.A.E. was temporary. The RAD found that the respondents had remained outside the U.A.E. for more than six uninterrupted months and, therefore, had lost their status. The new documents confirmed that they did not have a right to return to the U.A.E.

problèmes, si ce n'est leur crainte d'être renvoyés en Syrie. Elle a noté qu'on avait menacé M. Joubein d'expulsion en Syrie s'il tentait de changer d'emploi et de travailler pour une autre compagnie, mais qu'il avait continué à travailler pour le même employeur en vertu d'un contrat à durée indéterminée.

[6] La SPR a estimé que, pour se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, une personne apatride doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle serait persécutée dans l'un ou l'autre des pays où elle a eu sa résidence habituelle et qu'elle ne peut retourner dans aucun d'eux sans être exposée à un risque de persécution (*Thabet c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 21 (C.A.) (*Thabet*)). Étant donné qu'ils avaient la possibilité de retourner aux É.A.U., pays où ils ne couraient aucun risque, les défendeurs ne satisfaisaient pas au second volet du critère établi dans l'arrêt *Thabet*. Leur absence de statut permanent aux É.A.U. n'équivalait pas non plus à de la persécution, laquelle justifierait une demande de protection ou une demande d'asile. En conséquence, la SPR a rejeté leur demande.

#### La décision faisant l'objet du contrôle

[7] Les défendeurs ont interjeté appel de la décision de la SPR auprès de la SAR. Celle-ci a refusé de leur accorder une audience, mais elle a admis de nouveaux éléments de preuve.

[8] Parmi ces nouveaux éléments de preuve figuraient trois documents, datés du 14 janvier 2015, qui montraient que les permis de résidence de chacun des défendeurs avaient été révoqués par le ministère de l'Intérieur des Émirats arabes unis. En s'appuyant sur le paragraphe 110(4) de la LIPR, la SAR a déterminé que les éléments de preuve en question étaient survenus depuis le rejet de la demande par la SPR, et qu'ils n'étaient pas raisonnablement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que les défendeurs les aient présentés au moment du rejet. Elle a ajouté que les documents confirmaient les dires de la défenderesse principale dans son témoignage devant la SPR, à savoir que leur statut à tous les trois aux É.A.U. était temporaire. La SAR a conclu que les défendeurs étaient demeurés à l'extérieur des É.A.U. pendant une période continue de

[9] The RAD noted that the RPD had found the respondents to be credible witnesses and accepted that finding. Further, that the respondents are stateless and, if they go to the U.A.E., they will be sent to Syria.

[10] The RAD referred to *Thabet* and found the documentary evidence was clear that, should they return to Syria, they would have a serious possibility of persecution due to their Palestinian ethnicity. Further, the RAD found that the respondents fall into high risk profiles identified by the United Nations High Commissioner for Refugees, including: Palestinian refugees who had their former habitual residence in Syria; women, given the high incidence of gender-based violence; and, medical doctors from Syria (the principal respondent is a dentist). Accordingly, the RAD concluded that the respondents have a well-founded fear of persecution. It based this conclusion on the likelihood that the respondents would be deported to Syria should they be returned to the U.A.E. The RAD found this conclusion to be supported by the new evidence adduced by the respondents on the appeal, as well as the objective documentary evidence, which confirmed that the respondents no longer have status in the U.A.E. and the U.A.E. deports Palestinians, sometimes arbitrarily. It therefore set aside the negative determination of the RPD and found that the respondents are Convention refugees.

### Issues

[11] The Minister raises the following issues in this judicial review:

1. Did the RAD err in accepting the new evidence?
2. Did the RAD err in proceeding with a hearing *de novo*?

plus de six mois et que, de ce fait, ils avaient perdu leur statut là-bas. Les nouveaux documents soumis confirmaient qu'ils n'avaient pas le droit de retourner aux É.A.U.

[9] La SAR a relevé, puis accepté, la conclusion de la SPR selon laquelle les défendeurs étaient des témoins crédibles. En outre, elle a pris acte du fait que les défendeurs sont apatrides, et que, advenant leur retour aux É.A.U., ils seront renvoyés Syrie.

[10] La SAR, se reportant à la l'arrêt *Thabet*, a estimé que la preuve documentaire était claire, et que, s'ils devaient retourner en Syrie, les défendeurs seraient exposés à une possibilité sérieuse de persécution en raison de leur origine ethnique palestinienne. En outre, elle a jugé que les défendeurs correspondaient aux profils à risque élevé établis par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, notamment à titre de réfugiés palestiniens ayant la Syrie comme pays de résidence habituelle antérieure; de femmes, compte tenu des taux élevés de violence fondée sur le sexe; et de médecin originaire de la Syrie (la défenderesse principale est dentiste). Cela étant, la SAR a conclu que les défendeurs avaient une crainte fondée de persécution. Elle a tiré cette conclusion en se basant sur la probabilité que les défendeurs soient expulsés en Syrie advenant leur retour aux É.A.U. La SAR a estimé que cette conclusion était appuyée par les nouveaux éléments de preuve produits par les défendeurs dans le cadre de l'appel, de même que par la preuve documentaire objective, qui confirmait que les défendeurs n'avaient plus aucun statut aux É.A.U., et que ce pays expulsait les Palestiniens, parfois de façon arbitraire. Par conséquent, elle a cassé la décision défavorable de la SPR et conclu que les défendeurs avaient qualité de réfugiés au sens de la Convention.

### Les questions en litige

[11] Le ministre soulève les questions suivantes dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire :

1. La SAR a-t-elle commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve?
2. La SAR a-t-elle commis une erreur en procédant à une audience *de novo*?



3. Did the RAD fail to assess whether it was within the respondents' control to maintain their status in the U.A.E.?

#### Standard of Review

[12] The parties are in agreement that the standard of review with respect to these three issues is one of reasonableness. Reasonableness is concerned with the justification, transparency and intelligibility of the decision-making process and also with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes defensible in respect of the facts and law. A reviewing Court will interfere with the decision only if it falls outside that range (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 47–49; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 45, 46 and 59).

#### Issue 1: Did the RAD Err in Accepting the New Evidence?

##### *Minister's Position*

[13] The Minister submits that the evidence adduced before the RAD did not constitute new evidence within the meaning of subsection 110(4) of the IRPA, because it simply confirmed evidence already presented to the RPD. In that regard, documents post-dating the hearing date do not qualify as new evidence if the information contained within them was already known and accepted by the RPD. The Minister contends that the law in the context of a pre-removal risk assessment (PRRA) should be analogously applied in the context of a RAD appeal (*Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675 (*Raza*); *Ponniah v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 386, 431 F.T.R. 71 (*Ponniah*), at paragraph 31). As such, new evidence on a RAD appeal must prove facts that are materially different from those found by the RPD. As the RPD accepted that the respondents would lose their status if they remained outside of the U.A.E. for more than six months, the Minister submits the RAD erred in admitting evidence which simply confirmed this expected consequence.

3. La SAR a-t-elle omis d'examiner la question de savoir si les défendeurs auraient pu maintenir leur statut aux É.A.U.?

#### La norme de contrôle

[12] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable à ces trois questions est celle de la décision raisonnable. Le caractère raisonnable d'une décision tient à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Quand cette norme s'applique, la cour de révision ne modifiera la décision que si elle n'appartient pas à ces issues (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 47 à 49; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 45, 46 et 59).

#### Première question : La SAR a-t-elle commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve?

##### *Position du ministre*

[13] Le ministre fait valoir que les éléments de preuve produits devant la SAR ne constituaient pas de nouveaux éléments de preuve au sens du paragraphe 110(4) de la LIPR, car ils ne faisaient que corroborer ceux déjà soumis à la SPR. En ce sens, ces documents postérieurs à la date de l'audience ne sauraient être considérés comme de nouveaux éléments de preuve, dans la mesure où l'information qu'ils contenaient était déjà connue et acceptée par la SPR. Le ministre soutient que le droit applicable dans le cadre d'un examen des risques avant renvoi (ERAR) devrait s'appliquer par analogie dans le contexte d'un appel à la SAR (*Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385 (*Raza*); *Ponniah c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 386 (*Ponniah*), au paragraphe 31). Ainsi, les nouveaux éléments de preuve présentés lors de l'appel à la SAR doivent établir des faits qui sont sensiblement différents de ceux constatés par la SPR. Comme elle a reconnu que les défendeurs perdraient leur statut s'ils demeuraient à l'extérieur des É.A.U. pendant plus de six mois, le ministre soutient que la SAR a commis une

*Respondents' Position*

[14] Responding to the Minister's reliance on jurisprudence concerning new evidence submitted in the context of a PRRA, specifically the test in *Raza*, the respondents submit that this question of law is unsettled. They note that this Court in *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1022, [2015] 3 F.C.R. 587 (presently under appeal, see: A-512-14) found that the *Raza* test should not be strictly applied in the context of a RAD appeal. Nor did the RAD explicitly consider what test to apply; rather it considered the evidence to be new because it post-dated the RPD hearing. The RAD did not err in that regard.

[15] However, even applying the *Raza* test, the RAD reasonably concluded that the documentary evidence met the requirements under subsection 110(4), even if the expiration of the respondents' status in the U.A.E. was not unexpected. The evidence was credible, relevant, material, and new, in the sense that it proved a state of affairs that arose after the RPD hearing, and contradicted the finding of fact by the RPD that the respondents had a right of return. The respondents also distinguish *Ponniah* on the basis that the new documentary evidence proved that they lost their status, and this fact was materially different from the finding by the RPD that they had not. In the absence of this new material fact, the RPD found the respondents did not meet the test in *Thabet*. The respondents submit the RAD reasonably concluded the new evidence compelled the opposite conclusion: that they could not return to the UAE without the likelihood of deportation to Syria.

erreur en admettant des éléments de preuve qui ne faisaient que confirmer cette conséquence prévisible.

*Position des défendeurs*

[14] En réponse à la jurisprudence invoquée par le ministre relativement aux nouveaux éléments de preuve produits dans le contexte de l'analyse d'une demande d'ERAR, en particulier le critère établi dans l'arrêt *Raza*, les défendeurs font valoir que le droit est encore incertain sur cette question. Ils soulignent que la Cour, dans la décision *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1022, [2015] 3 R.C.F. 587 (qui fait actuellement l'objet d'un appel; voir le dossier A-512-14), a tranché que le critère de l'arrêt *Raza* ne devrait pas être appliqué de façon stricte dans le contexte d'un appel devant la SAR. Ils ajoutent que la SAR n'a pas non plus expressément examiné quel critère il convenait d'appliquer, mais qu'elle a considéré les éléments de preuve comme nouveaux parce qu'ils étaient postérieurs à l'audience devant la SPR. La SAR n'a donc commis aucune erreur à cet égard.

[15] Toutefois, même à supposer qu'on applique le critère de l'arrêt *Raza*, la SAR a raisonnablement conclu que la preuve documentaire satisfaisait aux exigences du paragraphe 110(4) de la LIPR, même si l'expiration du statut des défendeurs aux É.A.U. n'était pas un fait inattendu. La preuve était non seulement crédible, pertinente, substantielle et nouvelle, en ce sens qu'elle prouvait une situation postérieure à l'audience devant la SPR, mais elle contredisait la conclusion de fait tirée par la SPR selon laquelle les défendeurs avaient le droit de retourner aux É.A.U. Les défendeurs établissent également une distinction entre l'espèce et l'affaire *Ponniah*, étant donné que la nouvelle preuve documentaire établissait qu'ils avaient perdu leur statut, et que ce fait était sensiblement différent de la conclusion à l'effet contraire de la SPR. En l'absence de ce nouveau fait important, la SPR a conclu que les défendeurs ne respectaient pas le critère établi dans l'arrêt *Thabet*. Les défendeurs avancent que la SAR a raisonnablement conclu que, eu égard aux nouveaux éléments de preuve, force était de tirer la conclusion inverse, à savoir qu'ils ne pourraient retourner aux É.A.U. sans courir le risque d'être expulsés en Syrie.

[16] The respondents also rely on the approach to subsection 110(4) set out in my decision in *Deri v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1042, [2016] 2 F.C.R. 115 (*Deri*), at paragraph 55 (presently under appeal, see: A-431-15). They submit that, applying that approach, which strictly tracks the statutory conditions under subsection 110(4), the respondents submit the evidence was dated January 14, 2015 and thus arose after the rejection of their claim before the RPD on November 14, 2014. They submit this evidence was not reasonably available at the time of the decision, and they could not have been reasonably expected to provide it to the RPD. Accordingly, the RAD's conclusion—that the new evidence satisfied the requirements of subsection 110(4)—was reasonable.

#### *Analysis*

[17] In my view, the RAD did not err in accepting the evidence confirming the cancellation of the respondents' residence permits in the U.A.E.

[18] Subsection 110(4) states as follows:

#### **110 ...**

##### **Evidence that may be presented**

(4) On appeal, the person who is the subject of the appeal may present only evidence that arose after the rejection of their claim or that was not reasonably available, or that the person could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection.

[19] The documents establishing that the respondents' residence permits had been cancelled were issued by the U.A.E. on January 14, 2015. That evidence arose after the rejection of their claim by the RPD on November 14, 2014. The evidence did not exist and, therefore, was not reasonably available at the time of the hearing before the RPD and the respondents could not be reasonably expected to have presented it.

[16] Les défendeurs invoquent également l'approche à suivre à l'égard du paragraphe 110(4) de la LIPR, ainsi que je l'ai définie dans la décision *Deri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1042, [2016] 2 R.C.F. 115 (*Deri*), au paragraphe 55 (qui fait actuellement l'objet d'un appel; voir le dossier A-431-15). Suivant cette approche, qui reprend strictement les exigences prévues au paragraphe 110(4), les défendeurs font valoir que les éléments de preuve étaient datés du 14 janvier 2015, et qu'ils étaient donc survenus depuis le rejet de leur demande d'asile par la SPR, le 14 novembre 2014. Ils soutiennent que ces éléments de preuve n'étaient pas raisonnablement accessibles au moment de la décision, et qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils les aient présentés à la SPR. En conséquence, la conclusion de la SAR quant au fait que les nouveaux éléments de preuve satisfaisaient aux exigences du paragraphe 110(4) était raisonnable.

#### *Analyse*

[17] À mon sens, la SAR n'a pas commis d'erreur en admettant les éléments de preuve confirmant l'annulation des permis de résidence des défendeurs aux É.A.U.

[18] Le paragraphe 110(4) est libellé comme suit :

#### **110 [...]**

##### **Éléments de preuve admissibles**

(4) Dans le cadre de l'appel, la personne en cause ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet de sa demande ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'elle n'aurait pas normalement présentés, dans les circonstances, au moment du rejet.

[19] Les documents attestant la révocation des permis de résidence des défendeurs ont été délivrés par les É.A.U. en date du 14 janvier 2015. Ces éléments de preuve sont survenus depuis le rejet de leur demande par la SPR, le 14 novembre 2014. Ils n'existaient pas au moment de l'audience devant la SPR; par conséquent, ils n'étaient pas raisonnablement accessibles à ce moment-là, et il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que les défendeurs les aient présentés.

[20] In my view, because the new evidence meets the explicit requirements of subsection 110(4), the present case does not require this Court to resolve the question of whether the test in *Raza* informs admissibility under subsection 110(4) (*Deri*, at paragraphs 53–55). However, if *Raza* does apply, I would still find that the new evidence was admissible for the reasons set out by the respondents in their written submissions.

[21] I would also note that the Minister's position conflates the RPD's knowledge of a potential state of affairs—that the respondents would lose their status if they remain outside the U.A.E. for more than six months—with the state of affairs occurring in fact. The respondents had not lost their status at the time of the hearing before the RPD and the RPD did not consider the respondents' claim in the event that their status in the U.A.E. were to expire. Rather, the claim was denied because the respondents had a right of return at the time of the decision and, therefore, did not meet the *Thabet* test. As such, I disagree with the Minister that the new evidence was simply confirmatory of the RPD decision. At the time of the RPD hearing, the respondents possessed temporary resident status in the U.A.E. and, therefore, a right of return. The RPD decision rested on this finding of fact. The RAD decision, however, rested on the factual finding that the respondents had lost their status and with it their right to return, and, as a result, now met the *Thabet* test. The new evidence proved that a relevant fact was materially different from a finding of the RPD (*Ponniah*, at paragraph 31).

[20] Je suis d'avis que, puisque les nouveaux éléments de preuve satisfont aux exigences explicitement énoncées au paragraphe 110(4) de la LIPR, il n'est pas nécessaire, en l'espèce, que la Cour tranche la question de savoir si le critère de l'arrêt *Raza* permet de déterminer l'admissibilité des éléments de preuve au titre de ce même paragraphe (*Deri*, aux paragraphes 53 à 55). Néanmoins, si le critère de l'arrêt *Raza* s'appliquait, je conclurais quand même à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve pour les motifs exposés par les défendeurs dans leurs observations écrites.

[21] Je ferai aussi observer que, dans sa thèse, le ministre confond la connaissance qu'avait la SPR d'une situation potentielle — c'est-à-dire que les défendeurs perdraient leur statut s'ils demeuraient à l'extérieur des É.A.U. pendant plus de six mois — avec la situation qui s'est effectivement produite. Les défendeurs n'avaient pas perdu leur statut aux É.A.U. au moment de l'audience devant la SPR, et celle-ci n'a pas examiné leur demande en fonction de l'hypothèse d'une expiration de ce statut. De fait, la demande a été rejetée parce que les défendeurs avaient le droit de retourner aux É.A.U. au moment de la décision et que, par conséquent, ils ne satisfaisaient pas au critère établi dans l'arrêt *Thabet*. C'est pourquoi je ne suis pas d'accord avec le ministre lorsqu'il affirme que les nouveaux éléments de preuve venaient tout simplement confirmer la décision de la SPR. Au moment de l'audience devant la SPR, les défendeurs possédaient le statut de résident temporaire aux É.A.U., et ils avaient donc le droit d'y retourner. La décision de la SPR reposait sur cette conclusion de fait. La décision de la SAR, en revanche, était fondée sur la conclusion de fait que les défendeurs avaient perdu leur statut aux É.A.U. et, du même coup, leur droit de retourner là-bas, avec comme résultat qu'ils satisfaisaient désormais au critère de l'arrêt *Thabet*. Les nouveaux éléments de preuve établissaient l'existence d'un fait pertinent qui divergeait sensiblement d'une conclusion de la SPR (*Ponniah*, au paragraphe 31).

Issue 2: Did the RAD Err in Proceeding with a Hearing *de novo*?

*Minister's Position*

[22] The Minister submits the RAD erred by conducting a hearing *de novo*. In the Minister's view, the primary role of the RAD is to review the record of proceedings before the RPD for error. The RAD is to correct errors in RPD decisions and ensure consistency in the legal principles applied. As such, a RAD hearing is neither a hybrid appeal nor a *de novo* appeal, but is in the nature of a true appeal.

[23] The Minister acknowledges that, to date, this Court has expressed diverging opinions on the role of the RAD. The Minister submits that while consensus has emerged that the RAD is not to review RPD decisions in the manner of a judicial review, this Court has also generally refrained from explicitly describing the RAD appeal as a *de novo* hearing (*Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114 (*Alyafi*); *Djossou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1080, [2015] 3 F.C.R. 664 (*Djossou*); *Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112; *Alvarez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 702 (*Alvarez*), at paragraph 25; *Eng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 711 (*Eng*), at paragraph 26; *Spasoja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 913, 464 F.T.R. 160 (*Spasoja*), at paragraph 42).

[24] The Minister asks this Court to follow the line of case law which has placed the RAD's appellate role as more akin to a true appeal, where questions of law are to be reviewed on a standard of correctness, and questions of fact or mixed fact and law are to be reviewed on a standard of palpable and overriding error (*Spasoja*, at paragraphs 39 and 42; *Alvarez*, at paragraphs 27–29; *Eng*, at paragraphs 28–30). This approach affords the RAD a “robust and meaningful” appeal power, without diminishing the importance of the full RPD hearing process.

Deuxième question : La SAR a-t-elle commis une erreur en procédant à une audience *de novo*?

*Position du ministre*

[22] Le ministre affirme que la SAR a commis une erreur en tenant une audience *de novo*. À son avis, la SAR a pour rôle principal d'examiner le dossier qui était devant la SPR de manière à vérifier qu'aucune erreur n'a été commise. Elle doit corriger les erreurs que comportent les décisions de la SPR et veiller à ce que les principes de droit soient appliqués de façon cohérente. En conséquence, une audience de la SAR n'est ni un appel hybride, ni un appel *de novo*; elle tient plutôt d'un véritable appel.

[23] Le ministre reconnaît que, jusqu'ici, la Cour a exprimé des opinions divergentes au sujet du rôle de la SAR. Il soutient que, bien qu'un consensus se soit formé relativement au fait que la SAR ne doit pas examiner les décisions de la SPR comme si elle exerçait une fonction de contrôle judiciaire, la Cour s'est aussi généralement abstenue de décrire explicitement l'appel devant la SAR comme une audience *de novo* (*Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 952 (*Alyafi*); *Djossou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1080, [2015] 3 R.C.F. 664 (*Djossou*); *Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1063; *Alvarez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 702 (*Alvarez*), au paragraphe 25; *Eng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 711 (*Eng*), au paragraphe 26; *Spasoja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 913 (*Spasoja*), au paragraphe 42).

[24] Le ministre demande à la Cour de suivre le courant jurisprudentiel ayant établi que la fonction d'appel de la SAR est assimilable à une fonction d'appel véritable, dans le cadre de laquelle les questions de droit doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte et les questions de fait ou mixtes de fait et de droit, selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Spasoja*, aux paragraphes 39 et 42; *Alvarez*, aux paragraphes 27 à 29; *Eng*, aux paragraphes 28 à 30). Cette approche reconnaît à la SAR une compétence en appel « robuste et significative », sans pour autant minimiser

[25] In support of this position, the Minister refers to the RAD's enabling provisions, section 110 through section 111.1 of the IRPA, and the surrounding context of the statutory scheme. It submits that these provisions, properly interpreted, indicate that a RAD appeal is limited in scope, and not intended to be a rehearing of a claim already determined by the RPD. Rather, Parliament intended a RAD appeal to be an expeditious review (subsection 110(2.1)), primarily in writing and based on the record of proceeding before the RPD (subsection 110(3)), and focused on specific errors identified by the appellant or the Minister (subsection 110(1)). Further, subsection 110(4) limits acceptance of new evidence. Similarly, subsection 110(3) provides that the RAD "must" proceed without an oral hearing, unless new documentary evidence raises a serious, central, and dispositive issue of credibility. This all illustrates that the RAD is not to conduct a new assessment of a claim.

[26] The Minister also refers to the broad remedial powers afforded to the RAD under section 111 of the IRPA. Under this provision, the RAD must confirm or set aside the determination of the RPD, substitute its own decision, or refer the matter to the RPD for redetermination. The Minister submits, however, that in order for the RAD to substitute its own opinion for that of the RPD, there must be an error arising in the RPD decision. In this regard, the Minister relies on the surrounding schematic context of the IRPA, including paragraph 111(2)(a), which limits the scope of the RAD's ability to send matters back to the RPD for redetermination to circumstances where the RPD was "wrong in law, in fact or in mixed law and fact". The Minister submits that the same limitation should be read into the RAD's jurisdiction to set aside a decision and substitute its own opinion under paragraph 111(1)(b).

l'importance du processus d'audience complet de la SPR.

[25] Au soutien de sa position, le ministre renvoie aux dispositions législatives habilitantes concernant la SAR, qui vont de l'article 110 à l'article 111.1 de la LIPR, ainsi qu'au contexte du régime établi par cette loi. Il fait valoir que, si on les interprète correctement, les dispositions en question nous apprennent que l'appel à la SAR a une portée limitée, et qu'il ne doit pas être considéré comme une nouvelle audition d'une demande à l'égard de laquelle la SPR s'est déjà prononcée. Au contraire, le législateur a voulu que l'appel à la SAR soit un examen expéditif (paragraphe 110(2.1)) qui se fasse principalement par écrit, et qui soit fondé sur le dossier de la SPR (paragraphe 110(3)) et axé sur des erreurs précises soulevées par l'appelant ou le ministre (paragraphe 110(1)). En outre, le paragraphe 110(4) impose des limites à l'acceptation de nouveaux éléments de preuve. De façon similaire, le paragraphe 110(3) dispose que la SAR « doit » procéder sans tenir d'audience, à moins que les nouveaux éléments de preuve documentaire ne soulèvent une question de crédibilité importante, déterminante et essentielle pour la prise de la décision. Toutes ces dispositions montrent qu'il n'appartient pas à la SAR de procéder à un nouvel examen des demandes.

[26] Le ministre fait également mention du vaste pouvoir de redressement conféré à la SAR par l'article 111 de la LIPR. En vertu de celui-ci, la SAR peut confirmer la décision de la SPR, la casser et y substituer sa propre décision ou renvoyer l'affaire à la SPR pour qu'une nouvelle décision soit rendue. Le ministre fait toutefois valoir que, pour que la SAR puisse substituer sa propre opinion à celle de la SPR, la décision de celle-ci doit comporter une erreur. À cet égard, le ministre s'appuie sur le contexte interne de la LIPR, notamment l'alinéa 111(2)a, qui limite la capacité de la SAR de renvoyer l'affaire à la SPR pour nouvelle décision aux cas où la décision de la SPR est « erronée en droit, en fait ou en droit et en fait ». Le ministre soutient qu'il faut considérer comme assujettie aux mêmes limites la compétence de la SAR prévue à l'alinéa 111(1)b pour ce qui est d'annuler une décision et d'y substituer sa propre opinion.

[27] The Minister contrasts the powers of the RAD with the broad mandate granted to the RPD, submitting that the RPD performs a much wider, inquisitorial function in determining all eligible claims for protection, which demonstrates that the RAD is primarily intended to review decisions of the RPD for error in a manner akin to a trial appeal rather than a *de novo* hearing. Further support of this position is found in the *Refugee Appeal Division Rules*, SOR/2012-257 (RAD Rules), specifically paragraphs 3(3)(g)(i), (ii) and 9(2)(f)(i), (ii), which require a party appealing a decision to the RAD to identify the errors arising from the RPD decision.

[28] Here the RAD failed to assess the RPD decision and failed to consider whether the RPD decision was made in error. The RAD did not state anywhere in its reasons that the RPD erred in its assessment or that the RPD should have granted the claim of the respondents. As such, the Minister submits the RAD unreasonably overturned the decision of the RPD according to a misinterpretation of its proper statutory mandate. Thus, according to the Minister, the RAD acted outside of its role as a reviewing body, and erroneously embarked on a second refugee hearing (*Dhillon v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 321 (*Dhillon*), at paragraph 18).

#### *Respondents' Position*

[29] The respondents submit that an appeal to the RAD is a hybrid between a hearing *de novo* and a true appeal (*Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811 (*Huruglica*), at paragraphs 54 and 55) and that the RAD “must review all aspects of the RPD’s decision and come to an independent assessment of whether the claimant is a Convention refugee or a person in need of protection. Where its assessment departs from that of the RPD, the RAD must substitute its own decision.” The RAD is not restricted, as an appellate court is, to intervening on facts only where there is a “palpable and overriding error”.

[27] Le ministre souligne la différence entre les pouvoirs attribués à la SAR et le vaste mandat conféré à la SPR. Il fait valoir que celle-ci remplit un rôle plus large et inquisitoire consistant à rendre des décisions sur toutes les demandes d’asile recevables, ce qui démontre que la principale raison d’être de la SAR est d’examiner les décisions de la SPR afin d’y déceler d’éventuelles erreurs au moyen d’un processus qui tient davantage d’une procédure d’appel que d’une audience *de novo*. Cette thèse se trouve étayée par les *Règles de la Section d’appel des réfugiés*, DORS/2012-257 (les Règles de la SAR), en particulier aux sous-alinéas 3(3)g(i) et (ii) et 9(2)f(i) et (ii), selon lesquels la partie interjetant appel d’une décision auprès de la SAR est tenue de préciser les erreurs contenues dans la décision de la SPR contestée.

[28] En l’espèce, la SAR a omis d’examiner la décision de la SPR ainsi que la question de savoir si cette décision était entachée d’erreur. Nulle part dans ses motifs la SAR n’indique-t-elle que la SPR s’est trompée dans son appréciation de la preuve ou qu’elle aurait dû accueillir la demande des défendeurs. En conséquence, le ministre soutient que la SAR a déraisonnablement annulé la décision de la SPR en raison d’une mauvaise interprétation de son propre mandat, lequel lui est conféré par la loi. Ainsi, d’après le ministre, la SAR a agi en outrepassant les limites de son rôle d’organisme de révision, et elle a procédé, à tort, à une deuxième audition de la demande d’asile (*Dhillon c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 321 (*Dhillon*), au paragraphe 18).

#### *Position des défendeurs*

[29] Les défendeurs soutiennent qu’un appel à la SAR est un hybride entre une audience *de novo* et un appel véritable (*Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811 (*Huruglica*), aux paragraphes 54 et 55), et que la SAR « doit examiner tous les aspects de la décision de la SPR et en arriver à sa propre conclusion quant à savoir si le demandeur d’asile a qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger. Lorsque ses conclusions diffèrent de celles de la SPR, la SAR doit y substituer sa propre décision ». La SAR ne doit pas, comme est tenue de le faire une cour d’appel, se borner à intervenir sur

[30] The respondents submit that the IRPA expressly allows the RAD to receive new evidence and, if it does so, to either remit the matter back to the RPD, or, to substitute its own decision for that of which the RPD ought to have made. Thus, the position of the Minister, being that the RAD is limited to reviewing the RPD decision for error, is fundamentally at odds with the RAD's power to receive new evidence and to reach its own determination of a claim in reliance on that new evidence. In this regard, the respondents submit that it makes no sense that the RAD be permitted to receive new evidence but be restricted to a review of RPD decisions for error. The power to receive new evidence acknowledges that there may be circumstances where new evidence arises after the case had been decided by the RPD and, in these circumstances, it is reasonable and just to allow the RAD to consider it.

[31] The respondents contend that, where new evidence is submitted, the function of the RAD necessarily goes beyond a mere review. In those cases, the RAD must determine if the evidence is "new" and if it might have affected the RPD's decision. If so, then it must go further and determine if there is a sufficient basis to render the decision that the RPD would render or whether the case should be remitted for reconsideration. This position finds support in *Dhillon* as the Court in that case found that an appeal before the RAD is directed at the RPD decision and entertained on the basis of the record, unless new evidence is accepted.

[32] Here, as the RPD rejected the respondents' claim on the sole basis that six months had not passed since they left the U.A.E., the respondents submit that the RAD correctly accepted the new evidence. Six months had passed by that time and the new documentary evidence proved that they had lost their status. As a result, the RAD correctly applied this new evidence to the law and the factual context otherwise accepted by the RPD,

les faits seulement lorsqu'il y a une « erreur manifeste et dominante ».

[30] Les défendeurs font valoir que la LIPR permet expressément à la SAR de recevoir de nouveaux éléments de preuve. Le cas échéant, elle peut soit renvoyer l'affaire à la SPR, soit substituer à la décision de la SPR celle qui aurait dû être rendue. Ainsi donc, la position du ministre, selon laquelle la SAR doit se limiter à examiner la décision de la SPR afin d'y déceler d'éventuelles erreurs, est fondamentalement contraire au pouvoir de la SAR de recevoir de nouveaux éléments de preuve et de rendre sa propre décision concernant une demande sur le fondement de ceux-ci. Sur ce point, les défendeurs avancent qu'il serait illogique que la SAR puisse recevoir de nouveaux éléments de preuve, mais qu'elle doive se borner à examiner les décisions de la SPR pour vérifier s'il s'y trouve des erreurs. Ce pouvoir de recevoir de nouveaux éléments de preuve traduit la reconnaissance du fait que, dans certaines circonstances, des éléments de preuve peuvent être obtenus après qu'une affaire a été tranchée par la SPR, et qu'il est alors raisonnable et juste de permettre à la SAR d'en tenir compte.

[31] Les défendeurs soutiennent que, lorsque de nouveaux éléments de preuve sont présentés, la fonction de la SAR va nécessairement au-delà du simple contrôle. En pareil cas, la SAR doit déterminer si ces éléments sont effectivement « nouveaux » et s'ils auraient pu influencer sur la décision de la SPR. Si tel est le cas, il lui faut aller plus loin et déterminer si la décision rendue par la SPR reposait sur un fondement suffisant, ou s'il y a lieu de renvoyer l'affaire pour nouvel examen. Cette position trouve un appui dans la décision *Dhillon*, car la Cour, dans cette affaire, a statué qu'un appel à la SAR doit viser la décision de la SPR et être tranché sur la base du dossier, à moins que de nouveaux éléments de preuve ne soient admis.

[32] En l'espèce, comme la SPR a rejeté leur demande au seul motif qu'il ne s'était pas écoulé six mois depuis leur départ des É.A.U., les défendeurs soutiennent que la SAR a correctement accepté les nouveaux éléments de preuve. À ce moment-là, les six mois s'étaient écoulés, et les nouveaux éléments de preuve documentaire prouvaient la perte de leur statut. Par conséquent, la SAR a correctement examiné ces nouveaux éléments de



and, in so doing, the RAD correctly determined that a different result was warranted. Accordingly, the RAD made no reviewable error.

### *Analysis*

[33] In *Huruglica*, in the context of the RAD standard of review, Justice Phelan addressed the nature of appeals conducted by the RAD and stated [at paragraphs 54–56]:

Having concluded that the RAD erred in reviewing the RPD’s decision on the standard of reasonableness, I have further concluded that for the reasons above, the RAD is required to conduct a hybrid appeal. It must review all aspects of the RPD’s decision and come to an independent assessment of whether the claimant is a Convention refugee or a person in need of protection. Where its assessment departs from that of the RPD, the RAD must substitute its own decision.

In conducting its assessment, it can recognize and respect the conclusion of the RPD on such issues as credibility and/or where the RPD enjoys a particular advantage in reaching such a conclusion but it is not restricted, as an appellate court is, to intervening on facts only where there is a “palpable and overriding error”.

The RAD’s conclusion as to the approach it should take in conducting an appeal is, with respect, in error. It should have done more than address the decision from the perspective of “reasonableness”. Therefore, the matter will have to be referred back.

[34] Since *Huruglica* was decided, there has been general agreement within this Court that the RAD is not to review decisions of the RPD in the manner of a judicial review. However, to date the question of the nature of such an appeal has not been resolved, and *Huruglica* remains under appeal (see A-470-14). And, while the Minister submits that this Court has generally refrained from explicitly describing an appeal to the RAD as being in the nature of a *de novo* hearing, in my view, this is perhaps not an entirely accurate description of the current state of the jurisprudence. For example, in

preuve en fonction du droit et du contexte factuel par ailleurs accepté par la SPR. Ce faisant, elle a déterminé à juste titre qu’il y avait lieu de rendre une autre décision. La SAR n’a donc commis aucune erreur susceptible de contrôle.

### *Analyse*

[33] Dans la décision *Huruglica*, le juge Phelan, sur la question de la norme de révision que doit utiliser la SAR, s’est prononcé sur la nature des appels entendus par elle en déclarant ce qui suit [aux paragraphes 54 à 56] :

Après avoir conclu que la SAR avait commis une erreur en examinant la décision de la SPR selon la norme de la raisonabilité, j’ai conclu en outre que, pour les motifs qui précèdent, la SAR doit instruire l’affaire comme une procédure d’appel hybride. Elle doit examiner tous les aspects de la décision de la SPR et en arriver à sa propre conclusion quant à savoir si le demandeur d’asile a qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger. Lorsque ses conclusions diffèrent de celles de la SPR, la SAR doit y substituer sa propre décision.

Lorsque la SAR effectue son examen, elle peut reconnaître et respecter la conclusion de la SPR sur des questions comme la crédibilité et/ou lorsque la SPR jouit d’un avantage particulier pour tirer une conclusion, mais elle ne doit pas se borner, comme doit le faire une cour d’appel, à intervenir sur les faits uniquement lorsqu’il y a une « erreur manifeste et dominante ».

La conclusion de la SAR quant à la démarche qu’elle doit adopter pour instruire un appel est, avec égards, erronée. La SAR aurait dû en faire plus qu’examiner la décision selon la perspective de la raisonabilité. Par conséquent, l’affaire devra être renvoyée.

[34] Depuis la décision *Huruglica*, la Cour a généralement reconnu que la SAR ne devait pas examiner les décisions de la SPR comme si elle procédait à un contrôle judiciaire. Néanmoins, à ce jour, la question de la nature d’un appel à la SAR demeure irrésolue; quant au jugement rendu dans la décision *Huruglica*, il est encore frappé d’appel (voir le dossier A-470-14). En outre, bien que le ministre affirme que notre Cour s’est généralement abstenue de définir explicitement l’appel devant la SAR comme une audience *de novo*, à mon avis, cette description de l’état actuel de la jurisprudence

*Djossou*, Justice Martineau described the nature of true appeals, *de novo* appeals and mixed model or hybrid appeals and concluded that the RAD, in that case, should have asked itself which model was to be applied. Because the RAD had not done so, Justice Martineau sent the matter back for redetermination, but did not make a final determination on the point [at paragraphs 52 and 53]:

In this case, there was no meaningful analysis by Member Bissonnette of the nature of the appeal before the RAD. His conclusion as to the process the RAD must follow to hear an appeal is, with all due respect, unreasonable. The Member ought to have done more than review the RPD's decision on the basis of the nature of the issue criterion that is more often than not automatically applied by courts sitting in judicial review. As a specialized administrative appeal tribunal, the RAD should now ask whether the appeal process provided at sections 110 and 111 of the IRPA, is a true appeal, an appeal *de novo*, or a hybrid appeal. If so-called "paper-based" appeals are the rule, and some parallel can reasonably be drawn with a true appeal (not a judicial review), the RAD may also, in the exercise of its discretion, consider new documentary evidence adduced by the refugee protection claimant or by the Minister and hold an oral hearing to hear *viva voce* evidence where the conditions set out at subsections 110(3) to (6) of the IRPA are met, in its view.

Although my colleague Justice Roy dismissed any suggestion that an appeal before the RAD is "an opportunity for a new trial or a reconsideration of the matter in its entirety" (*Spasoja*, above, at paragraph 39), other colleagues of mine, Justices Shore, Phelan and Gagné are not as categorical and all three insist on the need for a re-examination of the evidence even in paper-based appeals (*Alvarez*, above, at paragraphs 25 and 33; *Eng*, above, at paragraphs 26 and 34; *Huruglica*, above, at paragraphs 47, 48 and 52; *Akuffo*, above, at paragraph 45). Without deciding in favour of either approach, it is precisely this kind of reflection and analysis of possible options that is sorely lacking in the decision under review, thus rendering it unreasonable.

[35] In *Alyafi*, Justice Martineau stated that it could probably be argued that the RAD appeal [at paragraph 13] "is a kind of *de novo* appeal" but that this was not a point he was required to rule on in that case. Ultimately,

n'est peut-être pas tout à fait juste. Par exemple, dans la décision *Djossou*, le juge Martineau expose la nature des différents types d'appels, soient les appels véritables, les appels *de novo* et les appels hybrides, pour ensuite conclure que la SAR, dans sa décision, aurait dû se demander quel modèle il convenait d'appliquer. La SAR ne l'ayant pas fait, le juge Martineau a renvoyé l'affaire pour un nouvel examen, sans toutefois rendre une décision définitive sur cette question [aux paragraphes 52 et 53] :

En l'espèce, il n'y a pas eu une véritable analyse par le commissaire Bissonnette de la nature de l'appel devant la SAR. Sa conclusion quant à la démarche que la SAR doit adopter pour instruire un appel est, avec égards, déraisonnable. Le commissaire aurait dû faire plus qu'examiner la décision de la SPR selon le critère de la nature de la question qu'appliquent de manière souvent automatique les cours de justice en révision judiciaire. Comme tribunal administratif spécialisé d'appel, la SAR devra maintenant se demander si le processus d'appel prévu aux articles 110 et 111 de la LIPR, est un véritable appel, un appel *de novo*, ou encore un appel hybride. Si les appels dits « sur dossier » sont la règle, et qu'on peut facilement faire un certain parallèle avec un véritable appel (pas une révision judiciaire), la SAR peut également, dans l'exercice de sa discrétion, recevoir des nouveaux éléments de preuve documentaire du demandeur d'asile ou du ministre et tenir une audience orale pour recevoir de la preuve *viva voce* lorsque toutes les conditions précisées aux paragraphes 110(3) à (6) de la LIPR sont rencontrées à son avis.

Tandis que mon collègue le juge Roy rejette toute suggestion voulant que l'appel devant la SAR soit « l'occasion d'un nouveau procès ou d'une reconsidération de l'affaire dans son entier » (*Spasoja*, précitée, au paragraphe 39), mes collègues, les juges Shore, Phelan et Gagné ne sont pas aussi catégoriques et insistent tous les trois sur la nécessité d'un nouvel examen de la preuve même lorsqu'il s'agit seulement d'un appel sur dossier (*Alvarez*, précitée, aux paragraphes 25 et 33; *Eng*, précitée, aux paragraphes 26 et 34; *Huruglica*, précitée, aux paragraphes 47, 48 et 52; *Akuffo*, précitée, au paragraphe 45). Sans trancher en faveur de l'une ou de l'autre approche, c'est justement ce genre de réflexion et d'analyse des options possibles, qui fait gravement défaut dans la décision à l'étude et qui la rend déraisonnable.

[35] Dans la décision *Alyafi*, le juge Martineau a déclaré qu'on pouvait sans doute faire valoir que l'appel devant la SAR était [au paragraphe 13] « une sorte d'appel *de novo* », mais qu'il n'avait pas à décider ce

he concluded that as long as the question of the scope of the appellate review has not been settled by the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada, the RAD should be permitted to elect either the true appeal or hybrid roles when assessing decisions of the RPD.

[36] Thus, it can perhaps more accurately be stated that the state of the law on this point remains a live issue, as opposed to the Minister's characterization that the Court has actively refrained from describing the RAD appeal process as *de novo*. Further, based on *Alyafi*, until the issue is determined by the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada, the RAD will not be found to have necessarily erred by applying either approach (*Alyafi*, at paragraphs 51 and 52; *Djossou*, at paragraph 91; *Taqadees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 909, at paragraphs 9–13).

[37] And, in any event, in the circumstances of the matter now before me, I am not convinced that the RAD conducted a hearing *de novo*. It is true that the RAD permitted the admission of new evidence under subsection 110(4), and made its decision based on this evidence. However, the hearing otherwise proceeded on the record before the RPD. It also denied the respondents' request for an oral hearing and deferred to the RPD's credibility findings.

[38] Further, because the new evidence materially altered the factual substratum of the respondents' claim, I am also not convinced that, in these circumstances, it was necessary for the RAD to assess the RPD decision for error. It was the new evidence that led the RAD to depart from the decision of the RPD and to substitute its own opinion.

[39] Subsection 110(1) of the IRPA permits an appeal of a decision of the RPD, in accordance with the rules of the I.R.B., on a *question* of law, of fact or of mixed

point dans cette affaire. Au final, il a conclu que, tant que la question de la portée de l'examen en appel des décisions de la SPR n'aurait pas été réglée par un jugement final de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour suprême du Canada, la SAR devrait avoir la possibilité d'opter soit pour la démarche propre à un appel véritable, soit pour celle qui caractérise un appel hybride lorsqu'elle examine des décisions de la SPR.

[36] Par conséquent, il serait sans doute plus exact d'affirmer que l'état actuel du droit sur ce point n'est pas encore fixé, contrairement à l'argument du ministre selon lequel la Cour a choisi de ne pas se prononcer sur le caractère *de novo* du processus d'appel devant la SAR. En outre, compte tenu de la décision *Alyafi*, tant que la Cour d'appel fédérale ou la Cour suprême du Canada n'aura pas tranché la question, la Cour ne jugera pas nécessairement que la SAR a eu tort d'appliquer l'une de ces deux approches. (*Alyafi*, aux paragraphes 51 et 52; *Djossou*, au paragraphe 91; *Taqadees c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 909, aux paragraphes 9 à 13).

[37] Et, en tout état de cause, dans les circonstances de l'espèce, je ne suis pas convaincue que la SAR a tenu une audience *de novo*. Il est vrai qu'elle a autorisé l'admission de nouveaux éléments de preuve en vertu du paragraphe 110(4), et qu'elle a rendu sa décision sur le fondement de ces derniers. Mais pour le reste, l'audience était fondée sur le dossier dont disposait la SPR. La SAR a également rejeté la demande d'audience verbale des défendeurs, et elle s'en est remise aux conclusions de la SPR en matière de crédibilité.

[38] De surcroît, comme les nouveaux éléments de preuve modifiaient sensiblement le fondement factuel de la demande des défendeurs, je ne suis pas non plus convaincue que, dans ce contexte, il était nécessaire pour la SAR d'examiner la décision de la SPR pour vérifier s'il s'y trouvait des erreurs. Ce sont ces nouveaux éléments de preuve qui ont amené la SAR à s'écarter de la décision de la SPR et à y substituer sa propre opinion.

[39] Le paragraphe 110(1) de la LIPR permet d'interjeter appel d'une décision de la SPR, conformément aux règles de la C.I.S.R., relativement à une *question* de

law and fact. This will normally proceed without a hearing and on the basis of the record that was before the RPD (subsection 110(3)). But new evidence that meets the criteria set out in subsection 110(4) is permissible and may be considered by the RAD. As to outcomes, the RAD can confirm the RPD's determination (paragraph 111(1)(a)), set it aside and "substitute a determination that, in its opinion, should have been made" (paragraph 111(1)(b)), or refer the matter back to the RPD for redetermination with any directions the RAD considers appropriate (paragraph 111(1)(c)).

[40] It is of note that subsection 111(2) states that the matter can be referred back to the RPD for redetermination *only* if the RAD is of the opinion that the decision of the RPD is wrong in law, in fact or in mixed law and fact (paragraph 111(2)(a)), *and*, the RAD cannot make a decision to confirm (paragraph 111(1)(a)) or set aside the RPD's determination and substitute its determination that, in the RAD's opinion, should have been made (paragraph 111(1)(b)) without hearing evidence that was presented to the RPD.

[41] Thus, in this case, the RAD admitted the new evidence and, on the basis of the change of fact that it established, found that the RPD's finding was no longer valid. It was in this sense that it was "wrong". The RAD denied an oral hearing and did not refer the matter back to the RPD, a course of action which was open to it if it was of the opinion that it could make a decision without hearing evidence that was before the RPD. Given the narrow basis of the RPD's finding, which was premised primarily on the fact that the respondents had a right of return, and given the change of that fact as established by the new evidence, being that they could no longer return, it was reasonably open to the RAD to substitute its own opinion.

[42] Although the Minister relies on *Dhillon*, in that case the appellants did not file any new evidence before the RAD and Justice LeBlanc stated that the issue was whether the RAD had committed a reviewable error by not considering an argument that was not in fact raised

droit, de fait ou mixte. L'appel sera normalement instruit sans qu'il y ait d'audience, et sur le fondement du dossier qui était devant la SPR (paragraphe 110(3)). De nouveaux éléments de preuve respectant les critères énoncés au paragraphe 110(4) sont toutefois admissibles, et peuvent être pris en compte par la SAR. Quant aux issues possibles de l'appel, la SAR peut confirmer la décision attaquée, la casser, « y substitue[r] la décision qui aurait dû être rendue » ou renvoyer, conformément à ses instructions, l'affaire à la SPR (paragraphe 111(1)).

[40] Il convient de souligner que, selon le paragraphe 111(2) de la LIPR, la SAR *ne* peut renvoyer l'affaire à la SPR *que* si elle estime, *à la fois*, que la décision attaquée de la SPR est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait (alinéa 111(2)a) et qu'elle ne peut confirmer la décision attaquée ou casser la décision et y substituer la décision qui aurait dû être rendue (paragraphe 111(1)) sans tenir une nouvelle audience en vue du réexamen des éléments de preuve qui ont été présentés à la SPR.

[41] Ainsi, en l'espèce, la SAR a admis les nouveaux éléments de preuve et, compte tenu du changement de circonstances établi par ceux-ci, a constaté que la conclusion de la SPR n'était plus valide. C'est en ce sens qu'elle était « erronée ». La SAR a refusé de tenir une audience et n'a pas renvoyé l'affaire à la SPR, une ligne de conduite qu'il lui était loisible d'adopter dans la mesure où elle estimait pouvoir rendre une décision sans tenir une nouvelle audience en vue du réexamen des éléments de preuve présentés à la SPR. Compte tenu du fondement restreint de la conclusion de la SPR, laquelle reposait principalement sur le fait que les défendeurs avaient un droit de retour aux É.A.U., et étant donné que les nouveaux éléments de preuve démontraient que ces circonstances avaient changé, c'est-à-dire qu'il ne pouvaient plus retourner là-bas, il était raisonnable de la part de la SAR de substituer sa propre opinion à celle de la SPR.

[42] Malgré que le ministre s'appuie sur la décision *Dhillon*, dans cette affaire, les défendeurs n'ont produit aucun nouvel élément de preuve devant la SAR, et le juge LeBlanc a déclaré que la question en litige était celle de savoir si la SAR avait commis une erreur

before it or before the RPD. That case is, therefore, factually distinguishable from the matter now before me.

[43] As to the RAD Rules, these require the records of the parties to include a memorandum with detailed submissions regarding the “errors that are the grounds of the appeal” (RAD Rules, subparagraphs 3(3)(g)(i) and 9(2)(f)(i)). It should be kept in mind, however, that these are procedural requirements. Subsection 110(1) states that a person or the Minister may appeal, in accordance with the RAD Rules, on a question of law, fact or mixed fact and law.

[44] And, while the RAD could have referred the matter back to the RPD and directed it to make a re-determination taking the new evidence into account, and perhaps it should have done so, particularly as the RPD was aware that if the respondents remained out of the country for more than six months then their residence permits would expire, I cannot conclude that the RAD erred when, having accepted the new evidence, it applied this to the law and the factual context otherwise accepted by the RPD. The RAD reasonably determined, on that basis, that a different result was warranted. Further, and contrary to the Minister’s submission, in doing so the RAD did not conduct a completely new assessment of the claim.

[45] For the above reasons a reviewable error does not arise on this issue.

Issue 3: Did the RAD Fail to Assess Whether it was Within the Respondents’ Control to Maintain their Status in the U.A.E.?

*Minister’s Position*

[46] The Minister submits the respondents did not return to the U.A.E. following their unsuccessful claim before the RPD and deliberately allowed their status to expire. In this circumstance, the RAD erred in failing to

susceptible de contrôle en n’examinant pas un argument qui, en fait, n’avait été soulevé ni devant elle ni à la SPR. Donc, sur le plan des faits, cette affaire se distingue de celle dont je suis actuellement saisie.

[43] En ce qui a trait aux Règles de la SAR, elles exigent que les dossiers des parties comportent un mémoire où figurent des observations détaillées sur « les erreurs commises qui constituent les motifs d’appel » (sous-alinéas 3(3)(g)(i) et 9(2)(f)(i)) des Règles de la SAR). Il faut toutefois se rappeler qu’il s’agit là d’exigences procédurales. Le paragraphe 110(1) de la LIPR dispose que la personne en cause et le ministre peuvent, conformément aux Règles de la SAR, interjeter appel relativement à une question de droit, de fait ou mixte.

[44] Par ailleurs, même s’il est vrai que la SAR aurait pu renvoyer l’affaire à la SPR en lui ordonnant de rendre une nouvelle décision en tenant compte des nouveaux éléments de preuve — et peut-être aurait-elle dû le faire, d’autant plus que la SPR savait que, si les défendeurs demeureraient hors des É.A.U. pendant plus de six mois, leurs permis de résidence là-bas expireraient —, je ne puis conclure que la SAR a commis une erreur alors que, après avoir admis les nouveaux éléments de preuve, elle les a examinés en fonction du droit et du contexte factuel par ailleurs reconnu par la SPR. Sur ce fondement, la SAR a raisonnablement tranché qu’une autre décision devait être rendue. En outre — et contrairement à ce que soutient le ministre —, la SAR n’a pas, ce faisant, procédé à un tout nouvel examen de la demande.

[45] Pour les motifs qui précèdent, aucune erreur susceptible de contrôle n’a été commise en ce qui concerne cette question.

Troisième question : La SAR a-t-elle omis d’examiner la question de savoir si les défendeurs auraient pu maintenir leur statut aux É.A.U.?

*Position du ministre*

[46] Le ministre plaide que les défendeurs ne sont pas retournés aux É.A.U. après le rejet de leur demande d’asile par la SPR, et qu’ils ont délibérément laissé expirer leur statut. Dans ces circonstances, la SAR a commis

assess whether it was within the respondents' ability to control or to retain their status in the U.A.E., and the RAD had a duty to make that assessment (*Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 118, [2011] 4 F.C.R. 3 (*Zeng*), at paragraph 28).

[47] The Minister submits that, had the U.A.E. been the respondents' country of nationality, this would have raised the issue of exclusion under Article 1E of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Refugee Convention). While acknowledging that the respondents are stateless and were temporary residents in the U.A.E. without permanent resident or citizenship status, the Minister submits they had the ability to "reside, work, study, enter, and exit as they wished" and were free of fear of persecution. Thus, although the U.A.E. was their country of habitual residence, and not their country of nationality, their situation is analogous, as the RPD found they could benefit from the protection of the U.A.E.

[48] As such, the Minister relies on the jurisprudence with respect to Article 1E of the Refugee Convention and asserts that the analysis for determining if the Article 1E exclusion, as set out in *Zeng*, should also be applied in this circumstance.

[49] According to the Minister, the requirement to conduct such an analysis must apply equally whether the RPD is considering status in countries of habitual residence or countries of nationality as there is no practical difference between these two situations where an individual had status in a safe third country and subsequently lost that status. Therefore, the RAD should have inquired into the reason for the respondents' loss of status (whether it was voluntary or involuntary), whether they could return to the third country, the risk they would face in their home country, Canada's international obligations, and any other relevant factors. The RAD also erred by failing to make any inquiry into whether the

une erreur en omettant d'évaluer s'il était en leur pouvoir de maintenir leur statut aux É.A.U., alors même qu'elle était tenue de procéder à une telle évaluation (*Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2010 CAF 118, [2011] 4 R.C.F. 3 (*Zeng*), au paragraphe 28).

[47] Le ministre fait valoir que, si les É.A.U. avaient été le pays de nationalité des défendeurs, cela aurait soulevé la question d'une exclusion au titre de la section E de l'article premier (la section 1E) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention). Tout en reconnaissant que les défendeurs sont apatrides, et qu'ils ont vécu aux É.A.U. en tant que résidents temporaires sans y acquérir le statut de résidents permanents ou de citoyens, le ministre soutient qu'ils pouvaient [TRADUCTION] « résider, travailler et étudier aux É.A.U., de même qu'entrer dans le pays et en sortir à leur guise » sans craindre d'être persécutés. Ainsi, même si les É.A.U. étaient le pays de résidence habituelle des défendeurs, et non leur pays de nationalité, leur situation était analogue, puisque la SPR a estimé qu'ils pouvaient bénéficier de la protection des É.A.U.

[48] À cet égard, le ministre invoque la jurisprudence concernant la section 1E de la Convention et affirme que l'analyse visant à déterminer l'applicabilité de l'exclusion prévue à la section 1E, telle qu'elle a été exposée dans l'arrêt *Zeng*, devrait également être utilisée en l'espèce.

[49] D'après le ministre, l'obligation de procéder à cette analyse doit être la même, que l'examen de la SPR porte sur un statut dans les pays de résidence habituelle ou sur un statut dans un pays de nationalité, car, sur le plan pratique, il n'y a aucune différence entre ces deux situations lorsqu'une personne qui jouissait d'un statut dans un tiers pays sûr a par la suite perdu ce statut. Conséquemment, la SAR aurait dû s'enquérir des raisons de la perte de statut des défendeurs (que cette perte ait été volontaire ou non), de la possibilité pour eux de retourner dans le tiers pays, du risque auquel ils seraient exposés dans leur pays d'origine, des obligations internationales du Canada et de tout autre facteur pertinent.

respondents could renew or reapply for their status in the U.A.E.

[50] The Minister submits that the respondents created their own precarious circumstances by remaining in Canada after their refugee claim was refused by the RPD, knowing full well that they would lose their status in the U.A.E. if they remained outside of the country for more than six months. Therefore, the respondents cannot be permitted to benefit from a situation of their own creation as “the condition of not having a country of nationality must be one that is beyond the power of the applicant to control” (*Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 126, [2005] 3 F.C.R. 429 (*Williams*), at paragraph 22).

[51] The Minister submits that the RAD’s failure to consider these fundamental principles of refugee law caused its decision to fall into fatal error.

#### *Respondents’ Position*

[52] The respondents submit that there is no authority in law to support the Minister’s attempt to apply the Article 1E jurisprudence to claims of stateless persons. Rather, it is submitted that the applicable test is set out in *Thabet*.

[53] Article 1E states that the Convention shall not apply to a person who is recognized by the authorities in the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country. Thus, to be excluded under Article 1E, the tribunal must make a determination that the person has all of the rights of a national of that county. Cases decided under Article 1E, such as *Zeng* and *Williams*, concern claimants with surrogate protection elsewhere.

[54] Such circumstances warrant distinct consideration from situations where the person is stateless. Under the test in *Thabet*, the tribunal must determine whether or

La SAR a également commis une erreur en ne cherchant pas à savoir si les défendeurs pouvaient renouveler leur statut aux É.A.U. ou présenter une demande en vue de le recouvrer.

[50] Le ministre avance que les défendeurs se sont eux-mêmes placés dans une situation précaire en restant au Canada après le rejet de leur demande d’asile par la SPR, en sachant très bien qu’ils perdraient leur statut aux É.A.U. s’ils demeuraient à l’extérieur de ce pays pendant plus de six mois. Dès lors, on ne saurait leur permettre de tirer profit d’une situation qu’ils ont eux-mêmes créée, puisque « [l]e fait de ne pas avoir de nationalité ne doit pas relever du contrôle d’un [demandeur] » (*Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 126, [2005] 3 R.C.F. 429 (*Williams*), au paragraphe 22).

[51] Le ministre soutient que c’est le défaut de la SAR de tenir compte de ces principes fondamentaux du droit des réfugiés qui a fait en sorte que sa décision soit entachée d’une erreur fatale.

#### *Position des défendeurs*

[52] Les défendeurs soutiennent qu’il n’existe aucune règle de droit permettant au ministre d’appliquer la jurisprudence de la section 1E aux demandes de personnes apatrides. Selon eux, c’est plutôt le critère établi dans l’arrêt *Thabet* qui s’applique en l’espèce.

[53] La section 1E de la Convention énonce que celle-ci ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays. Ainsi, pour établir qu’une personne est exclue au titre de la section 1E, le tribunal doit conclure qu’elle a les mêmes droits que les ressortissants du pays en question. Certaines décisions rendues sous le régime de la section 1E, notamment les arrêts *Zeng* et *Williams*, concernaient des demandeurs jouissant de la protection auxiliaire d’un autre pays.

[54] Pareilles circonstances appellent un examen différent de celui qui s’applique à la situation d’une personne apatride. Suivant le critère énoncé dans l’arrêt

not the stateless person has a well-founded fear of persecution in their countries of former habitual residence. If the person has a well-founded fear in all of those countries then he would be accepted as a Convention refugee. If the tribunal concludes that the person has a well-founded fear in one country but not in other countries of former habitual residence then it must determine if the person has a right of return to one of the other countries. If there is a former habitual residence where there is no fear of persecution and the claimant has a right of return then the claim must be rejected.

[55] *Thabet* is directed at only one issue, the right of return. It does not compel consideration of the other factors relevant to Article 1E including whether the person has all of the rights of a national.

[56] The respondents submit that Article 1E serves a wholly different purpose than the protective provisions of the Refugee Convention, as Article 1E is aimed at excluding from refugee protection persons who are not *bona fide* refugees (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 58).

[57] Further, in this situation the respondents' status is not, as the Minister suggests, analogous to the status of a person who would be excluded under Article 1E. To be excluded under Article 1E, the claimant must have permanent secure status in a safe third country (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choubak*, 2006 FC 521, 291 F.T.R. 129, at paragraph 56; *Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), at paragraphs 35 and 36). Here the respondents' status was precarious. It was dependent on the principal respondent's husband continuing to work and could be cancelled at any time if he lost his job. Moreover, the respondents' documentary evidence, accepted by the RAD, confirmed that this status had been cancelled. Thus, the RAD reasonably applied the test in *Thabet* to find the respondents could not return to their country of former habitual residence.

*Thabet*, le tribunal doit décider si la personne apatride craint avec raison d'être persécutée dans les pays dans lesquels elle avait sa résidence habituelle. Si elle a une crainte fondée de persécution à l'égard de chacun de ces pays, elle pourra se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. Si le tribunal conclut que la personne apatride a une crainte fondée de persécution dans l'un des pays où elle avait sa résidence habituelle, mais pas dans les autres, il lui faut ensuite déterminer si elle a le droit de retourner dans ces pays. Si cette personne n'a pas de crainte fondée de persécution à l'égard d'un pays où elle avait sa résidence habituelle, et qu'elle a le droit d'y retourner, la demande doit être rejetée.

[55] L'arrêt *Thabet* porte sur une seule question : le droit de retour. Il ne commande pas la prise en compte des autres facteurs se rapportant à la section 1E de la Convention, notamment la question de savoir si la personne concernée jouit des mêmes droits que les ressortissants d'un pays.

[56] Les défendeurs affirment que la section 1E sert un tout autre objectif que celui derrière les dispositions de protection de la Convention, car elle vise à exclure de la protection offerte aux réfugiés ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 58).

[57] En outre, dans le cas qui nous occupe, le statut des défendeurs n'est pas, comme le prétend le ministre, analogue à celui d'une personne exclue par application de la section 1E. Pour être exclu au titre de la section 1E, un demandeur doit avoir un statut sécuritaire et permanent dans un tiers pays sûr (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choubak*, 2006 CF 521, au paragraphe 56; *Shamlou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1537 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux paragraphes 35 et 36). Or en l'espèce, les défendeurs avaient un statut précaire. Ce statut, qui dépendait du maintien en poste du mari de la défenderesse principale, pouvait être annulé n'importe quand si celui-ci perdait son emploi. Qui plus est, la preuve documentaire des défendeurs, que la SAR a admise, confirmait l'annulation de ce statut. La SAR a donc raisonnablement appliqué le critère défini dans



[58] Because in *Thabet*, the Federal Court of Appeal expressly rejected the notion that a stateless refugee claimant had to establish a well-founded fear of persecution against all countries of former habitual residence, the respondents submit that the principles in *Williams* can have no application. Further, there is no basis for reading a fault element into the requirements for granting them refugee status. Nor is there any jurisprudence in which this Court has applied a fault analysis to the question of whether a stateless person has a right of return to a safe country of former habitual residence.

[59] The respondents also submit the RAD was not required to consider whether status might be obtained again in the future, given there was no evidence on this point, and given that no such requirement is found in the *Thabet* test or paragraph 96(b) of the IRPA.

[60] As there is no support for the Minister's position that the Article 1E jurisprudence should be applied to this circumstance, the respondents submit that it was reasonable for the RAD not to have done so and no error arises.

#### *Analysis*

[61] Section 98 of the IRPA incorporates Article 1E into Canadian law:

##### **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.

Article 1E is contained in a Schedule to the IRPA. It states as follows:

**E** This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in

l'arrêt *Thabet* pour conclure que les défendeurs ne pouvaient pas retourner dans leur pays de résidence habituelle antérieure.

[58] Étant donné que, dans l'arrêt *Thabet*, la Cour d'appel fédérale a expressément rejeté l'idée selon laquelle un demandeur d'asile apatride devait établir une crainte fondée de persécution dans tous ses pays de résidence habituelle antérieure, les défendeurs soutiennent que les principes établis dans l'arrêt *Williams* ne sauraient s'appliquer à l'espèce. Par ailleurs, rien ne justifie qu'on voie un élément de faute dans les conditions appliquées par la SAR pour leur accorder le statut de réfugié, et la Cour n'a pas non plus rendu de décisions où elle avait appliqué une analyse de la faute à la question de savoir si une personne apatride a le droit de retourner dans un pays sûr ou un pays de résidence habituelle antérieure.

[59] Les défendeurs font également valoir que la SAR n'était pas tenue de se demander si les défendeurs pourraient recouvrer leur statut dans l'avenir, étant donné qu'il n'y avait aucun élément de preuve sur ce point, et que cette exigence ne figure ni dans le critère de l'arrêt *Thabet* ni à l'alinéa 96b) de la LIPR.

[60] Puisque rien n'étaye la position du ministre selon laquelle la jurisprudence relative à la section 1E devrait s'appliquer en l'espèce, les défendeurs plaident qu'il était raisonnable pour la SAR de ne pas s'appuyer sur cette jurisprudence, et qu'elle n'a commis aucune erreur.

#### *Analyse*

[61] L'article 98 de la LIPR incorpore au droit canadien la section 1E de la Convention :

##### **Exclusion par application de la Convention sur les réfugiés**

**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.

La section 1E, qui figure en annexe de la LIPR, se lit comme suit :

**E** Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans

which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

[62] In *Zeng*, the Federal Court of Appeal spoke to the purpose of Article 1E. That provision is an exclusion clause which precludes the conferral of refugee protection if an individual has surrogate protection in a country where the individual enjoys “substantially the same rights and obligations as nationals of that country” (*Zeng*, at paragraph 1). Article 1E is intended to prevent asylum shopping, being the circumstance where an individual seeks protection in one country (the country of refuge), from alleged persecution, torture, or cruel and unusual punishment in another country (the home country), while entitled to status in a safe country (the third country).

[63] The Federal Court of Appeal set out the test to be applied to Article 1E determinations as follows [*Zeng*, at paragraph 28]:

Considering all relevant factors to the date of the hearing, does the claimant have status, substantially similar to that of its nationals, in the third country? If the answer is yes, the claimant is excluded. If the answer is no, the next question is whether the claimant previously had such status and lost it, or had access to such status and failed to acquire it. If the answer is no, the claimant is not excluded under Article 1E. If the answer is yes, the RPD must consider and balance various factors. These include, but are not limited to, the reason for the loss of status (voluntary or involuntary), whether the claimant could return to the third country, the risk the claimant would face in the home country, Canada’s international obligations, and any other relevant facts. [Emphasis added.]

[64] In that case, the applicants were citizens of the People’s Republic of China but held permanent resident status in Chile. The Federal Court of Appeal was satisfied that the RPD had concluded, on a balance of probabilities, that they were recognized by the competent authorities in Chile as having most of the rights and obligations that were attached to that nationality. The RPD, in its reasons, also referred to the submissions of the claimants’ counsel regarding the possible expiration of their status stating [*Zeng*, at paragraph 35]:

lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

[62] Dans l’arrêt *Zeng*, la Cour d’appel fédérale aborde la question de l’objectif de la section 1E. Celle-ci est une disposition d’exclusion qui empêche que l’asile soit accordé à une personne qui jouit d’une protection auxiliaire dans un pays où elle a « essentiellement les mêmes droits et les mêmes obligations que les ressortissants de ce pays » (*Zeng*, au paragraphe 1). La section 1E de la Convention vise à empêcher la recherche du meilleur pays d’asile, terme qui désigne le fait, pour une personne, de solliciter la protection d’un pays (le pays d’accueil) contre la persécution, la torture ou les peines cruelles et inusitées auxquelles elle serait exposée dans un autre pays (le pays d’origine) alors qu’elle a droit à un statut dans un pays sûr (le tiers pays).

[63] La Cour d’appel fédérale a énoncé comme suit le critère à appliquer dans les décisions relatives à la section 1E [*Zeng*, au paragraphe 28] :

Compte tenu de tous les facteurs pertinents existant à la date de l’audience, le demandeur a-t-il, dans le tiers pays, un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants de ce pays? Si la réponse est affirmative, le demandeur est exclu. Si la réponse est négative, il faut se demander si le demandeur avait précédemment ce statut et s’il l’a perdu, ou s’il pouvait obtenir ce statut et qu’il ne l’a pas fait. Si la réponse est négative, le demandeur n’est pas exclu en vertu de la section 1E. Si elle est affirmative, la SPR doit soupeser différents facteurs, notamment la raison de la perte du statut (volontaire ou involontaire), la possibilité, pour le demandeur, de retourner dans le tiers pays, le risque auquel le demandeur serait exposé dans son pays d’origine, les obligations internationales du Canada et tous les autres faits pertinents. [Non souligné dans l’original.]

[64] Dans cette affaire, les intimés étaient citoyens de la République populaire de Chine, mais ils avaient obtenu le statut de résidents permanents au Chili. La Cour d’appel fédérale s’est dite convaincue que la SPR avait conclu, selon la prépondérance des probabilités, que les intimés étaient des personnes qui, selon les autorités compétentes du Chili, avaient la plupart des droits et des obligations rattachés à la nationalité chilienne. Dans ses motifs, la SPR a fait référence aux observations du conseil des intimés concernant l’expiration possible

In my assessment, the Minister has established that Article 1E is applicable to these two claimants. The evidence indicates, on a balance of probabilities, that the claimants held permanent residence status in Chile at the time of the hearing. Moreover, if the status could have been lost, as suggested by claimant's counsel, because the claimants were outside of Chile for more than a year without applying to extend their permanent status, the failure to make such an application is that of the claimants themselves which, as stated by the authorities, cannot avail to their benefit. [Emphasis added by Layden-Stevenson J.A. in *Zeng*.]

[65] The Federal Court of Appeal stated that the RPD's factual finding that the claimants possessed status in Chile was owed deference and was reasonable. Further [*Zeng*, at paragraph 37]:

Returning to the test set out in paragraph 28 and its first question—considering all relevant factors to the date of the hearing, does the claimant have status substantially similar to that of its nationals in the third country—the RPD answered the question affirmatively thereby ending the matter. It did so after thoroughly reviewing the evidence and the submissions. Its subsequent comment, regarding the possibility that the status was lost, is gratuitous and irrelevant.

[66] Thus, the primary question in an Article 1E analysis is whether, at the time of the hearing, the claimants had status substantially similar to nationals of the country in question. A claimant who is acknowledged to be stateless does not have a country of nationality or status in any country that is substantially similar to nationality and, for that reason, would not fall within the application of the exclusion.

[67] In this case the U.A.E. is not the respondents' country of nationality and it is conceded by the Minister that the respondents are neither permanent residents nor citizens of that country. And, while the Minister submits the respondents had the ability to "reside, work, study, enter, and exit as they wished", this does not establish

du statut de ces derniers, en déclarant ce qui suit [*Zeng*, au paragraphe 35] :

À mon avis, la ministre a démontré que la section E de l'article premier de la Convention s'applique à ces deux demandeurs d'asile. Les éléments de preuve indiquent qu'ils avaient, selon la prépondérance des probabilités, le statut de résident permanent au Chili au moment de l'audience. En outre, ils ont pu perdre ce statut, comme l'a laissé entendre leur conseil, parce qu'ils ont été à l'extérieur du Chili pendant plus d'un an sans demander la prolongation de sa période de validité. Les demandeurs d'asile ne peuvent tirer profit du fait qu'ils ont omis de faire une telle demande, comme l'ont indiqué les autorités. [Souligné par la juge Layden-Stevenson dans l'arrêt *Zeng*.]

[65] La Cour d'appel fédérale a déclaré que la conclusion de fait de la SPR selon laquelle les intimés possédaient un statut au Chili commandait la retenue, en plus d'être raisonnable. Elle a ajouté [*Zeng*, au paragraphe 37] :

Si on revient au critère énoncé au paragraphe 28 et à la première question qu'il comporte — compte tenu de tous les facteurs pertinents existant à la date de l'audience, le demandeur a-t-il, dans le tiers pays, un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants de ce pays? — la SPR a donné une réponse affirmative à cette question, ce qui a mis fin à l'affaire. Elle l'a fait après avoir examiné la preuve et les arguments de façon minutieuse. Le commentaire qu'elle a fait ensuite, concernant la possibilité que le statut ait été perdu, est gratuit et non pertinent.

[66] Ainsi, dans le cadre d'une analyse fondée sur la section 1E, la principale question consiste à déterminer si, à la date de l'audience, le demandeur avait un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants du pays concerné. Le demandeur reconnu comme apatride, lui, n'a ni pays de nationalité, ni statut essentiellement semblable à celui des ressortissants d'un pays; c'est pourquoi il n'est pas visé par l'exclusion de la section 1E.

[67] En l'espèce, les É.A.U. ne sont pas le pays de nationalité des défendeurs, et le ministre concède que ceux-ci n'en sont ni des résidents permanents, ni des citoyens. Et, même si le ministre fait valoir que les défendeurs pouvaient « résider, travailler et étudier aux É.A.U., de même qu'entrer dans le pays et en sortir à

that their status was substantially similar to U.A.E. nationals. Nor is it supported by the evidence.

[68] The respondents' status was temporary, contingent on the continued employment of the principal respondent's husband, and, subject to cancellation. Further, the RAD found that objective documentary evidence also showed that the U.A.E. deports Palestinians, sometimes arbitrarily. Thus, even if it could be said that the respondents created their own precarious situation by remaining in Canada for more than six months, their prior situation in the U.A.E. was not substantially similar to a national of the country which is the premise of the *Zeng* test. This brings into question the analogous application of the *Zeng* analysis to their situation because they were not afforded the protection of a national in the U.A.E.

[69] As to *Williams*, in that case the claimant held both Rwandan and Ugandan citizenship by birth. At age 18, by retaining his Rwandan citizenship, he automatically ceased to be a citizen of Uganda. However, upon renunciation of his Rwandan citizenship he would, as of right, again become a citizen of Uganda.

[70] There, it was common ground that refugee protection would be denied if, at the time of the hearing, the claimant was entitled to acquire, by mere formalities, the citizenship or nationality of a particular country where he had no well-founded fear of persecution. The Federal Court of Appeal referenced *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 and its own decision in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Akl* (1990), 140 N.R. 323 (F.C.A.) for the principle that if an applicant has citizenship in more than one country, then he must demonstrate a well-founded fear of persecution in relation to each country of citizenship before he can seek asylum in a country where he is not a national. This principle was ultimately incorporated in paragraph 96(a) of the IRPA by reference to "each of their countries of nationality".

leur guise », cela ne veut pas dire que leur statut était essentiellement semblable à celui des ressortissants des É.A.U. Rien dans la preuve ne vient le confirmer non plus.

[68] Le statut des défendeurs était temporaire, tributaire du maintien en poste du mari de la défenderesse principale et sujet à révocation. Qui plus est, la SAR a conclu que la preuve documentaire objective établissait également que les É.A.U. expulsaient les Palestiniens, parfois de façon arbitraire. Par conséquent, même si l'on peut affirmer que les défendeurs se sont eux-mêmes placés dans une situation précaire en demeurant au Canada pendant plus de six mois, leur situation antérieure aux É.A.U. n'était pas essentiellement comparable à celle des ressortissants de ce pays, principe sur lequel repose le critère de l'arrêt *Zeng*. Voilà qui remet en question l'application par analogie de l'analyse suivie dans l'arrêt *Zeng* à la situation des défendeurs, étant donné que les É.A.U. ne leur offraient pas la protection dont jouissent les ressortissants de ce pays.

[69] Quant à l'arrêt *Williams*, dans cette affaire, l'appelant était à la fois citoyen rwandais et citoyen ougandais de naissance. À l'âge de 18 ans, en conservant sa nationalité rwandaise, il a automatiquement cessé d'être un citoyen de l'Ouganda. Toutefois, s'il renonçait à la citoyenneté rwandaise, il était possible pour lui de recouvrer de plein droit la citoyenneté ougandaise.

[70] Dans cette affaire, il était admis que l'asile serait refusé si le demandeur d'asile, au moment de l'audience, avait le droit d'acquiescer, par l'accomplissement de simples formalités, la citoyenneté ou la nationalité d'un pays où il n'avait pas de crainte fondée d'être persécuté. La Cour d'appel fédérale a fait référence à l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, de même qu'à sa propre décision *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Akl*, [1990] A.C.F. n° 254 (C.A.) (QL), en ce qui a trait au principe voulant que, si un demandeur d'asile possède la citoyenneté de plusieurs pays, il doit démontrer qu'il a raison de craindre d'être persécuté dans chacun des pays dont il a la citoyenneté avant de pouvoir demander l'asile dans un pays dont il n'est pas un ressortissant. Ce principe a, en définitive, été intégré à l'alinéa 96a) de la LIPR

[71] The Federal Court of Appeal in *Williams* stated [at paragraphs 21–23]:

In another decision rendered before the Supreme Court of Canada rendered its own in *Ward, Bouianova v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 67 F.T.R. 74, Rothstein J. (sitting then in the Trial Division of the Federal Court of Canada) broadened the holding of our Court in *Akl*. He held that if, at the time of the hearing, an applicant is entitled to acquire the citizenship of a particular country by reason of his place of birth, and if that acquisition could be completed by mere formalities, thereby leaving no room for the State in question to refuse status, then the applicant is expected to seek the protection of that State and will be denied refugee status in Canada unless he has demonstrated that he also has a well-founded fear of persecution in relation to that additional country of nationality.

I fully endorse the reasons for judgment of Rothstein J., and in particular the following passage at paragraph 12:

The condition of not having a country of nationality must be one that is beyond the power of the applicant to control.

The true test, in my view, is the following: if it is within the control of the applicant to acquire the citizenship of a country with respect to which he has no well-founded fear of persecution, the claim for refugee status will be denied. While words such as “acquisition of citizenship in a non-discretionary manner” or “by mere formalities” have been used, the test is better phrased in terms of “power within the control of the applicant” for it encompasses all sorts of situations, it prevents the introduction of a practice of “country shopping” which is incompatible with the “surrogate” dimension of international refugee protection recognized in *Ward* and it is not restricted, contrary to what counsel for the respondent has suggested, to mere technicalities such as filing appropriate documents. This “control” test also reflects the notion which is transparent in the definition of a refugee that the “unwillingness” of an applicant to take steps required from him to gain state protection is fatal to his refugee claim unless that unwillingness results from the very fear of persecution itself. Paragraph 106 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating*

au moyen de la mention « tout pays dont elle a la nationalité ».

[71] Dans l’arrêt *Williams*, la Cour d’appel fédérale a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 21 à 23] :

Dans un autre jugement rendu avant que la Cour suprême du Canada ne rende l’arrêt *Ward*, le juge Rothstein (alors juge à la Section de première instance de la Cour fédérale) a, dans l’affaire *Bouianova c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1993), 67 F.T.R. 74, élargi la portée de l’arrêt *Akl* de notre Cour. Il a déclaré que si, au moment de l’audience, le demandeur a le droit d’acquérir la citoyenneté d’un pays déterminé en raison de son lieu de naissance et que cette acquisition peut se matérialiser par l’accomplissement de simples formalités, ne permettant pas ainsi à l’État en question de refuser de lui accorder la qualité revendiquée, le demandeur est censé se réclamer de la protection de cet État et se verra refuser la qualité de réfugié au Canada sauf s’il démontre qu’il craint avec raison d’être persécuté également dans cet autre pays dont il a la nationalité.

Je souscris entièrement aux motifs du juge Rothstein et en particulier au passage suivant, au paragraphe 12 [[1993] A.C.F. n° 576 (QL)] :

Le fait de ne pas avoir de nationalité ne doit pas relever du contrôle d’un [demandeur].

Le véritable critère est, selon moi, le suivant : s’il est en son pouvoir d’obtenir la citoyenneté d’un pays pour lequel il n’a aucune crainte fondée d’être persécuté, la qualité de réfugié sera refusée au demandeur. Bien que des expressions comme « acquisition de la citoyenneté de plein droit » ou « par l’accomplissement de simples formalités » aient été employées, il est préférable de formuler le critère en parlant de « pouvoir, faculté ou contrôle du demandeur », car cette expression englobe divers types de situations. De plus, ce critère dissuade les demandeurs d’asile de rechercher le pays le plus accommodant, une démarche qui est incompatible avec l’aspect « subsidiaire » de la protection internationale des réfugiés reconnue dans l’arrêt *Ward* et, contrairement à ce que l’avocat de l’intimé a laissé entendre, ce critère ne se limite pas à de simples formalités comme le serait le dépôt de documents appropriés. Le critère du « contrôle » exprime aussi une idée qui ressort de la définition du réfugié, en l’occurrence le fait que l’absence de « volonté » du demandeur à accomplir les démarches nécessaires pour obtenir la protection de l’État entraîne le rejet de sa demande d’asile à moins que cette absence s’explique par la crainte même de

to the *Status of Refugees*, [Geneva, 1992] emphasizes the point that whenever “available, national protection takes precedence over international protection,” and the Supreme Court of Canada, in *Ward*, observed, at page 752, that “[w]hen available, home state protection is a claimant’s sole option.”

The principle enunciated by Rothstein J. in *Bouianova* was followed and applied ever since in Canada. Whether the citizenship of another country was obtained at birth, by naturalization or by State succession is of no consequence provided it is within the control of an applicant to obtain it. (The latest pronouncements are those of Kelen J. in *De Barros v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 283 and Snider J. in *Choi v. Canada (Solicitor General)*, 2004 FC 291.) [Emphasis added.]

[72] What is apparent from *Williams* is that it pertains to paragraph 96(a) of the IRPA and a situation where, at the time of the hearing, citizenship in another country was readily available to a claimant. In that circumstance, the claimant is expected to make attempts to acquire it and will be denied refugee status if it is demonstrated that citizenship was within their power to obtain yet they declined to do so. In *Williams* the claimant, as of right, was entitled to citizenship in a country where he would not be at risk of persecution.

[73] In this case, the respondents do not have a right of citizenship in the U.A.E. nor is it within their control to acquire citizenship there. As recognized by the RAD, they are stateless Palestinians. The relevant provision of the IRPA is paragraph 96(b).

[74] In *Thabet*, the Federal Court of Appeal set out the test for establishing refugee status for stateless persons being that [at paragraph 30]:

In order to be found to be a Convention refugee, a stateless person must show that, on a balance of probabilities he or she would suffer persecution in any country

persécution. Le paragraphe 106 du *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*, [Genève, 1992] précise bien que « [c]haque fois qu’elle peut être réclamée, la protection nationale l’emporte sur la protection internationale ». Dans l’arrêt *Ward*, la Cour suprême du Canada fait observer, à la page 752, que « [l]orsqu’il est possible de l’obtenir, la protection de l’État d’origine est la seule solution qui s’offre à un demandeur ».

Le principe énoncé par le juge Rothstein dans la décision *Bouianova* est suivi et appliqué depuis au Canada. Il importe peu que la citoyenneté d’un autre pays ait été obtenue de naissance, par naturalisation ou par succession d’États, pourvu que le demandeur ait la faculté de l’obtenir. (Les dernières décisions à cet égard sont celle du juge Kelen dans l’affaire *De Barros c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 283, et celle de la juge Snider dans l’affaire *Choi c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 291.) [Non souligné dans l’original.]

[72] Ce qui ressort de l’arrêt *Williams*, c’est qu’il a trait à l’alinéa 96a) de la LIPR et à une situation où, au moment de l’audience, le demandeur pouvait aisément obtenir la citoyenneté d’un autre pays. Dans de telles circonstances, le demandeur est censé entreprendre des démarches pour obtenir cette citoyenneté et, s’il est démontré qu’il était en son pouvoir de l’acquérir, mais qu’il a refusé de le faire, il se verra refuser la qualité de réfugié. Dans l’arrêt *Williams*, l’appelant pouvait, de plein droit, obtenir la citoyenneté d’un autre pays où il ne serait pas exposé à un risque de persécution.

[73] Dans la présente affaire, en revanche, les défendeurs n’avaient pas droit à la citoyenneté aux É.A.U., pas plus qu’il n’était en leur pouvoir de l’acquérir. Comme la SAR l’a reconnu, ils sont des Palestiniens apatrides. La disposition pertinente en l’espèce est l’alinéa 96b) de la LIPR.

[74] Dans l’arrêt *Thabet*, la Cour d’appel fédérale a énoncé de la manière suivante le critère applicable aux fins de la détermination du statut de réfugié dans le cas de personnes apatrides [au paragraphe 30] :

Pour se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, une personne apatride doit démontrer, selon la probabilité la plus forte, qu’elle serait persécutée

of former habitual residence, and that he or she cannot return to any of his or her other countries of former habitual residence.

[75] In reaching that formulation, the Federal Court of Appeal also stated [at paragraph 28]:

Stateless people should be treated as analogously as possible with those who have more than one nationality. There is a need to maintain symmetry between these two groups, where possible. It is not enough to show persecution in any of the countries of habitual residence—one must also show that he or she is unable or unwilling to return to any of these countries. While the obligation to receive refugees and offer safe haven is proudly and happily accepted by Canada, there is no obligation to a person if an alternate and viable haven is available elsewhere. This is in harmony with the language in the definition and is also consistent with the teachings of the Supreme Court in *Ward*. If it is likely that a person would be able to return to a country of former habitual residence where he or she would be safe from persecution, that person is not a refugee. This means that the claimant would bear the burden, here as elsewhere, of showing on the balance of probabilities that he or she is unable or unwilling to return to any country of former habitual residence. This is not an unreasonable burden. This is merely to make explicit what is implicit in *Ward* and in the philosophy of refugee law in general. This is essentially the responsible position which counsel for the Crown argued before us, a position that is characteristically generous and consistent with Canada's international obligations, and the position which we adopt. [Emphasis added.]

[76] The Federal Court of Appeal then went on to deal with the assertion that the trial Judge erred by finding that the RPD had erred by not asking itself, or discussing in any way, the fundamental question as to whether the denial of the appellant's (a stateless Palestinian) right of return to Kuwait was in itself an act of persecution. The Federal Court of Appeal stated that to ensure that a claimant properly qualifies for Convention refugee status, the RPD was compelled to ask itself why the appellant was being denied entry to a country of former habitual residence because the reason for the denial may, in certain circumstances, constitute an act of persecution by the state. The issue, therefore, was whether the RPD asked itself this question. Upon review of the RPD's reasons it concluded that the RPD did address the

dans l'un ou l'autre des pays où elle a eu sa résidence habituelle et qu'elle ne peut retourner dans aucun d'eux.

[75] Avant d'en arriver à cette formulation, la Cour d'appel [fédérale] a également déclaré [au paragraphe 28] :

Les apatrides doivent être traités le plus possible de la même façon que les personnes qui ont plus d'une nationalité. Il faut maintenir la symétrie entre ces deux groupes, dans la mesure du possible. Il ne suffit pas de démontrer que l'intéressé a été persécuté dans l'un de ses pays de résidence habituelle[;] il doit en outre établir qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun de ces pays. Bien que le Canada accepte avec fierté et de bon cœur son obligation de recevoir les réfugiés et de leur offrir un refuge, cette obligation n'existe pas dans le cas où l'intéressé peut, de façon réaliste et en toute sécurité, se réfugier ailleurs. Ce principe respecte le libellé de la définition et il est compatible avec les règles établies par la Cour suprême dans l'arrêt *Ward*. Une personne n'est pas un réfugié lorsqu'elle pourrait vraisemblablement retourner dans un pays où elle a eu sa résidence habituelle et s'y trouver à l'abri de la persécution. Le revendicateur aurait donc le fardeau, comme dans d'autres contextes, de démontrer, selon la probabilité la plus forte, qu'il ne peut ou ne veut retourner dans aucun des pays où il a eu sa résidence habituelle. Ce fardeau n'est pas déraisonnable. Il exprime simplement de façon expresse un principe qui est implicite dans l'arrêt *Ward* et dans la philosophie du droit applicable aux réfugiés en général. C'est essentiellement le point de vue sérieux que l'avocat de la Couronne a fait valoir devant nous, point de vue qui est caractérisé par sa générosité et sa compatibilité avec les obligations internationales du Canada, et c'est ce point de vue que nous retenons. [Non souligné dans l'original.]

[76] La Cour d'appel [fédérale] a ensuite examiné l'affirmation selon laquelle le juge de première instance a conclu à tort que la SPR avait commis une erreur en ne se posant pas et en n'examinant pas la question fondamentale de savoir si la négation du droit de l'appelant (un Palestinien apatride) de retourner au Koweït constituait en soi un acte de persécution. Elle a déclaré que, pour s'assurer qu'un demandeur puisse à juste titre se faire reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, la SPR devait se demander pourquoi il se voyait refuser l'entrée dans un pays où il avait eu sa résidence habituelle, car le motif de la négation de ce droit pouvait, dans certaines circonstances, constituer un acte de persécution par l'État. La question à résoudre, par conséquent, était celle de savoir si la SPR s'était posé

question as to why the appellant was unable to return to Kuwait: he lacked a valid residence permit. This satisfied the requirement that the RPD inquire into the reasons for denial of entry into one's country of former habitual residence. In that case, the appellant had returned to Kuwait in 1986 seeking to renew his residence permit, which was denied.

[77] Thus, unlike *Zeng, Thabet* simply requires that the tribunal ask why the claimant cannot return to the country of their former residence. It does not go further. In this case that question was answered by the new evidence accepted by the RAD establishing that their temporary residence permits had been cancelled because they had been outside the U.A.E. for more than six continuous months.

[78] This is perhaps explained in part by the fact that section 96 of the IRPA distinguishes between those claimants seeking Convention refugee status who have a nationality and those who are stateless:

**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.

[79] Paragraph 96(a) speaks to a circumstance where a claimant is outside their countries of nationality and is unable or, by reason of a well-founded fear of persecution,

cette question. Après examen des motifs de la SPR, la Cour d'appel [fédérale] a conclu que celle-ci avait bel et bien examiné la question de savoir pourquoi l'appelant ne pouvait retourner au Koweït : il n'avait pas de permis de résidence valide. La SPR a ainsi satisfait à l'exigence voulant qu'elle cherche à savoir pourquoi le demandeur se voyait refuser l'entrée dans un pays où il avait eu sa résidence habituelle. Dans cette affaire, l'appelant était retourné au Koweït en 1986 afin de demander le renouvellement de son permis de résidence, demande qui a été rejetée.

[77] Ainsi, à la différence de l'arrêt *Zeng*, l'arrêt *Thabet* exige tout simplement que le tribunal pose la question de savoir pourquoi le demandeur d'asile ne peut pas retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure. Il ne va pas plus loin. En l'espèce, cette question a trouvé une réponse dans les nouveaux éléments de preuve admis par la SAR, qui établissaient que les permis de séjour temporaire des défendeurs avait été annulé parce qu'ils s'étaient trouvés à l'extérieur des É.A.U. pendant une période continue de plus de six mois.

[78] Cette approche différente s'explique peut-être en partie par le fait que l'article 96 de la LIPR établit une distinction entre les demandeurs de statut de réfugié au sens de la Convention qui ont une nationalité, et ceux qui sont apatrides :

**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.

[79] L'alinéa 96a) traite de la situation où le demandeur se trouve à l'extérieur de tout pays dont il a la nationalité et ne peut ou, du fait d'une crainte fondée



unwilling “to avail themselves of the protection of” each of those countries. Paragraph 96(b), however, recognizes that persons who do not have a country of nationality cannot avail themselves of state protection. Rather, it requires only that they be unable or, by reason of that fear, unwilling to return to a country of former habitual residence.

[80] Thus, what distinguishes a paragraph 96(b) stateless claimant from a person at risk of exclusion pursuant to Article 1E is the availability of state protection. Unless such a person has substantially the same rights as a national of their country of former habitual residence they may lack that protection. The lack of state protection is a key element of a stateless person’s claim of refugee status and its availability is a key element of the potential exclusion of a claimant under Article 1E.

[81] Thus, in effect, what the Minister seeks is to broaden Article 1E to exclude persons whose status is less than that of a national. However, in my view, because of the difference in status, the principles guiding exclusion under Article 1E have questionable import in the test in *Thabet*, where the question is focused only on whether the stateless claimant has a right of return to a safe country of former habitual residence.

[82] Nor am I persuaded that an element of fault should be read into the requirements of paragraph 96(b), the operative provision here and in *Thabet*, in assessing whether a stateless claimant is unable to return to a country of former habitual residence. There is nothing in the language of paragraph 96(b) to suggest that the reason why a claimant lost that right is relevant to the application of the provision. Moreover, reading in an element of fault could have far reaching effects. It seems to me that if Parliament intended paragraph 96(b) to include an element of fault then it would have explicitly addressed this. I would also note that the submissions of counsel for the Minister did not refer me to any guidelines or written policy to that effect.

de persécution, ne veut « se réclamer de la protection » de chacun de ces pays. L’alinéa 96b), quant à lui, reconnaît le fait que la personne qui n’a pas de nationalité ne peut se réclamer de la protection d’un État. Il pose seulement comme condition que, du fait de sa crainte fondée, la personne ne puisse pas ou ne veuille pas retourner dans un pays où elle avait sa résidence habituelle.

[80] Ainsi donc, ce qui différencie un demandeur apatride au sens de l’alinéa 96b) d’une personne susceptible d’être exclue par application de la section 1E, c’est la possibilité de se réclamer de la protection d’un État. À moins qu’elle ait essentiellement les mêmes droits qu’un ressortissant de son pays de résidence habituelle antérieure, il se peut qu’une personne soit privée d’une telle protection. L’absence de protection de l’État est une considération essentielle en ce qui a trait à une demande d’asile émanant d’une personne apatride, tout comme la disponibilité de cette protection est un élément clé d’une éventuelle exclusion d’un demandeur au titre de la section 1E.

[81] Donc, dans les faits, le ministre cherche à élargir le champ d’application de la section 1E de manière à exclure également les personnes dont le statut est inférieur à celui d’un ressortissant. Or à mon avis, en raison de la différence de statut, les principes régissant l’exclusion au titre de la section 1E revêtent un intérêt discutable au regard du critère de l’arrêt *Thabet*, où il s’agit uniquement de savoir si le demandeur apatride a le droit de retourner dans un pays sûr dans lequel il avait sa résidence habituelle.

[82] Je ne suis pas non plus convaincue qu’il faille interpréter les exigences prévues à l’alinéa 96b) — la disposition applicable en l’espèce et dans l’arrêt *Thabet* — comme comportant un élément de faute lorsqu’il s’agit de déterminer si un demandeur est incapable de retourner dans un pays de résidence habituelle antérieure. Rien, dans le libellé de l’alinéa 96b), ne donne à penser que la raison pour laquelle un demandeur a perdu ce droit est pertinente pour l’application de cette disposition. De surcroît, le fait d’y lire un élément de faute pourrait avoir des répercussions considérables. Il me semble que, si le législateur avait voulu que l’alinéa 96b) comprenne un élément de faute, il l’aurait mentionné explicitement. Je souligne également que les observations de l’avocate du

[83] Accordingly, I do not agree with the Minister's submission that the RAD was under an obligation or a duty to apply the Article 1E analysis rather than the test in *Thabet*, or that it erred by failing to do so. Based on the facts and the law, the RAD's decision fell within a range of possible, acceptable outcomes.

[84] That said, the Minister raises a legitimate policy concern. And, contrary to the positions of the respondents, I would not go so far as to say that the question of whether a claimant can renew their status, or re-apply for status, is irrelevant to their claim for refugee status. To my mind, such questions could be relevant to the question of whether there is a right of return, particularly if the evidence established there is nothing preventing a claimant from reacquiring status in a country of former habitual residence. Nor does it raise the question of fault, but rather whether or not there is in fact a right of return, which is consistent with the test in *Thabet*.

[85] In the instant case, the RAD was satisfied the respondents had no right to return to the U.A.E. and would therefore likely be deported to Syria should they attempt to do so. The RAD did not consider whether the respondents could reacquire status in the U.A.E., nor could it, as there was no evidence before it on that issue.

[86] It would have been open to the RAD to return the matter to the RPD for redetermination and to direct it to consider any evidence as to whether or not the respondents could re-instate their temporary residency status in the U.A.E., or other relevant factors. However, the RAD found that: the respondents were stateless Palestinians; they cannot return to the U.A.E., their country of former habitual residence; they hold Syrian travel documents; the documentary evidence was clear that, should they return to Syria, they would have a serious possibility of persecution due to their ethnicity and risk profile; the principal respondent's husband's work permit in the U.A.E. was tenuous; and, the U.A.E.

ministre ne renvoyaient à aucune ligne directrice ni à aucune politique écrite à cet effet.

[83] En conséquence, je ne souscris pas à l'argument du ministre selon lequel la SAR était tenue d'effectuer une analyse fondée sur la section 1E plutôt que d'appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Thabet* et qu'elle a commis une erreur en omettant de le faire. Au regard des faits et du droit, la décision de la SAR appartenait aux issues possibles acceptables.

[84] Cela dit, le ministre soulève une question d'intérêt public légitime. Et, contrairement à ce que soutiennent les défendeurs, je n'irais pas jusqu'à dire que la question de savoir si un demandeur peut renouveler son statut ou présenter une demande pour le recouvrer n'a aucune pertinence quant à sa demande d'asile. À mon avis, cette question pourrait être utile pour déterminer s'il y a un droit de retour, surtout si la preuve établit que rien n'empêchait le demandeur de recouvrer son statut dans un pays où il avait sa résidence habituelle. Elle ne soulève pas non plus la question de la faute, mais plutôt celle de savoir s'il existe ou non un droit de retour, ce qui est conforme au critère de l'arrêt *Thabet*.

[85] En l'espèce, la SAR était convaincue que les défendeurs n'avaient pas le droit de retourner aux É.A.U., et qu'ils seraient donc probablement expulsés vers la Syrie s'ils tentaient de le faire. La SAR n'a pas examiné la question de savoir si les défendeurs pourraient recouvrer leur statut aux É.A.U., et elle ne pouvait pas non plus le faire, comme aucun élément de preuve ne portait sur cette question.

[86] Il aurait été loisible à la SAR de renvoyer l'affaire à la SPR pour qu'elle rende une nouvelle décision, en lui ordonnant de tenir compte de tout élément de preuve indiquant si les défendeurs pouvaient ou non recouvrer leur statut de résident temporaire aux É.A.U. ou d'autres facteurs pertinents. Néanmoins, la SAR a tiré les conclusions suivantes : les défendeurs étaient des Palestiniens apatrides; ils ne pouvaient retourner aux É.A.U., leur pays de résidence habituelle antérieure; ils détenaient des documents de voyage syriens; la preuve documentaire indiquait clairement que, s'ils retournaient en Syrie, ils seraient exposés à un risque sérieux de persécution en raison de leur origine ethnique et de leur profil

deports Palestinians, sometimes arbitrarily. Accordingly, based on the facts and the law it was also open to the RAD to make its own determination, as it did in this case.

[87] The RAD's decision was reasonable and this Court shall not intervene.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is dismissed.
2. There shall be no order as to costs.
3. No question of general importance for certification was proposed.

de risque; le permis de travail du mari de la défenderesse principale aux É.A.U. tenait à peu de chose; et, enfin, les É.A.U. expulsent les Palestiniens, parfois de façon arbitraire. Par conséquent, au regard des faits et du droit, il était également loisible à la SAR de rendre sa propre décision, et c'est ce qu'elle a fait en l'espèce.

[87] La décision de la SAR était raisonnable et ne justifie pas l'intervention de la Cour.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés.
3. Aucune question de portée générale à certifier n'a été proposée.

IMM-968-15  
2015 FC 1415

IMM-968-15  
2015 CF 1415

**Binder Singh** (*Applicant*)

**Binder Singh** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: SINGH v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : SINGH c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Annis J.—Toronto, October 27, 2015;  
Ottawa, January 19, 2016.

Cour fédérale, juge Annis—Toronto, 27 octobre 2015;  
Ottawa, 19 janvier 2016.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review seeking order setting aside Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision — In decision, Board determining that applicant not Convention refugee or person in need of protection; that no credible basis (NCB) existing for applicant's refugee claim pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 107(2); that applicant excluded from refugee protection pursuant to Act, s. 98 — Applicant claiming refugee status in Canada but later amending identity, concealing previous residence in U.S. — Applicant submitting that Board not having jurisdiction to make inclusion ruling since, based on Federal Court decision in Xie v. Canada (Citizenship and Immigration), Board first required to render exclusion order before deciding inclusion issues; that if exclusion order issued, inclusion refugee protection application, including NCB ruling, rejected — Whether Board erring by ruling on inclusion issues in decision after finding applicant excluded, contrary to Xie; whether Board erring in not first ruling on exclusion issue, and, if excluding applicant, nevertheless proceeding to rule on inclusion issues; or alternatively whether, if not erring in making both exclusion, inclusion rulings, Board erring in not stating that inclusion ruling made in alternative — Board erring in not stating that inclusion rulings in alternative, to be considered only if exclusion decision overturned in future — Once Board finding that applicant excluded, should not proceed to deal with inclusion issues until after exclusion decision set aside — Requirement to decide exclusion issue in priority over refugee protection issue implicitly supported by Act's other provisions — Also, NCB ruling cannot have any effect because, as part of refugee protection claim, NCB ruling rejected by exclusion order (Act, s. 112(3)(c)) — NCB declaration not free-standing ruling but only relevant to inclusion claim — In present case, Board's inclusion rulings, in particular NCB conclusions, could not be used as ground to prevent applicant's appeal of Board's decision to Refugee Appeal Division —*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance en annulation de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Dans cette décision, la Commission a conclu que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger; il y avait absence de minimum de fondement (AMF) de sa demande au titre de l'art. 107(2) de la Loi, et il était exclu de la protection accordée aux réfugiés par application de l'art. 98 — Le demandeur a présenté une demande d'asile au Canada, mais a modifié plus tard son identité en dissimulant sa résidence antérieure aux É.-U. — Le demandeur a soutenu que la Commission n'avait pas compétence pour rendre la décision d'inclusion, étant donné que, selon la décision de la Cour fédérale dans l'arrêt Xie c. Canada (Citoyenneté et Immigration), la Commission était d'abord tenue de rendre son ordonnance d'exclusion avant de se prononcer sur les questions d'inclusion et que si une ordonnance d'exclusion était rendue, la demande d'asile faisant état de facteurs d'inclusion est rejetée, y compris la décision portant AMF — Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en se prononçant sur les facteurs d'inclusion alors qu'elle avait conclu que le demandeur était exclu, contrairement à ce que préconise l'arrêt Xie et si, en ne se prononçant pas d'abord sur les facteurs d'exclusion et, après avoir exclu le demandeur, en statuant néanmoins sur les questions d'inclusion; ou subsidiairement, si elle n'a pas commis d'erreur en rendant les ordonnances d'exclusion et d'inclusion, si elle a eu tort de ne pas préciser que sa décision d'inclusion était rendue à titre subsidiaire — La Commission a commis une erreur en ne précisant pas que ses conclusions liées à l'inclusion étaient formulées à titre subsidiaire, et ne devaient être prises en compte que si la décision d'exclusion était subséquemment infirmée — Dès lors qu'elle conclut que le demandeur est exclu, la Commission ne doit pas aborder les questions concernant l'inclusion tant que la conclusion d'exclusion n'a*

*Judicial economy not relevant consideration in matters relating to exclusions, inadmissibility of foreign nationals — Consequently, Board erring by ruling on inclusion issues after finding that applicant excluded — Board similarly exceeding jurisdiction by conducting inclusion determination in alternative on any basis, including that for purpose of judicial economy — Question pertaining to Board's authority to make NCB determinations after making finding of exclusion certified — Application allowed.*

This was an application for judicial review seeking an order setting aside a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board. In that decision the Board determined that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection; that there was no credible basis for the applicant's refugee claim pursuant to subsection 107(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*; and that the applicant was excluded from refugee protection pursuant to section 98 of the Act.

The applicant, Indian, sought refugee protection in Canada but never disclosed that he had resided elsewhere than in India. At the airport, the applicant identified himself as "Binder Singh" but was not in possession of a passport. However, he did present several other documents purportedly issued by the Indian authorities, which corroborated this identity. The respondent intervened in the case and submitted evidence showing that the applicant had previously resided in the U.S., had been arrested there and charged with lewdness involving a minor, was ordered removed, escaped custody and was eventually deported to India. Thereafter, the applicant amended his basis of claim form, altering his identity and date of birth. The Board found, *inter alia*, that the applicant's admission to the sexual offence against a child, aggravated by his false portrayal of himself as a minor when charged with this offence, constituted serious reasons for considering that he had committed a serious non-political crime outside the country of refuge. It thereby concluded that the applicant was excluded from refugee protection pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. In addition to

*pas été infirmée — L'obligation de statuer prioritairement sur la question de l'exclusion par rapport à celle du droit d'asile est d'ailleurs implicitement étayée par d'autres dispositions de la Loi — De plus, la décision portant AMF ne peut avoir le moindre effet puisqu'elle a été rejetée par l'ordonnance d'exclusion dans le contexte de la demande d'asile (art. 112(3)c) — La décision portant AMF n'est pas une décision indépendante, mais elle n'est pertinente qu'au regard de la demande d'inclusion — Les décisions d'inclusion de la Commission, et en particulier la décision portant AMF, ne pouvaient être invoquées pour empêcher le demandeur de porter la décision de la Commission en appel devant la Section d'appel des réfugiés — L'économie des ressources judiciaires n'est pas pertinente dans les affaires d'exclusion et d'interdiction de territoire de ressortissants étrangers — Par conséquent, la Commission a commis une erreur en se prononçant sur la question de l'inclusion après avoir conclu que le demandeur était exclu — La Commission a aussi outrepassé sa compétence en statuant sur les facteurs d'inclusion à titre subsidiaire, quels qu'aient été ses motifs, y compris l'économie des ressources judiciaires — Une question quant au pouvoir de la Commission de rendre des décisions portant AMF après avoir tiré une conclusion d'exclusion a été certifiée — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance en annulation d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Dans cette décision, la Commission a conclu que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger; il y avait absence de minimum de fondement (AMF) de sa demande au titre du paragraphe 107(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et qu'il était exclu de la protection accordée aux réfugiés par application de l'article 98 de la Loi.

Le demandeur, un citoyen indien, a présenté une demande d'asile au Canada, mais n'a jamais révélé qu'il avait résidé ailleurs qu'en Inde. À l'aéroport, le demandeur s'est identifié comme « Binder Singh », mais il n'avait pas de passeport. Cependant, il a présenté plusieurs autres documents corroborant cette identité et censés avoir été délivrés par les autorités indiennes. Le défendeur est intervenu dans l'affaire et a déposé des éléments de preuve selon lesquels le demandeur avait résidé aux É.-U., qu'il y avait été arrêté pour comportement obscène impliquant un mineur, qu'il avait fait l'objet d'une mesure de renvoi, qu'il avait échappé à sa garde, et qu'il avait été finalement expulsé en Inde. Par la suite, le demandeur a modifié son formulaire « Fondement de la demande d'asile » (FDA), changeant son identité ainsi que sa date de naissance. La Commission a, entre autres, conclu que le fait que le demandeur ait admis l'infraction sexuelle commise contre un enfant, infraction aggravée par le fait qu'il s'est indûment fait passer pour un mineur lorsqu'il a été accusé, donnait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un grave crime de droit commun hors du pays d'asile. La Commission a donc

the exclusion ruling, the Board found that the applicant had not provided sufficient credible or trustworthy evidence to support his allegations that he faced a serious possibility of harm amounting to persecution in India or that, on a balance of probabilities, he would be personally subject to a risk to his life, cruel and unusual treatment or punishment or danger of torture in India. Finally, the Board concluded that there was no credible basis (NCB) for the applicant's protection claim pursuant to subsection 107(2) of the Act. The applicant had a right of appeal of the Board's exclusion decision to the Refugee Appeal Division pursuant to section 110 of the Act.

The applicant submitted that the Board did not have the jurisdiction to make the inclusion ruling, arguing that the Federal Court decision in *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, and the cases that subsequently applied it, stand for the proposition that the Board is first required to render its exclusion order before deciding the inclusion issues. He stated that if an exclusion order is made, this rejects the inclusion refugee protection application pursuant to subsection 112(3) of the Act, including the NCB ruling, leaving only the exclusion ruling as the Board's decision.

The main issues were whether the Board erred by ruling on the inclusion issues in a decision where it found the applicant was excluded, contrary to *Xie*; whether it erred in not first ruling on the exclusion issue, and, if excluding the applicant, nevertheless proceeding to rule on the inclusion issues; or alternatively whether, if it did not err in making both the exclusion and inclusion rulings, it erred in not stating that its inclusion ruling was made in the alternative.

*Held*, the application should be allowed.

The Board erred in not stating that its inclusion rulings were in the alternative, to be considered only if the exclusion decision was overturned in the future. Once the Board finds that the applicant is excluded, it should not proceed to deal with the inclusion issues until after the exclusion decision is set aside. This is because at the time the exclusion decision is rendered by the Board, the protection claim is rejected (subsection 112(3) of the Act). More importantly, it cannot have any effect or impact on the protection issue because otherwise it would encroach on the respondent's exclusive authority to determine the protection issue under paragraph 113(d)

conclu que le demandeur était exclu de la protection des réfugiés aux termes de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. En plus de la conclusion d'exclusion, la Commission a estimé que le demandeur n'avait pas fourni assez d'éléments crédibles ou dignes de foi pour étayer ses allégations suivant lesquelles il était exposé à un risque grave de préjudice équivalant à de la persécution en Inde ou que, selon la prépondérance des probabilités, il serait personnellement exposé à une menace à sa vie ou à un risque de torture ou de traitement ou peine cruels et inusités. Enfin, la Commission a conclu à l'absence de minimum de fondement (AMF) de la demande d'asile du demandeur, conformément au paragraphe 107(2) de la Loi. Le demandeur a le droit d'interjeter appel de la décision d'exclusion de la Commission devant la Section d'appel des réfugiés (SAR) aux termes de l'article 110 de la Loi.

Le demandeur a fait valoir que la Commission n'avait pas compétence pour rendre la décision d'inclusion, affirmant que la décision de la Cour fédérale dans l'arrêt *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et les nombreuses décisions dans lesquelles il a été appliqué appuient la proposition voulant que la Commission soit d'abord tenue de rendre son ordonnance d'exclusion avant de se prononcer sur les questions d'inclusion. Il a déclaré que si une ordonnance d'exclusion est rendue, la demande d'asile faisant état de facteurs d'inclusion est rejetée conformément au paragraphe 112(3) de la Loi, y compris la décision portant AMF, en vertu de quoi la décision de la Commission se résume à la décision d'exclusion.

Il s'agissait de savoir si la Commission a commis une erreur en se prononçant sur les facteurs d'inclusion alors qu'elle avait conclu que le demandeur était exclu, contrairement à ce que préconise l'arrêt *Xie* et si, en ne se prononçant pas d'abord sur les facteurs d'exclusion et, après avoir exclu le demandeur, en statuant néanmoins sur les questions d'inclusion; ou subsidiairement, si elle n'a pas commis d'erreur en rendant les ordonnances d'exclusion et d'inclusion, si elle a eu tort de ne pas préciser que sa décision d'inclusion était rendue à titre subsidiaire.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La Commission a commis une erreur en ne précisant pas que ses conclusions liées à l'inclusion étaient formulées à titre subsidiaire, et ne devaient être prises en compte que si la décision d'exclusion était subséquemment infirmée. Dès lors que la Commission conclut que le demandeur est exclu, elle ne doit pas aborder les questions concernant l'inclusion tant que la conclusion d'exclusion n'a pas été infirmée. Cela s'explique par le fait qu'au moment où la Commission rend la décision d'exclusion, la demande de protection est rejetée (paragraphe 112(3) de la Loi). Qui plus est, cette décision ne peut avoir ni effet ni incidence sur la question de la

thereof, which is specifically prohibited by *Xie*. On the basis of *Xie* and other decisions applying it, the Federal Court was entitled to allow the application at that stage. However, some of the respondent's submissions were addressed.

The requirement to decide the exclusion issue in priority over the refugee protection issue is also implicitly supported by other provisions of the Act. As well, at the conclusion of the Board's hearing, the NCB ruling cannot have any effect because, as part of the refugee protection claim, it has been rejected by the exclusion order (paragraph 112(3)(c) of the Act). The NCB declaration is not a free-standing ruling but is only relevant to the inclusion claim. It can only be made as an addendum to a rejected inclusion claim for refugee protection under subsections 107(1) and (2) of the Act. An NCB ruling therefore has no relevance to the exclusion ruling and is only pending in the contingent outcome of the exclusion order being set aside sometime in the future. It cannot be relied on as a basis for denying the applicant his right of appeal of the exclusion ruling to the Refugee Appeal Division. Therefore, the inclusion rulings of the Board and in particular the NCB conclusions herein could not be used as a ground to prevent the appeal of the Board's decision to the Refugee Appeal Division.

While judicial economy and practicality are important and constitute the basis for case law supporting the Board's ability to make inclusion rulings when refugee claimants have been excluded from refugee protection, judicial economy is not a relevant consideration in matters relating to exclusions and inadmissibility of foreign nationals. Parliament has chosen not to adhere to the big-tent, single decision-maker model to decide all relevant issues, in the alternative where practical to do so, relating to a person's right to remain in Canada.

In conclusion, the Board erred by ruling on the inclusion issues after finding that the applicant was excluded. The Board similarly exceeded its jurisdiction by conducting an inclusion determination in the alternative on any basis, including that for the purpose of judicial economy. A question pertaining to the Board's authority to make NCB determinations after making a finding of exclusion was certified.

protection, sans quoi il y aurait empiétement sur le pouvoir exclusif du défendeur de statuer sur la protection au titre de l'alinéa 113d) de la Loi, ce qu'interdit spécifiquement l'arrêt *Xie*. Compte tenu de l'arrêt *Xie* et du courant jurisprudentiel qui s'y rattache, la Cour fédérale pouvait faire droit à la demande à cette étape. Cependant, une telle décision ne rendrait pas justice aux observations du défendeur.

L'obligation de statuer prioritairement sur la question de l'exclusion par rapport à celle du droit d'asile est d'ailleurs implicitement étayée par d'autres dispositions de la Loi. De plus, au terme de l'audience qui s'est déroulée devant la Commission, la décision portant AMF ne peut avoir le moindre effet puisqu'elle a été rejetée par l'ordonnance d'exclusion dans le contexte de la demande d'asile (alinéa 112(3)c) de la Loi). La décision portant AMF n'est pas une décision indépendante et elle n'est pertinente qu'au regard de la demande d'inclusion. Elle ne peut être rendue qu'à titre complémentaire à l'égard d'une demande d'asile faisant état de facteurs d'inclusion, et ayant été rejetée aux termes des paragraphes 107(1) et (2) de la Loi. Les décisions portant AMF n'ont aucune pertinence pour les décisions d'exclusion et restent provisoires dans l'éventualité où l'ordonnance d'exclusion serait infirmée à l'avenir. Elles ne peuvent être invoquées pour refuser au demandeur le droit d'interjeter appel de la décision d'exclusion devant la Section d'appel des réfugiés. Par conséquent, les décisions d'inclusion de la Commission, et en particulier la décision portant AMF en l'espèce, ne peuvent être invoquées pour empêcher de porter la décision de la Commission en appel devant la Section d'appel des réfugiés.

En dépit du fait que les raisons pratiques et d'économie judiciaire sont importantes et qu'elles constituent le fondement de la jurisprudence favorable à ce que la Commission se prononce sur les facteurs d'inclusion dans la foulée d'une décision portant exclusion du demandeur d'asile, l'économie des ressources judiciaires n'est pas une considération pertinente dans les affaires d'exclusion et d'interdiction de territoire de ressortissants étrangers. Le législateur a décidé de ne pas adopter le modèle du décideur unique aux larges attributions qui statue sur toutes les questions pertinentes, à titre subsidiaire lorsqu'il est pratique de le faire, pour ce qui est du droit d'un individu de rester au Canada.

En conclusion, la Commission a commis une erreur en se prononçant sur la question de l'inclusion après avoir conclu que le demandeur était exclu. La Commission a aussi outrepassé sa compétence en statuant sur les facteurs d'inclusion à titre subsidiaire, quels qu'aient été ses motifs, y compris l'économie des ressources judiciaires. Une question quant au pouvoir de la Commission de rendre des décisions portant AMF après avoir tiré une conclusion d'exclusion a été certifiée.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1),(2)(a), 74(d), 96, 97, 98, 101, 105, 107(1),(2), 107.1, 110, 112(3), 113.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 225(1), 226(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).

## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

*Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377; *Rathinasingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 988, 298 F.T.R. 236; *Alemu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 997, 257 F.T.R. 52; *Zoya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 197 F.T.R. 236, 2000 CanLII 16634 (F.C.T.D.); *Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 432, (1999), 161 F.T.R. 310 (T.D.); *Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 525, (1998), 148 F.T.R. 296 (T.D.); *Cordon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 146 F.T.R. 230, 1998 CanLII 7746 (F.C.T.D.).

## APPLIED:

*Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304; *Han v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 432; *Muchai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 944, 65 Imm. L.R. (3d) 149; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Cadovski*, 2006 FC 364.

## CONSIDERED:

*Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646, (1994), 115 D.L.R. (4th) 403 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board determining, *inter alia*, that the applicant

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)(b).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1),(2)a, 74d, 96, 97, 98, 101, 105, 107(1),(2), 107.1, 110, 112(3), 113.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 225(1), 226(1).

## 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).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377; *Rathinasingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 988; *Alemu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 997; *Zoya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16634 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 432 (1<sup>re</sup> inst.); *Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 525 (1<sup>re</sup> inst.); *Cordon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 7746 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304; *Han c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 432; *Muchai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 944; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Cadovski*, 2006 CF 364.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE :

*Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ayant conclu,



was not a Convention refugee or a person in need of protection and that the applicant was excluded from refugee protection pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## APPEARANCES

*Asiya Hirji* for applicant.  
*Martin Anderson* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Mamann, Sandaluk & Kingwell, LLP*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

ANNIS J.:

I. Overview

[1] This is an application for judicial review pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act) seeking an order setting aside the decision of the Refugee Protection Division (RPD or Board). The decision consisted of three determinations: that the applicant is not a Convention refugee or a person in need of protection; that there was no credible basis (NCB) for the refugee claim pursuant to subsection 107(2) of the Act; and that he is excluded from refugee protection pursuant to section 98 of the Act.

[2] The gravamen of this case is whether the Court has jurisdiction to hear this judicial review application (JRA) of the RPD's decision. The applicant argues that where the RPD makes an exclusion order under section 98 of the Act, the RPD has no further jurisdiction to rule on the applicant's refugee status or make an NCB ruling (together the inclusion decision) and erred in doing so: (*Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304 (*Xie*)).

entre autres, que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger et qu'il était exclu de la protection accordée aux réfugiés par application de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Asiya Hirji* pour le demandeur.  
*Martin Anderson* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Mamann, Sandaluk & Kingwell, 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 modifiés rendus par*

LE JUGE ANNIS :

I. Aperçu

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi) et visant à obtenir une ordonnance en annulation de la décision dans laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR ou la Commission) a tiré les trois conclusions suivantes : le demandeur n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger; il y a absence de minimum de fondement (AMF) de sa demande au titre du paragraphe 107(2) de la Loi, et il est exclu de la protection accordée aux réfugiés par application de l'article 98.

[2] La question au cœur de la présente affaire est de savoir si la Cour a compétence pour statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire (DCJ) de la décision de la SPR. Le demandeur soutient que, lorsqu'elle rend une ordonnance d'exclusion fondée sur l'article 98 de la Loi, la SPR n'a plus compétence pour se prononcer sur le statut de réfugié du demandeur ou pour conclure à l'absence de minimum de fondement de la demande (conjointement, la décision d'inclusion), et qu'elle a eu

tort de le faire (*Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304 (*Xie*)).

[3] The applicant has a right of appeal of the RPD's exclusion decision to the Refugee Appeal Division (RAD) pursuant to section 110. As the RPD has no jurisdiction to render the inclusion decision, which would otherwise be reviewable on a JRA because of the NCB ruling that bars an appeal to the RAD (paragraph 110(2)(c)), there is no lawful decision upon which a JRA can be made.

[4] However, the applicant seeks the following remedial order based on paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], which it submits respects the statutory scheme of the IRPA while also promoting efficiency in administrative decision making. The order sought would not require the RPD inclusion decision to be set aside, but to be retained as an alternative finding of the RPD, apparently to have some utility if the exclusion ruling is set aside, and the matter reverting to the RPD. The remedy the applicant seeks is that:

- (i) the decision be remitted back to the same Board member;
- (ii) that no hearing be held and that the Board member dismiss the claim on the exclusion ground for the reasons already provided;
- (iii) that any inclusion findings already made be strictly in the alternative and not prejudice the applicant's right of appeal to the RAD; and
- (iv) that the dates for the applicant to pursue an appeal to the RAD run from the date of the issuance of the new RPD decision.

[5] The respondent argues that despite the *Xie* decision, the RPD is assigned jurisdiction to determine all issues, except for ineligibility and extradition claims

[3] Le demandeur a le droit d'interjeter appel de la décision d'exclusion de la SPR devant la Section d'appel des réfugiés (SAR) aux termes de l'article 110. Comme la SPR n'a pas compétence pour rendre la décision d'inclusion, qui pourrait autrement faire l'objet d'un contrôle judiciaire puisque la conclusion AMF empêche d'interjeter appel devant la SAR (alinéa 110(2)c), il n'y a aucune décision légale pouvant donner lieu à une demande de contrôle judiciaire (DCJ).

[4] Cependant, sur la base de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7], le demandeur cherche à obtenir l'ordonnance réparatrice suivante, qui lui paraît conforme au régime législatif de la LIPR et propre à favoriser l'efficacité du processus décisionnel administratif. L'ordonnance sollicitée n'annulerait pas nécessairement la décision d'inclusion, mais la maintiendrait comme une conclusion subsidiaire de la SPR, car elle pourrait être utile si l'ordonnance d'exclusion était annulée et l'affaire renvoyée à la SPR. Voici les mesures de réparation sollicitées par le demandeur :

- i) que la décision soit renvoyée au même commissaire;
- ii) qu'aucune audience ne soit tenue et que le commissaire rejette la demande au motif que le demandeur est exclu pour les raisons déjà fournies;
- iii) que toute conclusion d'inclusion déjà énoncée soit maintenue à titre strictement subsidiaire et ne porte pas préjudice au droit d'appel du demandeur devant la SAR;
- iv) que le demandeur puisse interjeter appel devant la SAR à partir de la date de la publication de la nouvelle décision de la SPR.

[5] Le défendeur affirme que, malgré l'arrêt *Xie*, la SPR a compétence pour trancher toutes les questions, sauf celles qui touchent à l'irrecevabilité et aux demandes

(sections 101 and 105). When the Minister intervenes seeking an exclusion order pursuant to section 98 of the Act, the respondent is not making a “jurisdictional challenge” to the RPD. There is no order that the Board must follow in making its decisions. It may determine in the first instance claims for protection made within Canada, which includes decisions where the RPD finds the applicants’ claims to have no credible basis. On the basis of the RPD’s inclusion ruling including its NCB conclusion, pursuant to paragraph 110(2)(c) of the Act, both the RPD’s inclusion and exclusion orders are barred from an appeal to the RAD, because of the NCB ruling. I also reject this argument as I conclude that paragraph 110(2)(c) can have no application to bar appeals to the RAD of the RPD’s exclusion decision.

## II. Background and Impugned Decision

[6] The applicant, a citizen of India, entered Canada on May 19, 2014 where he claimed refugee protection at the port of entry, all the while not revealing that he had resided elsewhere than in India.

[7] The applicant stated that he feared his former co-worker and his brother. After a series of events, he traveled from India using an agent and arrived in Canada on May 19, 2014, whereupon he claimed refugee protection.

[8] At the port of entry, he identified himself as “Binder Singh” with a date of birth (DOB) of May 16, 1979. He was not in possession of a passport, but did present several other documents purportedly issued by the Indian authorities, which corroborated this identity. These included an Income Tax Department card, a driving licence, an Election Commission of India Identity card and a Government of India Unique Identification Authority card.

[9] The applicant also provided several other documents to the Board confirming his identity after submitting his basis of claim (BOC) form. These

d’extradition (articles 101 et 105). Lorsqu’il intervient pour demander une ordonnance d’exclusion au titre de l’article 98 de la Loi, le ministre défendeur [TRADUCTION] « ne conteste pas la compétence » de la SPR. La Commission n’est pas tenue de rendre ses décisions dans un ordre précis. Elle peut statuer en premier lieu sur les demandes de protection présentées au Canada, ce qui inclut les décisions dans lesquelles la SPR conclut à l’absence d’un minimum de fondement de la demande. Comme sa conclusion AMF fait partie de la décision d’inclusion, au titre de l’alinéa 110(2)c) de la Loi, les ordonnances d’inclusion et d’exclusion de la SPR ne peuvent être portées en appel devant la SAR — à cause de la conclusion AMF. Je rejette également cet argument, car je conclus que l’alinéa 110(2)c) ne saurait s’appliquer pour soustraire la décision d’exclusion de la SPR à un appel devant la SAR.

## II. Contexte et décision contestée

[6] Le 19 mai 2014, le demandeur, un citoyen indien, est entré au Canada où il a présenté une demande d’asile au point d’entrée en omettant de révéler qu’il avait résidé ailleurs qu’en Inde.

[7] Le demandeur a déclaré qu’il craignait son ancien collègue et son frère. Après une série d’événements, il a quitté l’Inde avec l’aide d’un agent et est arrivé le 19 mai 2014 au Canada où il a présenté sa demande d’asile.

[8] Au point d’entrée, il s’est identifié comme « Binder Singh », né le 16 mai 1979. Il n’avait pas de passeport, mais a présenté plusieurs autres documents corroborant cette identité et censés avoir été délivrés par les autorités indiennes. Ceux-ci comprenaient une carte du ministère de l’Impôt sur le revenu, un permis de conduire, une carte d’identité de la commission électorale indienne ainsi qu’une carte délivrée par l’autorité du gouvernement indien chargée de l’identification unique.

[9] Le demandeur a également fourni à la Commission plusieurs autres documents confirmant son identité après avoir soumis son formulaire « Fondement de la demande

included a Ration Card, a marriage certificate, giving the above name and DOB and birth certificates for his two minor children, listing their father's name as "Binder Singh". This was in addition to other sworn statements in medical records indicating that he had been known in India as "Binder Singh" and in Canada as well, after his arrival. These latter documents also indicated a DOB of May 16, 1979.

[10] The Minister of Citizenship and Immigration intervened, first by providing documentary evidence and later in person at the hearing, including questioning the applicant and making oral submissions on the applicability of Article 1F(b) of the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] [Refugee Convention] definition, as well as on the issues of the applicant's identity and the credibility of his allegations.

[11] The Minister's evidence was received on July 8, 2014 and included results from a biometric check of the applicant with U.S. immigration records showing that he:

- resided illegally in the U.S. between 1995 and 2007;
- was arrested in New Jersey on September 25, 1998, charged with "lewdness" and sentenced to probation;
- was ordered removed from the U.S. by an immigration judge in *absentia* on November 24, 1998;
- escaped custody, but was apprehended on August 20, 2007; and
- was deported to India in November 2007.

[12] The applicant, after being informed of the U.S. biometric check results, amended his BOC form on August 27, 2014 indicating that his name was "Ravinder

d'asile » (FDA). Ceux-ci incluait une carte de rationnement, un certificat de mariage portant le nom et la date de naissance (DDN) susmentionnés, ainsi que les certificats de naissance de ses deux enfants mineurs, sur lesquels « Binder Singh » figurait comme nom du père. Il a également soumis deux autres déclarations sous serment jointes à des dossiers médicaux d'après lesquelles il était connu en Inde, et après son arrivée au Canada, sous le nom de « Binder Singh ». Ces derniers documents indiquaient également que sa DDN était le 16 mai 1979.

[10] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration est intervenu, d'abord en déposant des éléments de preuve documentaire, puis en personne à l'audience, pour interroger le demandeur et présenter des observations orales concernant l'applicabilité de la section Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut de réfugié* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] [Convention sur les réfugiés], ainsi que l'identité du demandeur et la crédibilité de ses allégations.

[11] La preuve soumise par le ministre a été reçue le 8 juillet 2014 et contenait notamment les résultats d'un contrôle biométrique provenant des registres d'immigration américains et établissant que le demandeur :

- avait résidé illégalement aux États-Unis entre 1995 et 2007;
- a été arrêté le 25 septembre 1998 au New Jersey pour comportement obscène puis condamné à une peine de probation;
- a fait l'objet d'une mesure de renvoi des États-Unis prise par un juge d'immigration par contumace, le 24 novembre 1998;
- a échappé à sa garde, mais a été appréhendé le 20 août 2007;
- a été expulsé en Inde en novembre 2007.

[12] Après avoir été informé des résultats du contrôle biométrique américain, le demandeur a modifié son formulaire FDA, le 27 août 2014, et indiqué que son

Singh” and that his DOB was May 17, 1981, as opposed to May 16, 1979, thereby lowering his DOB by two years.

[13] The RPD noted that the only official document provided by the applicant referring to him as “Ravinder Singh” was the FBI fingerprint report issued on August 18, 2014. The document stated that he was arrested in the U.S. on two occasions, once in 1998 and another in 2007. It also noted that an alias of “Binder Singh” and yet another birth date of May 17, 1979, also matched the fingerprints provided.

[14] The Board concluded that the applicant’s original assertion correctly identified the applicant as “Binder Singh”, born on May 16, 1979, and not “Ravinder Singh”, born on the same date in 1981.

[15] With respect to the applicant’s 1998 conviction, he was arrested in New Jersey on September 25, 1998 for “criminal sexual contact with a minor” and was detained at a juvenile facility. Based on his 1981 DOB, he was processed as a juvenile and was sentenced to probation for the charge of “lewdness”.

[16] The documents indicate that the applicant had earlier been ordered removed from the U.S. and that he escaped custody on November 24, 1998 and was not apprehended until August 20, 2007, whereupon he was deported.

[17] The RPD concluded that there were serious reasons to consider that the applicant committed perjury in leading the American judge who sentenced him to believe that he was only 17 years of age based on his false 1981 DOB.

[18] The RPD noted that counsel for the applicant, while not explicitly conceding that he should be excluded under Article 1F(b) [of the Refugee Convention], had little comment to make on the Minister’s submissions, other than to consider the aggravating and mitigating factors.

nom était « Ravinder Singh » et que sa date de naissance était le 17 mai 1981 plutôt que le 16 mai 1979, se rajeunissant ainsi de deux ans.

[13] La SPR a noté que le seul document officiel fourni par le demandeur dans lequel il était désigné comme « Ravinder Singh » était le relevé d’empreintes digitales délivré par le FBI le 18 août 2014. Le document précisait qu’il avait été arrêté aux États-Unis à deux reprises, en 1998 puis en 2007, et que les empreintes digitales fournies correspondaient à celle d’un homme répondant au pseudonyme de « Binder Singh » ayant encore une autre DDN : le 17 mai 1979.

[14] La Commission a conclu que le demandeur était « Binder Singh », né le 16 mai 1979, comme il l’avait déclaré initialement, et non « Ravinder Singh », né le même jour en 1981.

[15] S’agissant de la condamnation de 1998, le demandeur a été arrêté au New Jersey le 25 septembre de cette année-là pour [TRADUCTION] « contact sexuel criminel avec une personne mineure » et a été placé en détention dans un établissement pour mineurs. Comme il était censé être né en 1981, son dossier a été instruit comme s’il était mineur et il a été condamné à une peine de probation pour comportement obscène.

[16] Les documents indiquent que le demandeur avait déjà fait l’objet d’une mesure de renvoi des États-Unis et qu’il avait échappé à sa garde le 24 novembre 1998; il n’a été appréhendé que le 20 août 2007, après quoi il a été expulsé.

[17] La SPR a conclu qu’il existait de sérieuses raisons de penser que le demandeur avait commis un parjure en faisant croire au juge américain qui avait prononcé sa peine qu’il n’avait que 17 ans, d’après sa fausse DDN en 1981.

[18] La SPR a noté que, même s’il n’a pas explicitement reconnu que le demandeur devait être exclu au titre de la section Fb) de l’article premier [de la Convention], son conseil n’a pas vraiment répondu aux observations du ministre, sinon pour évoquer les facteurs aggravants et atténuants.

[19] The RPD found that the applicant admitted to the sexual offence against a child, aggravated by his false portrayal of himself as a minor when charged with this offence, constituted serious reasons for considering that he had committed a serious non-political crime outside the country of refuge. It thereby concluded that the applicant was excluded from refugee protection pursuant to section 98 of the Act.

[20] In addition to the exclusion ruling, the RPD found that the applicant had not provided sufficient credible or trustworthy evidence to support his allegations that he faces a serious possibility of harm amounting to persecution in India, or that on the balance of probabilities he would be personally subject to a risk to his life, cruel and unusual treatment or punishment, or danger of torture in India.

[21] Finally, the Board concluded that there was no credible basis for the applicant's protection claim pursuant to subsection 107(2) of the Act.

### III. Statutory Provisions

[22] The following provisions, which are relevant to these proceedings, are attached as an appendix to this decision: paragraph 72(2)(a), section 98, subsection 107(2), paragraphs 110(2)(c), 112(3)(b), (c) and 113(d) of the IRPA and paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*.

### IV. Issues

[23] The central issue is whether the Court has the jurisdiction to judicially review the RPD's decision, or whether it is barred from doing so by paragraph 72(2)(a) of the Act because the applicant has a right of appeal of the RPD decision to the RAD.

[24] The above issue raises the following sub-issues as presented by the applicant:

[19] La SPR a conclu que le demandeur avait admis l'infraction sexuelle commise contre un enfant, infraction aggravée par le fait qu'il s'est indûment fait passer pour un mineur lorsqu'il a été accusé, ce qui donnait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un grave crime de droit commun hors du pays d'asile. La SPR a donc conclu que le demandeur était exclu de la protection des réfugiés aux termes de l'article 98 de la Loi.

[20] En plus de la conclusion d'exclusion, la SPR a estimé que le demandeur n'avait pas fourni assez d'éléments crédibles ou dignes de foi pour étayer ses allégations suivant lesquelles il était exposé à un risque grave de préjudice équivalant à de la persécution en Inde ou que, selon la prépondérance des probabilités, il serait personnellement exposé à une menace à sa vie ou à un risque de torture ou de traitement ou peine cruels et inusités.

[21] Enfin, la Commission a conclu à l'absence de minimum de fondement de la demande d'asile du demandeur, conformément au paragraphe 107(2) de la Loi.

### III. Dispositions législatives

[22] Les dispositions suivantes, pertinentes en l'espèce, sont jointes en annexe à la présente décision : alinéas 72(2)a), 110(2)c), 112(3)b), 112(3)c) et 113d), paragraphe 107(2) et article 98 de la LIPR; alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

### IV. Questions à trancher

[23] La question centrale en l'espèce est de savoir si la Cour a compétence pour procéder au contrôle judiciaire de la décision de la SPR, ou si l'alinéa 72(2)a) de la Loi l'en empêche parce que le demandeur a le droit d'interjeter appel de la décision de la SPR devant la SAR.

[24] La question ci-dessus soulève les sous-questions suivantes, telles qu'elles sont formulées par le demandeur :

- |   |  |
|---|--|
| <p>(i) Did the Board err by ruling on the inclusion issues in a decision where it found the applicant was excluded, contrary to <i>Xie</i>?</p>   | <p>i) La Commission a-t-elle commis une erreur en se prononçant sur les facteurs d'inclusion alors qu'elle avait conclu que le demandeur était exclu, contrairement à ce que préconise l'arrêt <i>Xie</i>?</p>   |
| <p>(ii) As a corollary to the above issue, did the Board err</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) in not first ruling on the exclusion issue and, if excluding the applicant, nevertheless proceeding to rule on the inclusion issues; or alternatively</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) if it did not err in making both the exclusion and inclusion rulings, did it err in not stating that its inclusion ruling was made in the alternative for the practical purpose in accordance with the decision of <i>Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i>, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.) (<i>Gonzalez</i>) in order to avoid the necessity of a further hearing, should a court find that the exclusion had been wrongly invoked?</p> | <p>ii) Comme corollaire à la question précédente, la Commission a-t-elle commis une erreur :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) en ne se prononçant pas d'abord sur les facteurs d'exclusion et, après avoir exclu le demandeur, en statuant néanmoins sur les questions d'inclusion; ou subsidiairement,</p> <p style="padding-left: 20px;">b) si elle n'a pas commis d'erreur en rendant les ordonnances d'exclusion et d'inclusion, a-t-elle eu tort de ne pas préciser que sa décision d'inclusion était rendue à titre subsidiaire pour des raisons pratiques conformément à l'arrêt <i>Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i>, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.) (<i>Gonzalez</i>), afin d'échapper à l'obligation de tenir une autre audience, au cas où une cour de justice conclurait que l'exclusion avait été invoquée à tort?</p> |

[25] The RPD made no statement or finding on these issues.

[25] La SPR n'a formulé ni commentaires ni conclusions quant à ces questions.

#### V. Standard of Review

[26] The issue of the appropriate redress procedures under the IRPA from an RPD decision between an appeal to the RAD versus an application for judicial review, and other issues relating to the Court's jurisdiction, are subject to a correctness standard of review, particularly where no deference can be attributed to a decision of the RPD that did not consider these issues.

#### V. Norme de contrôle

[26] La question de savoir quel est le recours approprié au titre de la LIPR relativement à une décision de la SPR, un appel à la SAR ou une demande de contrôle judiciaire, et les autres questions concernant la compétence de la Cour, doivent être examinées suivant la norme de la décision correcte, d'autant qu'il ne convient de faire preuve d'aucune retenue à l'égard d'une décision de la SPR qui n'a pas abordé ces questions.

VI. AnalysisA. *Question 1: Did the Board err by ruling on the inclusion issues in a decision where it found the applicant was excluded, contrary to Xie?*

[27] In this part of the analysis, the Court accepts that *Gonzalez* represents good law as to permitting the RPD to pronounce decisions on both the exclusion and inclusion issues. However, it is not possible in the analysis dealing with the first substantive issue not to implicitly conclude that the RPD erred in not stating its inclusion rulings were in the alternative, to be considered only if the exclusion decision is overturned in the future. The issue of the requirement to state that the inclusion ruling is in the alternative, substantive in its effect, impacts the analysis of the other two issues as well.

[28] The applicant submits that the RPD did not have the jurisdiction to make the inclusion ruling. He argues that the *Xie* decision, and the many cases applying it, stand for the proposition that the RPD is first required to render its exclusion order before deciding the inclusion issues. If an exclusion order is made, this has the effect of rejecting the inclusion refugee protection application pursuant to subsection 112(3), including the NCB ruling, leaving only the exclusion ruling as the RPD's decision. Absent any NCB ruling, the applicant is entitled to appeal the RPD decision to the RAD. As a result, pursuant to paragraph 72(2)(a) of the Act, the Federal Court may not review the RPD decision because there exists a right of appeal to the RAD that has not been exhausted.

[29] The premise for the applicant's argument on both sub-issues stated above is that the exclusion decision has the effect of rejecting any inclusion decision of the RPD, because the exclusion decision excludes the claimant from any entitlement to a decision declaring him a protected refugee. Paragraphs 27 and 28 of the

VI. AnalyseA. *Question 1 : La Commission a-t-elle commis une erreur en se prononçant sur les questions d'inclusion alors qu'elle avait conclu que le demandeur était exclu, contrairement à ce que préconise l'arrêt Xie?*

[27] Dans cette partie de l'analyse, la Cour reconnaît que l'arrêt *Gonzalez* expose bien le droit en vertu duquel la SPR peut se prononcer à la fois sur les questions d'exclusion et d'inclusion. Cependant, il est impossible dans le cadre de l'analyse concernant la première question de fond de ne pas conclure implicitement que la SPR a commis une erreur en ne précisant pas que ses conclusions liées à l'inclusion étaient formulées à titre subsidiaire, et ne devaient être prises en compte que si la décision d'exclusion était subséquemment infirmée. La question de l'obligation de formuler une telle précision intéresse le fond, et l'analyse des deux autres questions.

[28] Le demandeur fait valoir que la SPR n'avait pas compétence pour rendre la décision d'inclusion. Il affirme que l'arrêt *Xie* et les nombreuses décisions dans lesquelles il a été appliqué appuient la proposition voulant que la SPR soit d'abord tenue de rendre son ordonnance d'exclusion avant de se prononcer sur les questions d'inclusion. Si une ordonnance d'exclusion est rendue, la demande d'asile faisant état de facteurs d'inclusion est rejetée conformément au paragraphe 112(3), y compris la décision portant AMF, en vertu de quoi la décision de la SPR se résume à la décision d'exclusion. En l'absence de décision portant AMF, le demandeur a le droit d'interjeter appel de la décision de la SPR devant la SAR. Par conséquent, la Cour fédérale ne peut pas procéder au contrôle judiciaire de la décision de la SPR au titre de l'alinéa 72(2)a) de la Loi, puisqu'il existe un droit d'appel devant la SAR qui n'a pas été exercé.

[29] L'argument du demandeur relativement aux deux sous-questions susmentionnées repose sur la prémisse voulant que la décision d'exclusion entraîne le rejet de toute décision d'inclusion de la SPR, puisque la décision d'exclusion prive le demandeur de tout droit à un jugement lui octroyant le droit d'asile. Les paragraphes 27



applicant's submissions describe the logic underlying his position, which relates to the competing jurisdictions that could rule on the protection issues if the RPD is allowed to make the inclusion ruling, as follows:

The IRB and the Minister are each responsible for separate and specific classes of individuals who are asserting risk. The separate grants of jurisdiction in this matter are water-tight and mutually exclusive. To choose but one example, the IRB cannot hear a claim for protection from someone who is subject to a removal order (IRPA, s. 99(3)) whereas the Minister on a PRRA can only hear an application for protection from someone who is subject to a removal order (IRPA, s.112(1)).

Through s. 98 and 112(2)(b.1) of the IRPA, Parliament has made clear that one such cleavage that divides the jurisdiction of the IRB and the Minister is exclusion under Article 1F(b) of the *Refugee Convention*. Section 98 of the IRPA strips the IRB of the jurisdiction to grant protection to a person who is excludable under this Article; this is true no matter how compelling or deserving their claim may be. At the same time, s. 112(2)(b.1) of the IRPA grants the Minister the jurisdiction to consider those same claims for protection at first instance on the PRRA. Indeed, Parliament has even exempted persons excluded by the IRB under Article 1F(b) from the one-year PRRA bar, reinforcing the understanding that such claims should always have been heard at first instance by the Minister and not by the IRB:

[30] As noted, the applicant relies upon the Federal Court of Appeal decision in *Xie*, and the cases that have subsequently applied it. The relevant passages from Justice Pelletier's decision in *Xie*, at paragraphs 36 to 38 are as follows, with my emphasis:

In my view, both questions treat the application of the exclusion as being tantamount to a final removal decision. As the review of the statutory scheme has shown, the purpose of the exclusion is not to remove claimants from Canada. It is to exclude them from refugee protection. Claimants who are excluded under section 98 continue to have the right to seek protection under section 112.

et 28 des observations du demandeur décrivent la logique qui sous-tend sa position, qui renvoie aux compétences concurrentes dont pourraient relever les questions de protection si la SPR était autorisée à rendre une décision d'inclusion :

La CISR et le ministre sont chacun responsables de catégories spécifiques et distinctes d'individus invoquant un risque. Les domaines distincts de compétence à cet égard sont hermétiques et mutuellement exclusifs. Pour ne citer qu'un exemple, la CISR ne peut instruire la demande de protection d'un individu visé par une mesure de renvoi (par. 99(3) de la LIPR) alors que le ministre saisi d'un ERAR ne peut instruire que la demande de protection de l'individu visé par une mesure de renvoi (par. 112(1) de la LIPR).

Le législateur a clairement indiqué, par l'art. 98 et l'al. 112(2)(b.1) de la LIPR, que l'exclusion au titre de la section Fb) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés* opère une telle division entre la compétence de la CISR et celle du ministre. L'article 98 de la LIPR prive la CISR de la compétence d'accorder une protection à quiconque est exclu au titre de cette disposition, aussi convaincante ou méritoire que puisse être sa demande. En même temps, l'alinéa 112(2)(b.1) de la LIPR accorde au ministre le pouvoir d'examiner cette même demande de protection en première instance dans le cadre de l'ERAR. Le législateur a même dispensé les personnes exclues par la CISR aux termes de la section Fb) de l'article premier de l'interdiction d'ERAR d'une durée d'un an, ce qui confirme l'idée que ces demandes doivent toujours être instruites en première instance par le ministre et non par la CISR [...]

[30] Comme je l'ai mentionné, le demandeur cite l'arrêt *Xie* de la Cour d'appel fédérale et les décisions dans lesquelles cet arrêt est ensuite appliqué. Les extraits pertinents de la décision du juge Pelletier (aux paragraphes 36 à 38) dans l'affaire *Xie* sont les suivants (c'est moi qui souligne) :

À mon avis, ces deux questions reposent sur la prémisse que l'application de l'exclusion équivaut à une décision définitive de renvoi. Ainsi que notre examen de l'économie de la Loi l'a démontré, l'exclusion n'a pas pour objet d'expulser des demandeurs du Canada. Elle vise à les empêcher de bénéficier du droit d'asile. Les demandeurs qui sont exclus en vertu de l'article 98 conservent leur droit de revendiquer la protection prévue à l'article 112.

If successful, the appellant's arguments on the issue of balancing, both as to the type of offence which gives rise to the application of the exclusion, and the risk of torture upon return, would remove excluded claimants from the PRRA stream by giving the Refugee Protection Division the discretion to decide the questions which the Act has specifically reserved to the Minister. The grounds upon which a person may claim to be a person in need of protection before the Refugee Protection Division are the same grounds upon which an excluded claimant may apply to the Minister for protection. The only difference is that the Minister may have regard to whether the granting of protection to such a person would pose a risk to the public or would endanger the security of Canada, considerations which are not open to the Refugee Protection Division. From the point of view of statutory interpretation, there is no reason to believe that decisions which are reserved to the Minister should be somehow given to the Refugee Protection Division because there is a risk of torture.

This leads to the question as to whether the decision of the Supreme Court in *Suresh* requires a different reading of the statute. I might point out that the issue of *Suresh* only arises at this point because the Board, having found that the exclusion applied, went on to consider whether the applicant was at risk of torture upon her return to China. In my view, the Board exceeded its mandate when it decided to deal with the appellant's risk of torture upon return with the result that the Minister is not bound by that finding. Once the Board found that the exclusion applied, it had done everything that it was required to do, and there was nothing more it could do, for the appellant. The appellant was now excluded from refugee protection, a matter within the Board's competence, and was limited to applying for protection, a matter within the Minister's jurisdiction. The Board's conclusions as to the appellant's risk of torture were gratuitous and were an infringement upon the Minister's responsibilities.

[31] The *Xie* decision has been applied on innumerable occasions. Madam Justice Layden-Stevenson in *Han v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 432 (*Han*) applied the *Xie* decision at paragraph 40 of the decision [*Han*] as requiring the RPD to "decide the issue regarding a claimant's exclusion, from refugee protection, before dealing with the merits of the claim.

S'ils sont retenus, les arguments formulés par l'appelante sur la question de la pondération, tant en ce qui concerne le type d'infraction qui donne lieu à l'application de l'exclusion qu'en ce qui a trait au risque de torture en cas de retour au pays d'origine, auraient pour effet de soustraire les demandeurs au volet ERAR en conférant à la Section de la protection des réfugiés le pouvoir discrétionnaire de trancher des questions que la Loi a expressément réservées au ministre. Les motifs que peut invoquer une personne pour se voir reconnaître la qualité de personne à protéger par la Section de la protection des réfugiés sont les mêmes que ceux que peut faire valoir le demandeur débouté qui présente une demande de protection au ministre. La seule différence est que le ministre peut tenir compte de la question de savoir si l'octroi de la protection à l'intéressé constituerait un danger pour le public ou mettrait en danger la sécurité du Canada. Ce sont là des facteurs dont la Section de la protection des réfugiés ne tient pas compte. Du point de vue de l'interprétation des lois, il n'y a aucune raison de croire que les décisions que seul le ministre peut prendre devraient pour une raison ou pour une autre être déferées à la Section de la protection des réfugiés dès lors qu'il existe un risque de torture.

Ce qui nous amène à la question de savoir si l'arrêt *Suresh* exige une interprétation différente de la Loi. Je tiens à souligner que la question relative à l'arrêt *Suresh* ne se pose qu'à ce moment-ci parce qu'ayant conclu que l'exclusion s'appliquait, la Commission s'est ensuite demandée si la demanderesse risquait d'être torturée si elle devait retourner en Chine. À mon avis, la Commission a outrepassé son mandat en décidant de se prononcer sur les risques de torture auxquels serait exposée l'appelante en cas de retour en Chine, et j'estime que le ministre n'est pas lié par cette conclusion. Dès lors qu'elle avait conclu que l'exclusion s'appliquait, la Commission avait fait tout ce qu'elle devait faire pour l'appelante et elle ne pouvait rien faire de plus pour elle. L'appelante était dès lors exclue du droit à l'asile, une question qui relevait de la compétence de la Commission, et son seul recours était de présenter une demande de protection, une question qui ressortissait au ministre. Les conclusions de la Commission au sujet des risques de torture de l'appelante étaient gratuites et constituaient un empiètement sur les attributions du ministre.

[31] L'arrêt *Xie* a été appliqué à d'innombrables occasions. Dans la décision *Han c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 432 (*Han*), au paragraphe 40 de sa décision, la juge Layden-Stevenson a interprété cet arrêt comme obligeant la SPR à « trancher la question de l'exclusion d'un demandeur du statut de réfugié avant de traiter du bien-fondé de sa demande.

Once the Board finds that a claimant is excluded from refugee protection, there is nothing more that it can or should do.” Similarly in the decisions of *Muchai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 944, 65 Imm. L.R. (3d) 149 (*Muchai*), at paragraph 12; and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Cadovski*, 2006 FC 364 (*Cadovski*), at paragraphs 1 and 2, Justices Hughes and O’Reilly found that once the Board finds that the applicant is excluded it should not proceed to deal with the inclusion issues. On the basis of *Xie* and these decisions, the Court is entitled to allow the application at this point, but to do so would not do justice to the respondent’s submissions.

[32] The respondent seeks to distinguish *Xie* and the line of cases applying it on the basis that in those cases it was the Minister who was defending his jurisdiction to determine the protection issue under paragraph 113(d). In this matter, the Minister is not concerned about any encroachment on his jurisdiction to decide the protection. Rather, as the Court understands it, the Minister seeks to rely upon the inclusion order, and in particular the NCB ruling, to provide jurisdiction for the Federal Court to judicially review the RPD’s exclusion order. If the Court assumes jurisdiction and does not set aside the RPD decision, the matter can proceed to the protection assessment before the Minister’s delegate, without the necessity of the exclusion ruling being appealed to the RAD. The Minister’s purpose therefore, appears to be to achieve a degree of judicial economy in avoiding unnecessary procedures.

[33] The Court obviously is sympathetic to any argument intended to achieve judicial economy. However, I do not find that his submission avoids the conundrum raised by the Minister of placing his PRRA [pre-removal risk assessment] officer (the officer) in the delicate and potentially embarrassing situation of being forced to render the same or a different decision on the applicability of section 97, as was rendered by the RPD on the same provision.

[34] If the officer makes the same decision, there will be concerns that the RPD’s decision is simply being

Une fois que la Commission conclut qu’un demandeur est exclu de la protection accordée aux réfugiés, elle ne peut et ne doit rien faire de plus ». De même, dans les décisions *Muchai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 944 (*Muchai*), au paragraphe 12, et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Cadovski*, 2006 CF 364 (*Cadovski*), aux paragraphes 1 et 2, les juges Hughes et O’Reilly ont dit que, dès lors qu’elle conclut que le demandeur est exclu, la Commission ne doit pas aborder les questions concernant l’inclusion. Compte tenu de l’arrêt *Xie* et de ces décisions, la Cour peut faire droit à la demande sur ce point, mais une telle décision ne rendrait pas justice aux observations du défendeur.

[32] Le défendeur tente d’établir une distinction entre la présente espèce et l’arrêt *Xie* et le courant jurisprudentiel qui s’y rattache au motif que dans ces décisions, c’était le ministre qui défendait sa compétence de statuer sur la question de la protection au titre de l’alinéa 113d). En l’espèce, le ministre ne craint pas d’empiétement sur sa compétence en cette matière. D’après ce que comprend la Cour, le ministre cherche plutôt à invoquer l’ordonnance d’inclusion, et en particulier la décision portant AMF, pour conférer à la Cour fédérale la compétence de procéder au contrôle judiciaire de l’ordonnance d’exclusion de la SPR. Si la Cour exerce cette compétence et n’infirmé pas la décision de la SPR, l’affaire peut être déferée au délégué du ministre pour qu’il examine la question de la protection, sans qu’il soit nécessaire d’interjeter appel de la décision d’exclusion devant la SAR. Le ministre paraît donc vouloir favoriser l’économie des ressources judiciaires en évitant des procédures futiles.

[33] La Cour voit évidemment d’un bon œil tout argument visant à favoriser l’économie des ressources judiciaires. Cependant, je ne pense pas que cette observation permette d’éviter le problème qui surviendrait si le ministre plaçait son agent d’ERAR [examen des risques avant renvoi] (l’agent) dans la situation délicate et potentiellement embarrassante d’avoir à rendre une décision identique ou différente quant à l’applicabilité de l’article 97, au regard de celle de la SPR.

[34] Si l’agent rend la même décision, certains craindront que la décision de la SPR soit simplement mise en

applied. Of greater potential embarrassment would be a contradictory decision by the officer, resulting in two decisions on generally the same facts and same legal standard with different outcomes. In either case, these are the type of situations that the *Xie* decision is intended to avoid by acknowledging the exclusive jurisdiction of the Minister's delegate to decide the protection issue by force of preventing the RPD from making any inclusion ruling when it finds the claimant is excluded.

[35] The requirement to decide the exclusion issue in priority over the refugee protection issue is also implicitly supported by other provisions of the Act. The applicant points out above in the passage cited from his memorandum that Parliament exempted persons excluded by the Immigration and Refugee Board (I.R.B.) under Article 1F(b) [of the Refugee Convention] from the one-year PRRA bar, reinforcing the understanding that such claims should always have been heard at first instance by the Minister and not by the I.R.B.

[36] It is also significant that an applicant who may eventually be removed as the result of an exclusion decision is subject to a deportation order which obliges the applicant to obtain a written authorization in order to return to Canada once removed (Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227], subsection 226(1)). An unsuccessful refugee claimant is normally subject to an exclusion order, which only requires an authorization to return during the one year after the order was enforced (Regulations, subsection 225(1)). There is a rationale therefore, not to engage in issues of refugee protection before the RPD pursuant to sections 96 and 97, when the Act establishes that the Minister should decide the subsequent protection issue measured against differently constituted factors and more serious consequences for the applicant.

[37] As I further understand the respondent's argument, the *Xie* decision did not preclude any alternative determination on inclusion once an applicant has been determined to be excluded. The Minister also states that the Court in *Xie* did not comment on the timing or order

application. Une décision contradictoire serait autrement plus embarrassante et aboutirait à deux décisions intéressant globalement les mêmes faits et la même norme juridique, mais dont les issues seraient différentes. Dans un cas comme dans l'autre, c'est le type de situations que l'arrêt *Xie* cherchait à éviter en reconnaissant la compétence exclusive du délégué du ministre de statuer sur la question de la protection et en empêchant du coup la SPR de rendre toute décision d'inclusion lorsqu'elle conclut que le demandeur d'asile est exclu.

[35] L'obligation de statuer prioritairement sur la question de l'exclusion par rapport à celle du droit d'asile est d'ailleurs implicitement étayée par d'autres dispositions de la Loi. Le demandeur fait remarquer plus haut dans l'extrait de son mémoire que le législateur a dispensé certaines personnes exclues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (C.I.S.R.) au titre de la section Fb) de l'article premier [de la Convention sur les réfugiés] de l'interdiction d'un an relative à l'ERAR, ce qui confirme que de telles demandes devaient toujours être instruites en première instance par le ministre et non la C.I.S.R.

[36] Il est également significatif que le demandeur susceptible d'être un jour renvoyé à cause d'une décision d'exclusion soit visé par une mesure d'expulsion qui l'oblige à obtenir une autorisation écrite s'il veut revenir au Canada après son renvoi (paragraphe 226(1) du Règlement [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227]). Le demandeur d'asile débouté est normalement visé par une mesure d'exclusion, qui ne rend nécessaire l'autorisation de retour que durant l'année qui suit son exécution (paragraphe 225(1) du Règlement). Il existe donc une raison logique pour ne pas aborder les questions de protection des réfugiés devant la SPR au titre des articles 96 et 97 lorsque la Loi établit que le ministre doit statuer sur la question ultérieure de la protection au regard de facteurs d'un autre ordre et de conséquences plus graves pour le demandeur.

[37] Si je comprends bien l'argument du défendeur, l'arrêt *Xie* n'interdisait pas de rendre une décision subsidiaire quant à l'inclusion une fois que l'exclusion a été prononcée contre le demandeur. Le ministre ajoute que dans l'arrêt *Xie*, la Cour n'a pas précisé quand et dans

of the inclusion and exclusion decisions relative to each other. Additionally, the Minister submits that the Federal Court of Appeal has endorsed the practice of the RPD considering issues of inclusion, as well as exclusion in the claim, referring to *Gonzalez* in support of this argument.

[38] In *Gonzalez*, the Court concluded that the Board could proceed after arriving at an exclusion decision to decide the inclusion issues for the practical purpose of avoiding the necessity of having the matter referred back for yet another full hearing, should the court find that the exclusion had been wrongly invoked. Justice Mahoney stated as follows [at page 657]:

I find nothing in the Act that would permit the Refugee Division to weigh the severity of potential persecution against the gravity of the conduct which has led it to conclude that what was done was an Article 1F(a) crime. The exclusion of Article 1F(a) is, by statute, integral to the definition. Whatever merit there might otherwise be to the claim, if the exclusion applies, the claimant simply cannot be a Convention refugee.

In my opinion, there is no error in law in either approach but there is a practical reason for the Refugee Division to deal with all elements of a claim in its decision. If it were to hold without reviewable error that, but for the exclusion, a claim was not well-founded, it would not be necessary, as it was in Moreno, for the matter to be referred back for yet another full hearing should a court find that the exclusion had been wrongly invoked. On the other hand, if it were to hold, as it did in *Ramirez* and *Sivakumar*, that the claim was well-founded but for application of the exclusion and, unlike those cases, it were found on appeal to have erred in applying it, this Court could make the necessary declaration without requiring the Refugee Division to deal with it again. Taxpayers might appreciate the economies of that approach. [Emphasis added.]

[39] The *Gonzalez* decision must be interpreted in its legislative context. At the time in question there was no legislation providing for a consideration of a claimant's protection needs after being found excluded from

quel ordre les décisions d'inclusion et d'exclusion devaient être rendues. De plus, le ministre fait valoir que la Cour d'appel fédérale a entériné la pratique de la SPR consistant à examiner les questions d'inclusion et d'exclusion dans le cadre de la demande d'asile, et cite l'arrêt *Gonzalez* à l'appui de cet argument.

[38] Dans l'arrêt *Gonzalez*, la Cour d'appel a conclu que la Commission pouvait rendre une décision d'exclusion puis entreprendre de trancher les questions d'inclusion aux fins pratiques d'éviter d'avoir à renvoyer l'affaire en vue d'une autre audition complète, si la cour devait conclure que l'exclusion avait été invoquée à tort. Le juge Mahoney a déclaré ce qui suit [aux pages 657 et 658] :

À mon avis, rien dans la Loi ne permet à la section du statut de réfugié d'apprécier la sévérité de la persécution potentielle au regard de la gravité de la conduite qui l'a amenée à conclure qu'il s'agissait d'un crime visé par la section Fa) de l'article premier. L'exclusion de la section Fa) de l'article premier fait, en vertu de la loi, partie intégrante de la définition. Quel que soit par ailleurs le bien-fondé de sa revendication, le demandeur ne peut aucunement être un réfugié au sens de la Convention si l'exclusion s'applique.

À mon avis, l'une ou l'autre voie est exempte d'erreur de droit mais il serait souhaitable, pour des raisons pratiques, que la section du statut de réfugié traite dans sa décision de tous les éléments d'une revendication. Si, en l'absence d'erreur susceptible d'examen, elle devait décider que, n'eût été l'exclusion, la revendication était mal fondée, il ne serait pas nécessaire, contrairement à ce qui s'est passé dans l'arrêt Moreno, de renvoyer l'affaire pour une nouvelle audition dans le cas où le tribunal conclurait que l'exclusion a été invoquée à tort. Par contre, si elle devait décider, comme dans les arrêts *Ramirez* et *Sivakumar*, que la revendication aurait été bien fondée n'eût été l'application de la clause d'exclusion mais qu'à la différence de ces arrêts, il était jugé en appel que la section avait commis une erreur en appliquant cette clause, le tribunal ferait alors la déclaration nécessaire mais sans exiger que la section du statut se saisisse à nouveau de l'affaire. Les contribuables apprécieraient peut-être l'économie ainsi réalisée. [Non souligné dans l'original.]

[39] L'arrêt *Gonzalez* doit être interprété dans son contexte législatif. À l'époque, aucune disposition de la loi ne prévoyait la prise en compte des besoins de protection d'un demandeur d'asile qui aurait été exclu de la

refugee protection. That is clear from the emphasized sentence in the second paragraph of the decision cited above. In fact, the Court expressed the opinion that there ought to be a consideration of the applicant's protection needs to be balanced against the reasons for exclusion, stating as follows [at page 656]:

Article 1F excludes 'persons', rather than 'refugees' from the benefits of the Convention, suggesting that the issue of a well-founded fear of persecution is irrelevant and need not be examined at all if there are 'serious reasons for considering' that an individual comes within its terms. In practice, the claim to be a refugee can rarely be ignored, for a balance must also be struck between the nature of the offence presumed to have been committed and the degree of persecution feared. A person with a well-founded fear of very severe persecution, such as would endanger life or freedom, should only be excluded for the most serious reasons. If the persecution feared is less, then the nature of the crime or crimes in question must be assessed to see whether criminal character in fact outweighs the applicant's character as a bona fide refugee. [Emphasis added.]

[40] It was probably comments such as this by Justice Mahoney that led to the additional consideration of the excluded claimant's protection needs as is found in section 113 of the Act.

[41] Accordingly *Gonzalez*, assuming it is correct, can only have application to the propriety of the RPD considering and making rulings on both the exclusion and inclusion issues on the basis of achieving judicial economy. But otherwise, I agree with the applicant that the case can only be reconciled with *Xie* (which came after it), if it is interpreted so as not to interfere with the principle that the exclusion decision precludes any effective application or recourse to the inclusion decisions until after the exclusion decision is set aside.

[42] This is because at the time the exclusion decision is rendered by the RPD, the protection claim is rejected (subsection 112(3)). More importantly, it cannot have any effect or impact on the protection issue, because otherwise, it would encroach on the Minister's exclusive

protection accordée aux réfugiés. La phrase soulignée dans le deuxième paragraphe de la décision précitée le montre clairement. En fait, la Cour d'appel a indiqué qu'il fallait pondérer les besoins de protection du demandeur avec les motifs de l'exclusion; elle a déclaré [à la page 656] :

[TRADUCTION] L'article 1F exclut les « personnes » et non les « réfugiés » de la protection de la Convention, laissant ainsi croire que la question du bien-fondé de la crainte de persécution n'est pas pertinente et qu'il n'y a pas lieu de l'examiner s'il existe des « raisons sérieuses de penser » qu'un individu est visé par ces dispositions. En pratique, il peut rarement ne pas être tenu compte de la revendication du statut de réfugié car il faut aussi établir une pondération entre la nature de l'infraction reprochée et le degré de persécution appréhendée. La personne qui craint avec raison de subir des persécutions de nature à mettre sa vie ou sa liberté en danger ne devrait être exclue que pour des motifs très sérieux. Si le degré de persécution appréhendée est moindre, la nature du ou des crimes en cause doit être appréciée pour voir si, de fait, la moralité criminelle du requérant empêche de le considérer comme un réfugié de bonne foi. [Non souligné dans l'original.]

[40] Ce sont probablement des commentaires comme ceux du juge Mahoney dans cette affaire qui ont amené à prendre également en compte les besoins de protection des demandeurs d'asile exclus, tel que le prévoit l'article 113 de la Loi.

[41] Par conséquent, l'arrêt *Gonzalez*, à supposer qu'il soit juste, ne peut s'appliquer qu'à la question de savoir si la SPR pouvait à bon droit examiner et trancher les questions d'exclusion comme d'inclusion en vue d'économiser les ressources judiciaires. Autrement, je conviens avec le demandeur que cet arrêt ne peut être concilié avec l'arrêt *Xie* (qui lui est postérieur) que s'il est interprété de manière à ne pas revenir sur le principe suivant lequel la décision d'exclusion empêche tout recours ou demande efficace à l'égard des décisions d'inclusion tant que la conclusion d'exclusion n'a pas été infirmée.

[42] Cela s'explique par le fait qu'au moment où la SPR rend la décision d'exclusion, la demande de protection est rejetée (paragraphe 112(3)). Qui plus est, cette décision ne peut avoir ni effet ni incidence sur la question de la protection, sans quoi il y aurait empiètement

authority to determine the protection issue under paragraph 113(d), which specifically is not permitted by *Xie*.

[43] What this means is that the NCB ruling, accepting for the purposes of argument that the RPD can make an inclusion ruling in the same case as it makes an exclusion ruling for expediency reasons outlined in *Gonzalez*, can similarly only have a future effect, conditional upon the exclusion decision somehow being set aside. But the correct redress route (i.e. an appeal to the RAD or a JRA to the Federal Court), must be determined on the basis of the conclusions of the RPD, not on the possibility that the exclusion ruling may be overturned on a judicial review application in the future.

[44] At the conclusion of the RPD hearing, the NCB ruling—which is the only component of the inclusion ruling that is relevant to this matter—cannot have any effect because as part of the refugee protection claim it has been rejected by the exclusion order (paragraph 112(3)(c): “a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention”) (emphasis added).

[45] To stress the point, the NCB declaration is not a free-standing ruling. It is only relevant to the inclusion claim. It can only be made as an addendum to a rejected inclusion claim for refugee protection under subsections 107(1) and (2), as set out below. I emphasize the word “claim” in these provisions as it limits an NCB ruling to a refugee protection claim:

#### Decision

**107 (1)** The Refugee Protection Division shall accept a claim for refugee protection if it determines that the claimant is a Convention refugee or person in need of protection, and shall otherwise reject the claim.

#### No credible basis

(2) If the Refugee Protection Division is of the opinion, in rejecting a claim, that there was no credible or trustworthy evidence on which it could have made a favourable

sur le pouvoir exclusif du ministre de statuer sur la protection au titre de l’alinéa 113d), ce qu’interdit spécifiquement l’arrêt *Xie*.

[43] Cela signifie que la décision portant AMF — en admettant aux fins de la discussion que la SPR puisse dans une même affaire rendre une décision d’inclusion et d’exclusion pour les raisons de commodité énoncées dans l’arrêt *Gonzalez* — peut aussi bien n’avoir qu’un effet futur, à condition que la décision d’exclusion soit infirmée d’une manière ou d’une autre. Mais le bon recours (c.-à-d. un appel devant la SAR ou une DCJ devant la Cour fédérale) doit être déterminé sur la base des conclusions de la SPR et non de l’éventualité que la décision d’exclusion soit annulée dans le cadre d’une future DCJ.

[44] Au terme de l’audience qui s’est déroulée devant la SPR, la décision portant AMF — la seule composante de la décision d’inclusion qui soit pertinente en l’espèce — ne peut avoir le moindre effet puisqu’elle a été rejetée par l’ordonnance d’exclusion dans le contexte de la demande d’asile (alinéa 112(3)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 ») (non souligné dans l’original).

[45] Je tiens à souligner que la décision portant AMF n’est pas une décision indépendante. Elle n’est pertinente qu’au regard de la demande d’inclusion et ne peut être rendue qu’à titre complémentaire à l’égard d’une demande d’asile faisant état de facteurs d’inclusion, et ayant été rejetée aux termes des paragraphes 107(1) et (2), reproduits ci-après. Je souligne le mot « demande » dans ces dispositions puisqu’il restreint la portée des décisions portant AMF aux demandes d’asile :

#### Décision

**107 (1)** La Section de la protection des réfugiés accepte ou rejette la demande d’asile selon que le demandeur a ou non la qualité de réfugié ou de personne à protéger.

#### Preuve

(2) Si elle estime, en cas de rejet, qu’il n’a été présenté aucun élément de preuve crédible ou digne de foi sur lequel elle aurait pu fonder une décision favorable, la

decision, it shall state in its reasons for the decision that there is no credible basis for the claim. [Emphasis added.]

[46] An NCB ruling therefore, has no relevance to the exclusion ruling, and at best is only pending in the contingent outcome of the exclusion order being set aside sometime in the future. It cannot be relied upon as a basis for denying the applicant his right of appeal of the exclusion ruling to the RAD.

[47] In light of my reasoning above, I am satisfied that the inclusion rulings of the RPD and in particular its NCB conclusion, cannot be used as a ground to prevent the appeal of the RPD's decision to the RAD. I find that the Board erred in ruling on the inclusion issue without indicating that it was in the alternative of a future rejection of the exclusion order.

B. *Question 2: Did the Board err?*

- (1) in not first ruling on the exclusion issue and, if excluding the applicant, nevertheless proceeding to rule on the inclusion issues; or alternatively
- (2) if it did not err in making both the exclusion and inclusion rulings, did it err in not stating that its inclusive ruling was made in the alternative for the practical purpose in accordance with the decision of *Gonzalez* in order to avoid the necessity of a further hearing, should a court find that the exclusion had been wrongly invoked?

[48] I have already indicated that insofar as *Gonzalez* has application, it must be stated clearly by the RPD in its reasons, where it has made an exclusion ruling in addition to an inclusion ruling, that the inclusion ruling has no effect unless the exclusion ruling is set aside, because its decision excludes the applicant from refugee

section doit faire état dans sa décision de l'absence de minimum de fondement de la demande. [Non souligné dans l'original.]

[46] Par conséquent, les décisions portant AMF n'ont aucune pertinence pour les décisions d'exclusion et, dans le meilleur des cas, restent provisoires dans l'éventualité où l'ordonnance d'exclusion serait infirmée à l'avenir. Elles ne peuvent être invoquées pour refuser au demandeur le droit d'interjeter appel de la décision d'exclusion devant la SAR.

[47] Compte tenu de mon raisonnement ci-dessus, je suis convaincu que les décisions d'inclusion de la SPR, et en particulier la décision portant AMF, ne peuvent être invoquées pour empêcher de porter la décision de la SPR en appel devant la SAR. Je conclus que la Commission a commis une erreur en statuant sur la question de l'inclusion sans indiquer qu'elle le faisait à titre subsidiaire en cas de rejet futur de l'ordonnance d'exclusion.

B. *Question 2 : la Commission a-t-elle commis une erreur?*

- 1) en ne se prononçant pas d'abord sur la question d'exclusion et, après avoir exclu le demandeur, en statuant néanmoins sur les questions d'inclusion; ou subsidiairement,
- 2) si elle n'a pas commis d'erreur en rendant les ordonnances d'exclusion et d'inclusion, a-t-elle eu tort de ne pas préciser que sa décision d'inclusion était rendue à titre subsidiaire pour des raisons pratiques conformément à l'arrêt *Gonzalez*, afin d'échapper à l'obligation de tenir une autre audience, au cas où une cour de justice conclurait que l'exclusion avait été invoquée à tort?

[48] J'ai déjà indiqué que, pour autant que l'arrêt *Gonzalez* s'applique, la SPR doit clairement indiquer dans ses motifs, si elle s'est prononcée sur les facteurs d'exclusion et d'inclusion, que la décision d'inclusion n'a aucun effet à moins que la décision d'exclusion ne soit annulée, attendu que celle-ci exclut le demandeur



protection. Otherwise, it would be in conflict with the principles underlying the *Xie* decision.

[49] I think the more pertinent question is whether in the face of *Xie*, the RPD can make any inclusion ruling at all, even with the disclaimer of “not to be effective before the exclusion decision is set aside”. I agree with the applicant’s submissions that an appeal to the RAD is to be favoured because it provides a broader and more exhaustive reconsideration than is offered by the JRA. Particularly, there is an opportunity to introduce new evidence before the RAD. The appeal to the RAD is also conducted as a limited *de novo* review. This generally affords more scope to review the RPD’s decision than is available by way of a JRA applying a deferential reasonableness standard. The judicial review track therefore, prevents the applicant from accessing redress mechanisms that will better protect his rights.

[50] Support for the RPD making an inclusion ruling in the face of a decision excluding the claimant from refugee protection on the basis of it being “practical” and providing “judicial economy” is found in a number of cases: *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377, at paragraphs 109 and 110; *Rathinasingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 988, 298 F.T.R. 236, at paragraph 48; *Alemu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 997, 257 F.T.R. 52, at paragraph 42; *Zoya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 197 F.T.R. 236, 2000 CanLII 16634 (F.C.T.D.), at paragraphs 12–14; *Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 432 (T.D.); *Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 525 (T.D.), at page 542; and *Cordon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 146 F.T.R. 230, 1998 CanLII 7746 (F.C.T.D.).

[51] I disagree with these decisions. I conclude that the decisions cited above of *Han*, *Muchai* and *Cadovski* properly reflect the *ratio* of the Federal Court of Appeal in *Xie*. It is recalled that those cases require the RPD to first decide the exclusion issue, before dealing with the protection claim, and that if the claimant is excluded

de la protection accordée aux réfugiés. Elle contreviendrait autrement aux principes qui sous-tendent l’arrêt *Xie*.

[49] Je pense qu’il est plus pertinent de se demander si, compte tenu de cet arrêt, la SPR peut tirer une conclusion d’inclusion, même si elle précise que cette conclusion [TRADUCTION] « sera sans effet tant que la décision d’exclusion n’est pas annulée ». Je souscris aux observations du demandeur voulant qu’il faille favoriser un appel devant la SAR puisqu’il permet un réexamen plus large et plus exhaustif que ne le fait une DCJ. En particulier, il est possible de présenter de nouveaux éléments de preuve devant la SAR, laquelle instruit l’appel sous la forme d’un examen *de novo* restreint. Le réexamen de la décision de la SPR offre ainsi plus de souplesse qu’une DCJ, qui suppose l’application de la norme de la raisonnable. La voie du contrôle judiciaire priverait donc le demandeur de recours qui protégeraient mieux ses droits.

[50] Un certain nombre de décisions sont favorables à ce que la SPR se prononce sur les facteurs d’inclusion dans la foulée d’une décision portant exclusion du demandeur d’asile, pour des raisons « pratiques » et d’« économie judiciaire » : *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377, aux paragraphes 109 et 110; *Rathinasingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 988, au paragraphe 48; *Alemu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 997, au paragraphe 42; *Zoya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 16634 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 12 à 14; *Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 C.F. 432 (1<sup>re</sup> inst.); *Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 4 C.F. 525 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 542; et *Cordon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 7746 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[51] Je ne souscris pas à ces décisions. Je conclus que les décisions *Han*, *Muchai* et *Cadovski*, précitées, illustrent fidèlement le raisonnement tenu par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Xie*. Je rappelle que ces décisions obligent la SPR à trancher d’abord la question de l’exclusion avant d’examiner la demande d’asile, et

from refugee protection, there is nothing more that the RPD can or should do.

[52] The *Han* line of cases are consistent with the premise underlying *Xie* that the scheme of the IRPA is to ensure that two decision makers cannot make incompatible or the same ruling, in the alternative or otherwise, on the same issue on the same facts. Once the claimant is excluded or inadmissible, the Act stipulates that the Minister alone should decide whether the claimant is in need of protection.

[53] While I am in complete agreement with the need for more “judicial economy”, it just does not seem to be a relevant consideration in matters relating to exclusions and inadmissibility of foreign nationals. Parliament has chosen not to adhere to the big-tent, single decision maker model to decide all relevant issues, in the alternative where practical to do so, relating to a person’s right to remain in Canada, such as is found in labour or other civil jurisdictions. Instead, this field abounds with a multiplicity of similarly endowed decision makers, rendering essentially many of the same decisions, but in mutually exclusive jurisdictions, as in this case, leading to excessive judicial reviews with all the attendant delays, and costs that this scheme entails. That is Parliament’s choice. It is not for the courts to introduce “judicial economy” in the procedures to be followed where the Act eschews it.

## VII. Conclusion

[54] On the basis of the foregoing, I conclude that the Board erred by ruling on the inclusion issues after it found the applicant was excluded. The Board similarly exceeded its jurisdiction by conducting an inclusion determination in the alternative on any basis, including that for the purpose of judicial economy.

[55] In reliance upon the decision of Madam Justice Tremblay-Lamer in *Pembina Institute for Appropriate*

si le demandeur d’asile est exclu de la protection des réfugiés, la SPR ne peut et ne doit rien faire d’autre.

[52] Le courant jurisprudentiel découlant de la décision *Han* respecte la prémisse qui sous-tend l’arrêt *Xie* et suivant laquelle le régime de la LIPR vise à ce que deux décideurs ne puissent rendre des décisions incompatibles ou identiques, de manière subsidiaire ou autre, relativement à la même question et aux mêmes faits. Une fois le demandeur d’asile exclu ou déclaré interdit de territoire, la Loi prévoit que le ministre seul doit décider s’il a besoin de protection.

[53] Bien que je convienne absolument qu’il faut favoriser davantage l’« économie des ressources judiciaires », il semble que cette considération ne soit pas pertinente dans les affaires d’exclusion et d’interdiction de territoire de ressortissants étrangers. Le législateur a décidé de ne pas adopter le modèle du décideur unique aux larges attributions qui statue sur toutes les questions pertinentes, à titre subsidiaire lorsqu’il est pratique de le faire, pour ce qui est du droit d’un individu de rester au Canada, tel qu’il se rencontre en droit du travail ou en d’autres matières civiles. En fait, ce domaine abonde en décideurs multiples aux attributions similaires, qui rendent souvent des décisions identiques en substance, mais dans des champs de compétence exclusifs, comme en l’espèce, ce qui entraîne de trop nombreux contrôles judiciaires, avec tous les retards et coûts que ce régime suppose. Tel est le choix du législateur. Il n’appartient pas aux tribunaux d’introduire la notion d’« économie des ressources judiciaires » dans les procédures prescrites alors que la Loi la rejette.

## VII. Conclusion

[54] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la Commission a commis une erreur en se prononçant sur la question de l’inclusion après avoir conclu que le demandeur était exclu. La Commission a aussi outrepassé sa compétence en statuant sur les facteurs d’inclusion à titre subsidiaire, quels qu’aient été ses motifs, y compris l’économie des ressources judiciaires.

[55] Conformément à la décision rendue par la juge Tremblay-Lamer dans *Pembina Institute for Appropriate*

*Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297, I set aside the Board's decision with respect to its inclusion conclusions regarding the applicant's claim for refugee protection pursuant to sections 96 and 97, as well as its non-credibility ruling pursuant to subsection 107(2).

[56] Otherwise, I order as follows:

- (i) I remit the decision back to the same Board member;
- (ii) I order that no hearing be held and that the Board member dismiss the claim on the exclusion ground for the reasons already provided; and
- (iii) I order that the dates for the applicant to pursue an appeal to the RAD run from the date of the issuance of the new RPD decision.

#### VIII. Certified Question

[57] The parties have agreed that a question should be certified in this matter. I am satisfied that the proposed question by the respondent meets the requirements of paragraph 74(d) of the Act that the question is serious and involves issues of general importance.

[58] The only difference in the questions proposed by the parties was the applicant's objection to the words "in the alternative". The applicant argued that this wording should be removed because the RPD did not make its inclusionary ruling in the alternative. I find that the issue was raised implicitly, and moreover, speaks to an issue on which decisions of this Court express contradictory views. The Court certifies the following question for appeal:

Considering the authority of the RPD under subsection 107(2) and section 107.1 of the IRPA to determine that a claim has no credible basis or is manifestly unfounded, is the RPD precluded from making such determinations after, or in the alternative, to its findings

*Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, j'infirmé la décision de la Commission pour ce qui est de ses conclusions relatives à l'inclusion concernant la demande d'asile du demandeur aux termes des articles 96 et 97, ainsi que sa conclusion quant à l'absence de minimum de fondement au titre du paragraphe 107(2).

[56] Cela étant, mon ordonnance est la suivante :

- i) je renvoie la décision au même commissaire;
- ii) j'ordonne qu'aucune audience ne soit tenue et que le commissaire rejette la demande au motif que le demandeur est exclu pour les raisons susmentionnées;
- iii) j'ordonne que la date à partir de laquelle le demandeur pourra interjeter appel devant la SAR soit celle de la publication de la nouvelle décision de la SPR.

#### VIII. Question à certifier

[57] Les parties conviennent qu'une question doit être certifiée en l'espèce. J'estime que la question proposée par le défendeur satisfait aux exigences de l'alinéa 74d) de la Loi, en ce qu'il s'agit d'une question grave de portée générale.

[58] La seule différence entre les questions proposées par les parties est que le demandeur s'est opposé à l'expression « à titre subsidiaire ». Il a plaidé pour qu'elle soit supprimée, car la SPR n'avait pas rendu sa décision d'inclusion à titre subsidiaire. J'estime que la question a été soulevée de manière implicite et qu'elle concerne d'ailleurs un sujet sur lequel les décisions de la Cour contiennent des avis contradictoires. La Cour certifie la question suivante en vue d'un appel :

Compte tenu du pouvoir conféré à la SPR aux termes du paragraphe 107(2) et de l'article 107.1 de la LIPR de déterminer qu'une demande d'asile n'a pas de fondement crédible ou qu'elle est manifestement infondée, est-il interdit à la SPR de rendre une telle décision après

that the claimant is excluded under section F of Article 1 of the Refugee Convention?

avoir conclu que le demandeur d'asile est exclu au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés, ou de le faire à titre subsidiaire?

[59] The judicial review application is allowed and a question is certified for appeal.

[59] La demande de contrôle judiciaire est accueillie et une question est certifiée en vue d'un appel.

### JUDGMENT

### JUGEMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE que :

- (i) the Board's decisions regarding the applicant's claim for refugee protection pursuant to sections 96 and 97 of the Act, as well as its non-credibility ruling pursuant to subsection 107(2) are set aside;
- (ii) the decision is remitted back to the same Board member;
- (iii) no hearing shall be held; rather the Board is directed to dismiss the application solely on the exclusion ground for the reasons already provided; and
- (iv) the dates for the applicant to pursue an appeal to the RAD from the Board's decision run from the date of the issuance of the new RPD decision.

- i) les décisions de la Commission concernant la demande d'asile du demandeur rendues aux termes des articles 96 et 97, ainsi que sa conclusion quant à l'absence d'un minimum de fondement au titre du paragraphe 107(2), sont infirmées;
- ii) la décision est renvoyée au même commissaire;
- iii) aucune audience ne sera tenue, et la Commission doit rejeter la demande au motif que le demandeur est exclu pour les raisons susmentionnées;
- iv) la date à partir de laquelle le demandeur peut interjeter appel devant la SAR sera celle de la publication de la nouvelle décision de la SPR.

### APPENDIX A

### ANNEXE A

Paragraphs 72(2)(a), 110(2)(c), 112(3)(b), 112(3)(c) and 113(d), subsection 107(2) and section 98 of the IRPA.

Alinéas 72(2)a), 110(2)c), 112(3)b), 112(3)c) et 113d), paragraphe 107(2) et article 98 de la LIPR.

#### Application for judicial review

#### Demande d'autorisation

**72 (1)** Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is, subject to section 86.1, commenced by making an application for leave to the Court.

**72 (1)** Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est, sous réserve de l'article 86.1, subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

#### Application

#### Application

**(2)** The following provisions govern an application under subsection (1):

**(2)** Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted.

...

**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.

...

**107** ....

**No credible basis**

(2) If the Refugee Protection Division is of the opinion, in rejecting a claim, that there was no credible or trustworthy evidence on which it could have made a favourable decision, it shall state in its reasons for the decision that there is no credible basis for the claim.

...

**110** ....

**Restriction on appeals**

(2) No appeal may be made in respect of any of the following:

...

(c) a decision of the Refugee Protection Division rejecting a claim for refugee protection that states that the claim has no credible basis or is manifestly unfounded.

...

**112** ....

**Restriction**

(3) Refugee protection may not be conferred on an applicant who

...

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées;

[...]

**Exclusion par application de la Convention sur les réfugiés**

**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.

[...]

**107** [...]

**Preuve**

(2) Si elle estime, en cas de rejet, qu'il n'a été présenté aucun élément de preuve crédible ou digne de foi sur lequel elle aurait pu fonder une décision favorable, la section doit faire état dans sa décision de l'absence de minimum de fondement de la demande.

[...]

**110** [...]

**Restriction**

(2) Ne sont pas susceptibles d'appel :

[...]

c) la décision de la Section de la protection des réfugiés rejetant la demande d'asile en faisant état de l'absence de minimum de fondement de la demande d'asile ou du fait que celle-ci est manifestement infondée;

[...]

**112** [...]

**Restriction**

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

[...]

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

an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

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

...

**Consideration of application**

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

...

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3) — other than one described in subparagraph (e)(i) or (ii) — consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(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

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

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;

[...]

**Examen de la demande**

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

[...]

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3) — sauf celui visé au sous-alinéa e)(i) ou (ii) —, sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

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

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

IMM-1544-15  
2016 FC 51

IMM-1544-15  
2016 CF 51

**Chunli Su** (*Applicant*)

**Chunli Su** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: SU v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : SU c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Strickland J.—Toronto, December 17, 2015; Ottawa, January 18, 2016.

Cour fédérale, juge Strickland—Toronto, 17 décembre 2015; Ottawa, 18 janvier 2016.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of Citizenship and Immigration Canada officer's decision refusing to process applicant's application for permanent residence — In submitting application for permanent residence, applicant required to complete, return two forms regarding dependent child over 18 — At time of application, applicant's son 19 but submitted application not including two required forms — Later, Immigration and Refugee Protection Regulations amended, definition of "dependent child" changed to include children less than 19 years of age — Officer subsequently informing applicant that application not meeting requirements of Regulations, s. 10 since incomplete, returning application thereto — Applicant resubmitting application including two missing forms — Changes to Regulations impacting applicant's application since 19-year-old son no longer meeting definition of dependent child; thus, son to be excluded if resubmission treated as fresh application — Officer determining that applicant's son not meeting definition of dependent child under amended Regulations — Whether officer's interpretation of Regulations, s. 10 reasonable — Regulations, s. 10 setting out mandatory requirement in both form, content for permanent residence applications — Section 10 to be read together with s. 12 stating that if requirements of ss. 10, 11 not met, application, all documents submitted in support thereof to be returned to applicant — Sections 10, 12 making no reference to application remaining alive, pending after application, documentation pertaining thereto returned to applicant — Furthermore, regulatory purpose as described in Regulatory Impact Analysis Statement supporting interpretation that, before permanent residence application can be considered, application must meet requirements stipulated in Act, Regulations — If application failing to meet prescriptions in s. 10, no duty arising to process application; thus, application returned, cannot be considered still existing — Consequently, incomplete application not immune from impact of regulatory changes coming into force before application perfected —*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de Citoyenneté et Immigration Canada a refusé de traiter la demande de résidence permanente de la demanderesse — Lorsqu'elle a présenté la demande de résidence permanente, la demanderesse devait remplir et retourner deux formulaires pour tout enfant à charge âgé de plus de 18 ans — À l'époque où la demanderesse a présenté sa demande, son fils était âgé de 19 ans, mais la demande n'était pas accompagnée des deux formulaires requis — Plus tard, des modifications ont été apportées au Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, et l'une d'elles a changé la définition d'« enfant à charge » de manière à viser les enfants âgés de moins de 19 ans — Par la suite, l'agent a informé la demanderesse que sa demande ne répondait pas aux exigences de l'art. 10 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) parce qu'elle était incomplète et il lui a renvoyée — La demanderesse a présenté à nouveau sa demande, accompagnée des deux formulaires manquants — Les changements apportés au RIPR ont eu une incidence sur la demande de la demanderesse, car son fils, âgé de 19 ans, ne répondait plus à la définition d'enfant à charge; il serait donc exclu si l'on considérait sa seconde demande comme une nouvelle demande — L'agent a décidé que le fils de la demanderesse ne répondait pas à la définition d'enfant à charge qui figurait dans la version modifiée du RIPR — Il s'agissait de savoir si l'agent a interprété l'art. 10 du RIPR d'une manière raisonnable — L'art. 10 du RIPR énonce les exigences impératives, tant en matière de forme que de contenu, qui s'appliquent aux demandes de résidence permanente — L'art. 10 doit être lu de pair avec l'art. 12, qui indique explicitement que si les exigences de l'art. 10 (et de l'art. 11) ne sont pas remplies, la demande et tous les documents fournis à l'appui de celle-ci doivent être retournés au demandeur — Les art. 10 et 12 ne font aucunement référence à une demande qui demeure valide et pendante, après que cette demande et tous les documents qui s'y rapportent ont été retournés au*

*Officer's interpretation of Regulations, s. 10 herein reasonable since falling within range of interpretations possible, acceptable, available based on reading of s. 10 — Question certified as to existence of application for permanent residence when application incomplete since failing to meet requirements prescribed by Regulations, s. 10 — Application dismissed.*

This was an application for judicial review of a Citizenship and Immigration Canada officer's decision refusing to process the applicant's application for permanent residence. On May 30, 2014, the applicant submitted an application for permanent residence under the business class as a self-employed person. This required in particular that two forms be completed and signed by any dependent child over 18. At the time of her application, the applicant's son was 19 but her submitted application did not include the two required forms. On August 1, 2014, amendments to the *Immigration and Refugee Protection Regulations* came into effect, one of which changed the definition of "dependent child" to include children less than 19 years of age. Before August 1, the definition had included children less than 22 years of age. On August 7, 2014 the officer informed the applicant in writing that her application did not meet the requirements of section 10 of the Regulations since it was incomplete and it was being returned to her for that reason. As well, the applicant was informed that the application fee was not processed and was being returned to her; therefore, her application was not considered to have been received. The returned application was received on November 17, 2014. On December 2, 2014, the applicant resubmitted her application including the two missing forms. The changes to the Regulations impacted the applicant's application since her 19-year-old son would no longer meet the definition of dependent child and would be excluded if her resubmission were treated as a fresh application. The applicant therefore asked that her resubmitted application be considered as a continuation of her original application of May 2014. The officer returned the application by letter dated January 13, 2015, after having determined that the applicant's son did not meet the definition of dependent child under the amended Regulations.

*demandeur — L'objet de réglementation que décrit le résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) milite en faveur de l'interprétation suivante : avant que l'on puisse examiner une demande de résidence permanente, celle-ci doit répondre aux exigences énoncées dans la LIPR et le RIPR — Si la demande ne respecte pas les exigences de l'art. 10, aucune obligation de traiter la demande ne prend naissance; la demande est plutôt retournée et on ne peut pas considérer qu'elle existe encore — Par conséquent, une demande incomplète n'est pas à l'abri de l'effet des changements dans la réglementation qui peuvent entrer en vigueur avant que la demande soit complète — L'agent a interprété l'art. 10 du RIPR d'une manière raisonnable, car, après lecture de l'art. 10, son interprétation faisait partie des interprétations possibles et acceptables qu'il lui était loisible de retenir — La question de savoir si une demande de résidence permanente existe lorsque la demande est incomplète parce qu'elle ne répond pas aux exigences de l'art. 10 du RIPR a été certifiée — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de Citoyenneté et Immigration Canada a refusé de traiter la demande de résidence permanente de la demanderesse. Le 30 mai 2014, la demanderesse a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie des gens d'affaires, à titre de travailleuse autonome. Il fallait que deux formulaires soient remplis et signés par tout enfant à charge âgé de plus de 18 ans. À l'époque où la demanderesse a présenté sa demande, son fils était âgé de 19 ans, mais la demande n'était pas accompagnée des deux formulaires requis. Le 1<sup>er</sup> août 2014, des modifications au *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le RIPR) sont entrées en vigueur, et l'une d'elles a changé la définition d'enfant à charge de manière à viser les enfants âgés de moins de 19 ans. Avant le 1<sup>er</sup> août, la définition visait les enfants âgés de moins de 22 ans. Le 7 août 2014, l'agent a informé la demanderesse par écrit que sa demande ne répondait pas aux exigences de l'article 10 du RIPR parce qu'elle était incomplète et qu'elle lui était renvoyée pour cette raison. De plus, la demanderesse a été informée que les droits de traitement de sa demande n'avaient pas été encaissés et lui avaient été également retournés; par conséquent, sa demande a été jugée non recevable. La demande retournée a été reçue le 17 novembre 2014. Le 2 décembre 2014, la demanderesse a présenté à nouveau sa demande, accompagnée des deux formulaires manquants. Les changements apportés au RIPR ont eu une incidence sur la demande de la demanderesse, car son fils, âgé de 19 ans, ne répondrait plus à la définition d'enfant à charge et serait exclu si l'on considérait sa seconde demande comme une nouvelle demande. La demanderesse a par conséquent demandé que sa seconde demande soit traitée comme un prolongement de la demande initiale, datée de mai 2014. Par lettre datée du 13 janvier 2015, l'agent a renvoyé la demande, après avoir décidé que le fils de la demanderesse ne répondait



The issue was whether the officer's interpretation of section 10 of the Regulations was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The Court's two lines of case law (*Campana Campana v. Canada (Citizenship and Immigration)* and *Ma v. Canada (Citizenship and Immigration)*) pertaining to the interpretation of section 10 of the Regulations reached differing conclusions thereon. For that reason, these decisions in particular were carefully reviewed. The issue in this matter turned on the officer's interpretation of the Regulations. Section 10 of the Regulations sets out the mandatory requirements in both form and content for permanent residence applications, including all information and documents required by the Regulations and any other evidence required by the *Immigration and Refugee Protection Act*. This must be read together with section 12 of the Regulations, which explicitly states that if the requirements of section 10 (and section 11) are not met, the application and all documents submitted in support thereof shall be returned to the applicant. Sections 10 and 12 make no reference to an application remaining alive and pending – that is, continuing to exist – after it and all documentation pertaining thereto have been returned. They also do not provide any authority for visa officers to maintain incomplete applications or to treat them as continuations of the prior applications following resubmissions. Thus, the Act's stated objective of "consistent standards and prompt processing" to attain the government's immigration goals (paragraph 3(1)(f) of the Act) also supports the officer's interpretation of the Regulations.

Furthermore, the regulatory purpose as described in the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) supports an interpretation that, before an application for permanent residence can be considered, it must meet the requirements stipulated in the Act and Regulations, including form and content. An application must meet the section 10 requirements before it will be considered as having been submitted. An application does not "exist" until it is complete and can then be considered and processed. Therefore, the objectives described in the RIAS accord with an interpretation of sections 10 and 12 of the Regulations in which resubmission of a previously incomplete application is treated as a new application.

Section 10 of the Regulations prescribes what must be submitted when making an application for permanent residence, including proof of payment of applicable fees. Failure

pas à la définition d'enfant à charge qui figurait dans la version modifiée du RIPR.

Il s'agissait de savoir si l'agent a interprété l'article 10 du RIPR d'une manière raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Deux courants jurisprudentiels de la Cour, (*Campana Campana c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* et *Ma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*) sont arrivés à des conclusions divergentes quant à l'interprétation de l'article 10 du RIPR. Pour cette raison, ces décisions en particulier ont été examinées avec soin. En l'espèce, la question en litige avait trait au caractère raisonnable de l'interprétation du RIPR par l'agent. L'article 10 du RIPR énonce les exigences impératives, tant en matière de forme que de contenu, qui s'appliquent aux demandes de résidence permanente, y compris tous les renseignements et documents ainsi que les autres éléments de preuve requis par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'article 10 doit être lu de pair avec l'article 12, qui indique explicitement que si les exigences de l'article 10 (et de l'article 11) ne sont pas remplies, la demande et tous les documents fournis à l'appui de celle-ci doivent être retournés au demandeur. Les articles 10 et 12 ne font aucunement référence à une demande qui demeure valide et pendante, c'est-à-dire qui continue d'exister, après que cette demande et tous les documents qui s'y rapportent ont été retournés. Ils n'autorisent pas non plus les agents des visas à conserver les demandes incomplètes ou à les traiter comme le prolongement des demandes initiales après qu'elles ont été présentées à nouveau. Par conséquent, l'objectif déclaré de la LIPR, à savoir « la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace » en vue d'atteindre les objectifs du gouvernement en matière d'immigration (alinéa 3(1)f) de la LIPR), étaye également la manière dont l'agent a interprété le RIPR.

En outre, l'objet de réglementation que décrit l'étude d'impact de la réglementation (REIR) milite en faveur de l'interprétation suivante : avant que l'on puisse examiner une demande de résidence permanente, celle-ci doit répondre aux exigences énoncées dans la LIPR et le RIPR, y compris en matière de forme et de contenu. Une demande doit répondre aux exigences de l'article 10 avant que l'on puisse la considérer comme déposée. Une demande n'« existe » que si elle est complète et peut donc être examinée et traitée. Les objectifs décrits dans le REIR concordent par conséquent avec l'interprétation des articles 10 et 12 du RIPR selon laquelle une demande antérieurement incomplète que l'on présente à nouveau est considérée comme une nouvelle demande.

L'article 10 du RIPR prescrit ce qu'il est nécessaire de fournir à l'appui d'une demande de résidence permanente, y compris un récépissé de paiement des droits applicables. Le

to pay the prescribed fees is one example of a failure to meet the prescriptions in section 10. Regardless of the missing component, the result is an unperfected application. In such a circumstance, no duty arises to process the application, which is then returned and cannot be considered to still exist. Thus, an incomplete application is not immune from the impact of regulatory changes that come into force before the application is perfected.

The officer's interpretation of section 10 of the Regulations herein was reasonable since it fell within the range of interpretations that are possible, acceptable and available based on a reading of section 10 in the context of the Act and Regulations, including section 12, and considering the objectives of the legislative scheme and the government's intent as described in the RIAS. In the result, the officer also reasonably applied the amended definition of dependent children, which came into effect after the applicant's submission of an incomplete application but before her submission of a complete application.

A question was certified as to whether an application for permanent residence still exists such that it preserves the applicant's position in time when that application fails to meet the requirements prescribed by section 10 of the Regulations and is returned to the applicant.

fait de ne pas payer les droits prescrits est un exemple de non-respect des exigences de l'article 10. Peu importe l'élément manquant, le résultat est le même : la demande est incomplète. Dans une telle circonstance, aucune obligation de traiter la demande ne prend naissance, laquelle est ensuite retournée et on ne peut pas considérer qu'elle existe encore. Par conséquent, une demande incomplète n'est pas à l'abri de l'effet des changements dans la réglementation qui peuvent entrer en vigueur avant que la demande soit complète.

L'agent a interprété l'article 10 du RIPR en l'espèce d'une manière raisonnable, car, après lecture de l'article 10 dans le contexte de la LIPR et du RIPR, y compris l'article 12, et eu égard aux objectifs du régime législatif et à l'intention du gouvernement qui sont décrits dans le REIR, son interprétation faisait partie des interprétations possibles et acceptables qu'il lui était loisible de retenir. Par conséquent, l'agent a aussi appliqué d'une manière raisonnable la définition modifiée d'enfant à charge, qui est entrée en vigueur entre le moment où la demanderesse a présenté une demande incomplète et celui où elle a déposé une demande complète.

La question de savoir si une demande de résidence permanente existe toujours de manière à préserver le moment où le demandeur a présenté sa demande lorsque cette demande est incomplète parce qu'elle ne répond pas aux exigences de l'article 10 du RIPR et que cette demande est retournée au demandeur a été certifiée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration Act Fees Regulations*, SOR/97-22 (rep. by SOR/2002-227, s. 364(c)).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(f), 29, 44(2), 63(1), 74(d).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 2 "dependent child", 10, 11, 12, 183.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Kinsel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 126, [2016] 1 F.C.R. 146; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Fernando v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 205, 201 F.T.R. 238; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290.

##### DISTINGUISHED:

*Campana Campana v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 49, 446 F.T.R. 84.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)f, 29, 44(2), 63(1), 74d).  
*Règlement sur les prix à payer — Loi sur l'immigration*, DORS/97-22 (abrogé par DORS/2002-227, art. 364c)).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 2 « enfant à charge », 10, 11, 12, 183.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Kinsel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 126, [2016] 1 R.C.F. 146; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Fernando c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 205; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Campana Campana c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 49.

## CONSIDERED:

*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 159; *Maharaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 205, [1995] F.C.J. No. 1495 (T.D.) (QL); *Stanabady v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1380, [2016] 3 F.C.R. 3; *Feng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 59, 1998 CanLII 8378 (F.C.).

## REFERRED TO:

*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1260; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Zaric*, 2015 FC 837, [2016] 1 F.C.R. 407; *De Silva v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 790, 461 F.T.R. 144; *Xiao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 149 F.T.R. 147, 1998 CanLII 7897 (F.C.T.D.); *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Balasundaram v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 38; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 24, [2003] 3 F.C. 140; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Chow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 861; *Huynh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 748, 436 F.T.R. 23.

## AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2002-227, *C. Gaz.* 2002.II.177.

APPLICATION for judicial review of a decision of a Citizenship and Immigration Canada officer refusing to process the applicant's application for permanent residence on the grounds that it did not meet the requirements of section 10 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Lihua Bao* for applicant.  
*Leila Jawando* for respondent.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 159; *Maharaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1495 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Stanabady c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1380, [2016] 3 R.C.F. 3; *Feng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8378 (C.F.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1260; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Zaric*, 2015 CF 837, [2016] 1 R.C.F. 407; *De Silva c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 790; *Xiao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 7897 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Balasundaram c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 38; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 24, [2003] 3 C.F. 140; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Chow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 861; *Huynh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 748.

## DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2002-227, *Gaz. C.* 2002.II.177.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de Citoyenneté et Immigration Canada a refusé de traiter la demande de résidence permanente de la demanderesse aux motifs qu'elle ne répondait pas aux exigences de l'article 10 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Lihua Bao* pour la demanderesse.  
*Leila Jawando* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Lihua Bao*, Oakville, Ontario, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] STRICKLAND J.: This is an application for judicial review of a decision made by an officer of Citizenship and Immigration Canada (officer) refusing to process the applicant's application for permanent residence.

Background and Decision Under Review

[2] On May 30, 2014, the applicant submitted an application for permanent residence under the business class as a self-employed person. This required, amongst other things, that two forms be completed and signed by any dependent child over the age of 18. At the time of her application, the applicant's son was 19 years old but her submitted application did not include the two required forms.

[3] On August 1, 2014, amendments to the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPA Regulations) came into effect [SOR/2014-133], one of which changed the definition of dependent children ["dependent child"] to include children less than 19 years of age. Prior to August 1, the definition [of "dependent child"] had included children less than 22 years of age. The amendments also removed an exception for children over the age of 22 who had been and continued to be students at an accredited post-secondary institution.

[4] By letter of August 7, 2014, the officer informed the applicant that her application did not meet the requirements of section 10 of the IRPA Regulations as it was incomplete and that it was being returned to her for that reason. The letter also stated that:

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Lihua Bao*, Oakville (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 rendus par*

[1] LA JUGE STRICKLAND : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (l'agent) a refusé de traiter la demande de résidence permanente de la demanderesse.

Le contexte et la décision faisant l'objet du présent contrôle

[2] Le 30 mai 2014, la demanderesse a présenté une demande de résidence permanente dans la catégorie des gens d'affaires, à titre de travailleuse autonome. Parmi les exigences à respecter, il fallait que deux formulaires soient remplis et signés par tout enfant à charge âgé de plus de 18 ans. À l'époque où la demanderesse a présenté sa demande, son fils était âgé de 19 ans, mais la demande n'était pas accompagnée des deux formulaires requis.

[3] Le 1<sup>er</sup> août 2014, des modifications au *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR ou le Règlement) sont entrées en vigueur [DORS/2014-133], et l'une d'elles a changé la définition d'enfant à charge de manière à viser les enfants âgés de moins de 19 ans. Avant le 1<sup>er</sup> août, la définition visait les enfants âgés de moins de 22 ans. Les modifications ont également supprimé une exception applicable aux enfants âgés de plus de 22 ans qui n'avaient pas cessé d'être inscrits à un établissement d'enseignement postsecondaire accrédité.

[4] Par une lettre datée du 7 août 2014, l'agent a informé la demanderesse que sa demande ne répondait pas aux exigences de l'article 10 du RIPR parce qu'elle était incomplète et qu'elle lui était renvoyée pour cette raison. La lettre indiquait également ceci :

... Your application fee was not processed and is also being returned to you. Your application has not been received, and no record has been retained.

If you submit an application, please pay particular attention to all the forms, information, documents, evidence, signatures, and fees required. Applications missing any of these items are incomplete and will not be received. They will be returned to you.

In addition, please note that applications will be assessed according to the instructions in place at the time they are received.

[5] The applicant received her returned application on November 17, 2014.

[6] On December 2, 2014, the applicant resubmitted her application which included the two missing forms. The covering letter from her counsel noted that changes to the IRPA Regulations would impact her application as her 19 year old son would no longer meet the definition of dependent child and would be excluded if her resubmission were treated as a fresh application. Her counsel submitted that the officer should treat the resubmission as a continuation of her original application of May 2014 (*Campana Campana v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 49, 446 F.T.R. 84 (*Campana*)).

[7] By letter of January 13, 2015, the officer returned the application, having determined that the applicant's son did not meet the definition of dependent child under the amended IRPA Regulations.

#### Issue

[8] In my view, the sole issue in this matter is whether the officer's interpretation of section 10 of the IRPA Regulations was reasonable.

#### Standard of Review

[9] The applicant submits simply that the standard of correctness applies to issues concerning the interpretation of statutes, as this is an issue of law. The respondent makes no formal submissions on standard of review;

[TRANSLATION] [...] Les droits de traitement de votre demande n'ont pas été encaissés et vous sont également retournés. Votre demande n'est pas recevable et aucun document n'a été conservé.

Si vous présentez une demande, assurez-vous de fournir tous les éléments requis : formulaires, renseignements, documents, preuves, signatures et droits. Toute demande dans laquelle il manque l'un ou l'autre de ces éléments sera considérée comme incomplète et ne sera pas recevable. Elle vous sera retournée.

De plus, veuillez noter que les demandes sont évaluées selon les directives en vigueur au moment de leur réception.

[5] La demanderesse a reçu la demande qui lui était renvoyée le 17 novembre 2014.

[6] Le 2 décembre 2014, la demanderesse a présenté à nouveau sa demande, accompagnée des deux formulaires manquants. La lettre d'accompagnement écrite par son avocate signalait que des changements apportés au RIPR auraient une incidence sur sa demande car son fils, âgé de 19 ans, ne répondrait plus à la définition d'enfant à charge et serait exclu si l'on considérait sa seconde demande comme une nouvelle demande. Son avocate a fait valoir que l'agent devait traiter la seconde demande comme un prolongement de la demande initiale, datée de mai 2014 (*Campana Campana c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 49 (*Campana*)).

[7] Par lettre datée du 13 janvier 2015, l'agent a renvoyé la demande, après avoir décidé que le fils de la demanderesse ne répondait pas à la définition d'enfant à charge qui figurait dans la version modifiée du RIPR.

#### La question en litige

[8] À mon avis, l'unique question en l'espèce consiste à savoir si l'agent a interprété l'article 10 du RIPR d'une manière raisonnable.

#### La norme de contrôle applicable

[9] La demanderesse soutient simplement que la norme de la décision correcte s'applique aux questions relatives à l'interprétation des lois, car il s'agit de questions de droit. Le défendeur ne présente aucune

however, implicitly requests that the Court review the decision on a reasonableness standard.

[10] Questions of law arising under a tribunal's home statute are presumptively reviewed on a reasonableness standard (*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraph 35; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54). In my view, in the absence of any suggestion that there is a basis upon which the presumption should be rebutted in the present case, the standard of reasonableness applies (*Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1260, at paragraph 16; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Zaric*, 2015 FC 837, [2016] 1 F.C.R. 407, at paragraph 15; *De Silva v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 790, 461 F.T.R. 144, at paragraphs 17–23).

[11] I would also note that the Supreme Court of Canada in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 31–33 found that the administrative decision maker may be better placed to choose between possible, reasonable interpretations of an unclear statutory provision.

#### Relevant Legislation

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227

##### Form and content of application

**10 (1)** Subject to paragraphs 28(b) to (d) and 139(1)(b), an application under these Regulations shall

(a) be made in writing using the form provided by the Department, if any;

(b) be signed by the applicant;

observation proprement dite sur la norme de contrôle applicable, mais il demande implicitement que la Cour contrôle la décision selon la norme de la raisonabilité.

[10] Il existe une présomption selon laquelle les questions de droit qui découlent de la loi constitutive d'un tribunal administratif doivent être contrôlées selon la norme de la raisonabilité (*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 35; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54). À mon avis, en l'absence de toute indication qu'il existe en l'espèce une raison de réfuter cette présomption, c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique (*Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1260, au paragraphe 16; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Zaric*, 2015 CF 837, [2016] 1 R.C.F. 407, au paragraphe 15; *De Silva c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 790, aux paragraphes 17 à 23).

[11] Je signale par ailleurs que, dans l'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 31 à 33, la Cour suprême du Canada a conclu que le décideur administratif est peut-être mieux placé pour faire un choix entre plusieurs manières raisonnables et possibles d'interpréter une disposition législative qui manque de clarté.

#### Les dispositions législatives pertinentes

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227

##### Forme et contenu de la demande

**10 (1)** Sous réserve des alinéas 28b) à d) et 139(1)b), toute demande au titre du présent règlement :

a) est faite par écrit sur le formulaire fourni par le ministère, le cas échéant;

b) est signée par le demandeur;

(c) include all information and documents required by these Regulations, as well as any other evidence required by the Act;

(d) be accompanied by evidence of payment of the applicable fee, if any, set out in these Regulations; and

(e) if there is an accompanying spouse or common-law partner, identify who is the principal applicant and who is the accompanying spouse or common-law partner.

#### Required information

(2) The application shall, unless otherwise provided by these Regulations,

(a) contain the name, birth date, address, nationality and immigration status of the applicant and of all family members of the applicant, whether accompanying or not, and a statement whether the applicant or any of the family members is the spouse, common-law partner or conjugal partner of another person;

(b) indicate whether they are applying for a visa, permit or authorization;

(c) indicate the class prescribed by these Regulations for which the application is made;

(c.1) if the applicant is represented in connection with the application, include the name, postal address and telephone number, and fax number and electronic mail address, if any, of any person or entity — or a person acting on its behalf — representing the applicant;

(c.2) if the applicant is represented, for consideration in connection with the application, by a person referred to in any of paragraphs 91(2)(a) to (c) of the Act, include the name of the body of which the person is a member and their membership identification number;

(c.3) if the applicant has been advised, for consideration in connection with the application, by a person referred to in any of paragraphs 91(2)(a) to (c) of the Act, include the information referred to in paragraphs (c.1) and (c.2) with respect to that person;

(c.4) if the applicant has been advised, for consideration in connection with the application, by an entity — or a person acting on its behalf — referred to in

c) comporte les renseignements et documents exigés par le présent règlement et est accompagnée des autres pièces justificatives exigées par la Loi;

d) est accompagnée d'un récépissé de paiement des droits applicables prévus par le présent règlement;

e) dans le cas où le demandeur est accompagné d'un époux ou d'un conjoint de fait, indique celui d'entre eux qui agit à titre de demandeur principal et celui qui agit à titre d'époux ou de conjoint de fait accompagnant le demandeur principal.

#### Renseignements à fournir

(2) La demande comporte, sauf disposition contraire du présent règlement, les éléments suivants :

a) les nom, date de naissance, adresse, nationalité et statut d'immigration du demandeur et de chacun des membres de sa famille, que ceux-ci l'accompagnent ou non, ainsi que la mention du fait que le demandeur ou l'un ou l'autre des membres de sa famille est l'époux, le conjoint de fait ou le partenaire conjugal d'une autre personne;

b) la mention du visa, du permis ou de l'autorisation que sollicite le demandeur;

c) la mention de la catégorie réglementaire au titre de laquelle la demande est faite;

c.1) si le demandeur est représenté relativement à la demande, le nom, l'adresse postale, le numéro de téléphone et, le cas échéant, le numéro de télécopieur et l'adresse électronique de toute personne ou entité — ou de toute personne agissant en son nom — qui le représente;

c.2) si le demandeur est représenté, moyennant rétribution, relativement à la demande par une personne visée à l'un des alinéas 91(2)a) à c) de la Loi, le nom de l'organisme dont elle est membre et le numéro de membre de celle-ci;

c.3) si le demandeur a été conseillé, moyennant rétribution, relativement à la demande par une personne visée à l'un des alinéas 91(2)a) à c) de la Loi, les renseignements prévus aux alinéas c.1) et c.2) à l'égard de cette personne;

c.4) si le demandeur a été conseillé, moyennant rétribution, relativement à la demande par une entité visée au paragraphe 91(4) de la Loi — ou une personne

subsection 91(4) of the Act, include the information referred to in paragraph (c.1) with respect to that entity or person; and

(d) include a declaration that the information provided is complete and accurate.

#### Application of family members

(3) The application is considered to be an application made for the principal applicant and their accompanying family members.

#### Sponsorship application

(4) An application made by a foreign national as a member of the family class must be preceded or accompanied by a sponsorship application referred to in paragraph 130(1)(c).

#### Multiple applications

(5) No sponsorship application may be filed by a sponsor in respect of a person if the sponsor has filed another sponsorship application in respect of that same person and a final decision has not been made in respect of that other application.

#### Invalid sponsorship application

(6) A sponsorship application that is not made in accordance with subsection (1) is considered not to be an application filed in the prescribed manner for the purposes of subsection 63(1) of the Act.

...

#### Return of application

12 Subject to section 140.4, if the requirements of sections 10 and 11 are not met, the application and all documents submitted in support of it shall be returned to the applicant.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA)

#### Objectives — immigration

3 (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration

agissant en son nom —, les renseignements prévus à l'alinéa c.1) à l'égard de cette entité ou personne;

d) une déclaration attestant que les renseignements fournis sont exacts et complets.

#### Demande du membre de la famille

(3) La demande vaut pour le demandeur principal et les membres de sa famille qui l'accompagnent.

#### Demande de parrainage

(4) La demande faite par l'étranger au titre de la catégorie du regroupement familial doit être précédée ou accompagnée de la demande de parrainage visée à l'alinéa 130(1)c).

#### Demandes multiples

(5) Le répondant qui a déposé une demande de parrainage à l'égard d'une personne ne peut déposer de nouvelle demande concernant celle-ci tant qu'il n'a pas été statué en dernier ressort sur la demande initiale.

#### Demande de parrainage non valide

(6) Pour l'application du paragraphe 63(1) de la Loi, la demande de parrainage qui n'est pas faite en conformité avec le paragraphe (1) est réputée non déposée.

[...]

#### Renvoi de la demande

12 Sous réserve de l'article 140.4, si les exigences prévues aux articles 10 et 11 ne sont pas remplies, la demande et tous les documents fournis à l'appui de celle-ci sont retournés au demandeur.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

#### Objet en matière d'immigration

3 (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés



goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

...

#### Competent jurisdiction

**62** The Immigration Appeal Division is the competent Division of the Board with respect to appeals under this Division.

#### Right to appeal — visa refusal of family class

**63 (1)** A person who has filed in the prescribed manner an application to sponsor a foreign national as a member of the family class may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa.

### Analysis

#### *Applicant's Position*

[12] The applicant submits that the proper interpretation of section 10 of the IRPA Regulations has already been settled by this Court in *Campana* and *Xiao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 149 F.T.R. 147 (F.C.T.D.) (*Xiao*). She submits that in *Campana*, the Court found that section 10 of the IRPA Regulations did not contain any language granting visa officers the power to treat incomplete applications as non-existent. The applicant submits that *Campana* is directly on point in her case.

#### *Respondent's Position*

[13] The respondent submits that the IRPA Regulations, Ministerial Instructions, the Regulatory Impact Analysis Statements (RIAS) and this Court's decision in *Ma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 159 (*Ma*) demonstrate that an incomplete application is not an application within the meaning of the IRPA Regulations. Because the applicant did not have a completed application in place prior to the August 1, 2014 amendments, she was not locked into the pre-amendment scheme. Therefore, the officer's decision to return the applicant's application due to its failure to meet the amended requirements was reasonable.

pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

[...]

#### Jurisdiction compétente

**62** La Section d'appel de l'immigration est la section de la Commission qui connaît de l'appel visé à la présente section.

#### Droit d'appel : visa

**63 (1)** Quiconque a déposé, conformément au règlement, une demande de parrainage au titre du regroupement familial peut interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent.

### L'analyse

#### *La thèse de la demanderesse*

[12] La demanderesse soutient que la Cour a déjà réglé la question de l'interprétation correcte qu'il convient de donner à l'article 10 du RIPR dans les décisions *Campana* et *Xiao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 7897 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Xiao*). Elle ajoute que, dans la décision *Campana*, la Cour a conclu que rien dans le libellé de cet article n'accorde aux agents des visas le pouvoir de considérer qu'une demande incomplète est inexistante. Elle est d'avis que la décision *Campana* s'applique directement à sa situation.

#### *La thèse du défendeur*

[13] Le défendeur fait valoir que, selon le RIPR, les instructions ministérielles, les résumés de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) et la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Ma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 159 (*Ma*), une demande incomplète n'est pas une demande au sens du RIPR. Comme la demanderesse n'a pas déposé une demande complète avant les modifications apportées le 1<sup>er</sup> août 2014, elle n'est pas assujettie au régime qui était en vigueur avant ces modifications. La décision de l'agent de retourner la demande de la demanderesse parce qu'elle ne répondait pas aux exigences modifiées est donc raisonnable.

[14] Section 10 of the IRPA Regulations employs mandatory language regarding the content of applications, making them preconditions to a valid application. Section 12 of the IRPA Regulations instructs that an application is to be returned when the mandatory requirements in sections 10 and 11 of the IRPA Regulations are not met. RIAs are also useful in revealing the intention of the government (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraphs 155 and 156) and the RIAs relating to Part 2 of the IRPA Regulations state that its purpose was to specify the requirements that must be met in order for an application to be considered. Incomplete applications that do not meet the requirements of section 10 will be returned without being processed.

[15] The respondent also submits that an incomplete application is not an application under the IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] and IRPA Regulations. This interpretation ensures that officers spend their time reviewing completed files and that applicants cannot preserve their place in the queue to the detriment of those applicants who file complete applications later (*Ma*, at paragraph 13). Further, analogous jurisprudence concerning the payment of application fees has held that applications cannot be processed until they are “perfected, that is to say, until such time as the required fee was paid” (*Maharaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 205 (F.C.T.D.) (*Maharaj*), at paragraphs 27–30).

[16] As to *Campana*, the respondent submits that the decision in that case failed to consider section 12 of the IRPA Regulations which explicitly provides the authority for returning an incomplete application and, thereby, treating it as non-existent under the IRPA and the IRPA Regulations. And, in oral submissions, the respondent referred the Court to the recent decision of Justice Harrington in *Stanabady v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1380, [2016] 3 F.C.R. 3 (*Stanabady*) which addressed both *Ma* and *Campana* and adopted an analysis closer to that found in *Ma*.

[14] L'article 10 du RIPR emploie un libellé impératif pour ce qui est du contenu des demandes, ce qui en fait une condition préalable à une demande valide. Selon l'article 12 du RIPR, une demande est retournée si les exigences prévues aux articles 10 et 11 du RIPR ne sont pas remplies. Les REIR sont également utiles pour révéler l'intention du gouvernement (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, aux paragraphes 155 et 156) et le REIR qui se rapporte à la partie 2 du RIPR indique qu'il a pour objet de préciser les exigences auxquelles il est nécessaire de satisfaire pour qu'une demande soit examinée. Les demandes incomplètes qui ne satisfont pas aux exigences de l'article 10 seront retournées sans être traitées.

[15] Le défendeur soutient également qu'une demande incomplète n'est pas une demande au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et du RIPR. Cette interprétation permet de faire en sorte que les agents consacrent leur temps à l'examen de dossiers complets et que les demandeurs ne conservent pas leur priorité de rang au détriment de ceux qui déposent une demande complète à une date ultérieure (*Ma*, au paragraphe 13). De plus, selon une jurisprudence analogue au sujet du paiement des droits, une demande ne peut pas être traitée avant d'être « complétée, c'est-à-dire, jusqu'au paiement du droit prescrit » (*Maharaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1495 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Maharaj*), aux paragraphes 27 à 30).

[16] Quant à *Campana*, le défendeur soutient que la décision qui a été rendue dans cette affaire ne tenait pas compte de l'article 12 du RIPR, qui prévoit explicitement le pouvoir de retourner une demande incomplète et, ce faisant, de la considérer comme inexistante sous le régime de la LIPR et du RIPR. Dans sa plaidoirie, le défendeur a par ailleurs renvoyé la Cour à une décision récente du juge Harrington, *Stanabady c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1380, [2016] 3 R.C.F. 3 (*Stanabady*), où ce dernier a examiné les décisions *Ma* et *Campana* et adopté une analyse qui se rapproche davantage de celle qui est exposée dans la décision *Ma*.

[17] Finally, and in the alternative, the respondent submits that not every requirement must be set out in a statute (*Balasundaram v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 38 (*Balasundaram*), at paragraph 27).

#### *Applicant's Reply*

[18] In reply, the applicant submits that the Court's failure to consider section 12 [of the IRPA Regulations] in *Campana* is unhelpful to the respondent because the authority to return an incomplete application is not at issue. At issue is whether the application returned for incompleteness has not existed. Further, the applicant submits that the Court's conclusion on subsection 10(1) [of the IRPA Regulations] in *Campana* is supported by the presumption against tautology, specifically, if Parliament had intended for an incomplete application not to be an application, subsection 10(6) [of the IRPA Regulations] would be redundant. The applicant also distinguishes between cases that deal with "locking in" of sponsorship applications, as opposed to the present case of how the law should be applied to a resubmitted application. The applicant also adopts the Court's analysis of the RIAS in *Campana*, submitting that it cannot be used to add words to sections 10 and 12 where they are silent on the issue.

[19] Finally, the applicant submits that the respondent failed to demonstrate that there is a general established practice of how incomplete applications are to be treated and, therefore, *Balasundaram* does not apply. The respondent also failed to show any explicit and positive language in the law to support its position that an incomplete application does not exist.

#### *Analysis*

[20] There are two lines of jurisprudence of this Court, *Ma* and *Campana*, that come to differing conclusions as to the interpretation of section 10 of the IRPA Regulations. For that reason, it is necessary to carefully

[17] Enfin, le défendeur soutient subsidiairement que ce ne sont pas toutes les exigences qui doivent être énoncées dans une loi (*Balasundaram c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 38 (*Balasundaram*), au paragraphe 27).

#### *La réponse de la demanderesse*

[18] En réponse, la demanderesse soutient que le fait que la Cour n'ait pas pris en considération l'article 12 [du RIPR] dans la décision *Campana* n'est d'aucun secours pour le défendeur car le pouvoir de retourner une demande incomplète n'est pas en litige. La question en litige consiste à savoir si la demande qui a été retournée au motif qu'elle était incomplète est inexistante. De plus, soutient-elle, la conclusion que la Cour a tirée au sujet du paragraphe 10(1) [du RIPR] dans la décision *Campana* est étayée par la présomption d'absence de tautologie, c'est-à-dire que si le législateur avait voulu qu'une demande incomplète ne soit pas une demande, le paragraphe 10(6) [du RIPR] serait redondant. Elle fait également une distinction entre les affaires qui portent sur l'attribution d'une date déterminante aux demandes de parrainage et la présente espèce, qui concerne la question de savoir comment appliquer la loi à une demande que l'on présente à nouveau. Elle fait également sienne l'analyse du REIR faite par la Cour dans la décision *Campana* et fait valoir qu'on ne peut s'en servir pour ajouter des mots aux articles 10 et 12 si ces derniers ne disent rien sur la question.

[19] Enfin, la demanderesse soutient que le défendeur n'a pas démontré qu'il existe une pratique générale bien établie quant à la manière de traiter les demandes incomplètes et que, de ce fait, la décision *Balasundaram* ne s'applique pas. Le défendeur n'est pas parvenu non plus à démontrer qu'il existe dans la loi des termes explicites et positifs qui étayent son point de vue selon lequel une demande incomplète n'existe pas.

#### *Analyse*

[20] Deux courants jurisprudentiels de notre Cour, qui ont pour origine les décisions *Ma* et *Campana* respectivement, arrivent à des conclusions divergentes quant à l'interprétation de l'article 10 du RIPR. Il est de

review both of those decisions, as well as the subsequent decision of *Stanabady*.

[21] In *Campana*, the applicant submitted an application to sponsor his wife under the IRPA Regulations, spouse or common-law partner in Canada class. Subsequent to the submission of his application, the regulations were amended to exclude sponsorship applications made by permanent residents who were themselves sponsored less than five years before their application. The applicant later received a letter from a Citizenship and Immigration Canada (CIC) officer, returning his application for incompleteness as it was missing information and fees and instructing him to resubmit. The applicant resubmitted, but his application was refused on the basis that he was ineligible to sponsor under the newly amended regulations. On judicial review of the officer's decision, the applicant argued that the officer had to consider his resubmission under the pre-amendment regulations, while the respondent argued that the application was not merely incomplete, but that it did not exist at the time of the regulatory amendment.

[22] Justice Roy framed the question at issue as being “whether or not the missing information was enough for the application to be treated as if it did not exist” (at paragraph 8). He rejected the argument that the use of the word “resubmit” indicated continuity of the application, but found that the officer's treatment of the application was unsupported by the regulations or other authority. Like the parties in the present case, the respondent in *Campana* relied on *Maharaj* and the applicant relied on *Xiao*. Justice Roy found that *Maharaj* was not of assistance as “[t]he issue is not if the application can be processed but rather whether it continues to exist” (at paragraph 13) and relied on *Xiao* in finding that silence in the regulations and longstanding operational manuals or practices were insufficient to provide authority for the respondent's interpretation of section 10 of the IRPA Regulations.

ce fait nécessaire d'examiner avec soin ces deux décisions, de même que la décision *Stanabady*, qui a été rendue plus tard.

[21] Dans l'affaire *Campana*, le demandeur avait déposé une demande en vue de parrainer son épouse dans la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada, sous le régime du RIPR. Après le dépôt de cette demande, le Règlement avait été modifié en vue d'exclure les demandes de parrainage des résidents permanents qui avaient été eux-mêmes parrainés moins de cinq ans avant le dépôt de leur demande. Le demandeur avait reçu plus tard une lettre d'un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), qui disait lui renvoyer sa demande parce qu'elle était incomplète — il y manquait des renseignements et les droits étaient insuffisants — et qui lui enjoignait de redéposer sa demande. Le demandeur avait obtenu un refus, mais sa demande avait été rejetée au motif qu'aux termes du Règlement récemment modifié, il n'était pas admissible au parrainage. Lors du contrôle judiciaire de la décision de l'agent, le demandeur a fait valoir que cet agent était tenu d'examiner sa nouvelle demande au regard de la version du Règlement qui était en vigueur avant la modification, tandis que le défendeur a soutenu que la demande était non seulement incomplète, mais aussi inexistante au moment de la modification du Règlement.

[22] Le juge Roy a formulé la question en litige comme suit : « l'information manquante [était-elle] suffisante pour que la demande soit traitée comme si elle n'avait jamais existé » (au paragraphe 8). Il a rejeté l'argument selon lequel le mot « redéposer » comportait un élément de continuité, mais il a conclu que la manière dont l'agent avait traité la demande n'était pas étayée par le Règlement ou un autre texte. À l'instar des parties dont il est question en l'espèce, dans l'affaire *Campana* le défendeur a invoqué la décision *Maharaj*, et le demandeur la décision *Xiao*. Le juge Roy a conclu que la décision *Maharaj* n'était pas utile car « [l]a question n'est pas de savoir si la demande peut être traitée, mais plutôt si elle continue d'exister » (au paragraphe 13) et il s'est fondé sur la décision *Xiao* pour conclure que le « silence » du Règlement ainsi que les guides opérationnels ou les pratiques de longue date n'étaient pas suffisants pour autoriser l'interprétation que faisait le défendeur de l'article 10 du RIPR.

[23] In *Campana*, Justice Roy also declined to rely on the RIAS, given the language of section 10 of the IRPA Regulations, which contained nothing that confirmed that “a lack of compliance results in an application not being in existence” (at paragraph 20). He also noted that the RIAS spoke only to consideration and processing of applications and the refusal of incomplete applications. Justice Roy held that this was insufficient to conclude that such an application is deemed never to have existed. He also noted that subsection 10(6) provided language that was significantly closer to the language that would be necessary in order for the respondent to be successful in its argument that an incomplete application has never existed.

[24] In the subsequent decision of *Ma*, the applicant made an inland application for permanent residence in the spouse or common-law class and on the same date also made an overseas application for permanent residence in the family class. Both applications were returned for incompleteness. The applicant then re-applied under the family class with a complete application and, about two weeks later, he also re-applied under the spouse or common-law class with a complete application. As the filing of multiple applications was precluded by subsection 10(5) of the IRPA Regulations, a visa officer cancelled the later filed application and returned it to the applicant.

[25] In considering which application should be cancelled, Justice Rennie considered when the applications were “locked-in”. He found that (at paragraphs 13–16):

An application under *IRPA* must be a complete application. The receipt of an application which is missing key components is not an application within the meaning of *IRPA* and the *Regulations*. This interpretation ensures that officers spend their time reviewing completed files, allowing for a more effective use of resources. Importantly, applicants are not preserving their place or priority in a queue based on the filing of partial applications, to the detriment of those applicants who file later, but file complete files.

[23] Dans la décision *Campana*, le juge Roy a également refusé de se fonder sur le REIR, vu le libellé de l'article 10 du RIPR, lequel ne contenait rien qui permettait d'affirmer que « [...] le fait de ne pas s'y conformer parfaitement fait en sorte que la demande déposée n'existe pas » (au paragraphe 20). Il a également fait remarquer que le REIR ne traitait que de l'examen et du traitement des demandes ainsi que du rejet des demandes incomplètes. Il a estimé que cela n'était pas suffisant pour conclure qu'une telle demande était réputée n'avoir jamais existé. Il a par ailleurs souligné que le paragraphe 10(6) semblait beaucoup plus près du libellé qui serait nécessaire pour que le défendeur puisse faire valoir avec succès qu'une demande incomplète n'avait jamais existé.

[24] Dans une affaire ultérieure, *Ma*, le demandeur avait déposé, depuis le Canada, une demande de résidence permanente dans la catégorie des époux ou conjoints de fait et, à la même date, il avait également présenté, depuis l'étranger, une demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial. Les deux demandes avaient été retournées parce qu'elles étaient incomplètes. Le demandeur avait ensuite présenté une nouvelle demande complète dans la catégorie du regroupement familial et, environ deux semaines plus tard, il avait fait de même pour la catégorie des époux ou conjoints de fait. Comme le paragraphe 10(5) du RIPR interdisait le dépôt de multiples demandes, une agente des visas avait annulé la seconde demande et l'avait retournée au demandeur.

[25] En examinant quelle demande devait être annulée, le juge Rennie a vérifié si les demandes s'étaient vu attribuer une date déterminante [aux paragraphes 13 à 16] :

Les demandes présentées sous le régime de la LIPR doivent être complètes. La demande à laquelle il manque des éléments essentiels n'est pas une demande au sens de la LIPR et du Règlement. Si le terme est ainsi interprété, c'est pour que les agents se consacrent à l'examen de dossiers complets, ce qui permet une meilleure utilisation des ressources. Il importe de souligner que les demandeurs qui déposent une demande incomplète ne conserveront pas leur priorité de rang au détriment de ceux qui déposent leur demande à une date ultérieure, mais qui l'accompagnent d'un dossier complet.

In this case, the officer's determination that the inland file was not complete until December 31, 2013 was reasonable.

Section 10 of the *Regulations* sets out the minimum requirements for applications. Specifically, subsection 10(1)(c) states that an application under the *Regulations* shall "include all information and documents required by these *Regulations*, as well as any other evidence required by the Act." As the applicant's inland application that was initially submitted on November 1, 2013, was incomplete, his application was therefore not locked-in until December 31, [2]013, when all of the necessary information pursuant to subsection 10(1)(c) was received.

In reaching this conclusion the officer was guided by both regulation and policy directive. Subsection 10(2) of the *Regulations* describes certain minimum required information with respect to the applicant and his or her representative. Policy Directive IP 2 – *Processing Applications to Sponsor Members of the Family Class* establishes in a more detailed manner certain minimum documentary requirements that must be met before an application will be considered sufficiently complete to be locked in. To round out the operational scheme, section 12 of the *Regulations* provides that where the minimum requirements are not met, the documents are to be returned to the applicant.

[26] Justice Rennie did not refer to *Campana*; he based his decision on the facts in the matter before him and his contextual interpretation of the IRPA Regulations.

[27] More recently, Justice Harrington in *Stanabady* addressed a situation where the applicants had been issued temporary resident permits. Section 29 of the IRPA and subsection 183(1) of the IRPA Regulations required them to leave Canada before their permits expired on July 15, 2014. However, subsection 183(5) of the IRPA Regulations provides that if a temporary resident has applied for an extension before the expiry date, then the period for which they are authorized to remain in Canada is extended until the application is refused or, if it is permitted, until the end of the new authorized period. The applicants applied for an extension before their permits expired but their applications were returned to them as they had neither paid the

En l'espèce, l'agent a rendu une décision raisonnable en concluant que le dossier présenté depuis le Canada était resté incomplet jusqu'au 31 décembre 2013.

L'article 10 du Règlement énonce les exigences minimales auxquelles doivent répondre les demandes. En particulier, l'alinéa 10(1)c) prévoit qu'une demande au titre du Règlement « comporte les renseignements et documents exigés par le présent règlement et est accompagnée des autres pièces justificatives exigées par la Loi ». Étant donné que la demande initialement présentée depuis le Canada le 1<sup>er</sup> novembre 2013 était incomplète, on lui a attribué comme date déterminante le 31 décembre [2]013, puisque c'est à cette date qu'ont été reçus tous les renseignements nécessaires selon l'alinéa 10(1)c).

Pour en arriver à cette conclusion, l'agente s'est fondée à la fois sur la réglementation et sur une directive d'orientation. Le paragraphe 10(2) du Règlement fait état de certains renseignements de base qui doivent être fournis au sujet du demandeur et de son représentant. La directive d'orientation IP 2 – *Traitement des demandes de parrainage – catégorie du regroupement familial* énonce de manière plus détaillée certaines exigences minimales à respecter sur le plan de la documentation avant qu'une demande soit considérée comme suffisamment étoffée pour être acceptée et se voir attribuer une date déterminante. L'article 12 du Règlement vient compléter ce régime d'exigences opérationnelles en précisant que si les exigences minimales ne sont pas remplies, les documents fournis seront retournés au demandeur.

[26] Le juge Rennie ne s'est pas reporté à la décision *Campana*; il a fondé sa décision sur les faits de l'affaire dont il était saisi ainsi que sur son interprétation contextuelle du RIPR.

[27] Plus récemment, dans la décision *Stanabady*, le juge Harrington a traité d'une situation dans laquelle des permis de séjour temporaire avaient été délivrés aux demandeurs. L'article 29 de la LIPR et le paragraphe 183(1) du RIPR les obligeaient à quitter le Canada avant la date d'expiration de leurs permis, le 15 juillet 2014. Le paragraphe 183(5) du RIPR dispose toutefois que lorsqu'un résident temporaire présente une demande de prolongation avant la date d'expiration, la période de séjour autorisée au Canada est prolongée jusqu'à la date du rejet de la demande ou, si celle-ci est acceptée, jusqu'à l'expiration de la nouvelle période autorisée. Les demandeurs avaient présenté une demande de prolongation avant l'expiration de leurs permis, mais leurs

correct fee nor had they provided all of the required documentation. By the time the applications were returned, their temporary resident permits had expired. They resubmitted their applications; however, prior to a decision being rendered, an exclusion order was issued pursuant to subsection 44(2) of the IRPA on the basis that they had violated subsection 29(2) by failing to leave Canada at the expiry of their permits. The applicants submitted that the exclusion order was invalid because they had applied for an extension before their permits expired, therefore, they maintained their status until a final decision had been rendered on the merits of their applications.

[28] Justice Harrington framed the issue before him as whether the submission of an incomplete application form, in which an extension of a temporary resident permit is sought, extended the period for which the applicants were authorized to stay in Canada until the application was granted or refused on the merits. He concluded that the decision to issue the exclusion order was both reasonable and correct. An application within the meaning of section 183 of the IRPA must be such that the decision maker is able to grant the extension, or to reject it, on the merits. The applications for extensions could not be granted if the forms were incomplete.

[29] Justice Harrington stated that section 183 must be read together with sections 10 and 12 of the IRPA Regulations. Subsection 10(1) provides that applications must, among other things, be made in writing using the prescribed forms, be signed, include all required information and documents and be accompanied by evidence of payment of the applicable fee. Section 12 goes on to provide that if the requirements of section 10 (and section 11) are not met, the application and all documents submitted are returned to the applicant, which was what happened in *Stanabady*. Further, Justice Harrington stated [at paragraph 13]:

I do not consider that the fact that Citizenship and Immigration Canada sent the Stanabadys a form letter, after their temporary resident permits had expired, which

demandes leur avaient été retournées parce qu'ils n'avaient ni payé le bon montant des droits ni fourni tous les documents exigés. Avant que les demandes leur soient retournées, leurs permis de séjour temporaire avaient expiré. Ils avaient présenté à nouveau leurs demandes mais, avant qu'une décision ne soit rendue, une mesure d'exclusion avait été prononcée en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR au motif qu'ils avaient enfreint le paragraphe 29(2) en n'ayant pas quitté le Canada avant l'expiration de leurs permis. Les demandeurs faisaient valoir que la mesure d'exclusion n'était pas valide parce qu'ils avaient présenté une demande de prolongation avant l'expiration de leurs permis et qu'ils conservaient donc leur statut jusqu'à ce que l'on rende une décision définitive sur le fond de leurs demandes.

[28] Le juge Harrington a formulé la question dont il était saisi en ces termes : la présentation d'un formulaire de demande incomplet, dans lequel on demandait la prolongation d'un permis de séjour temporaire, prolongeait-elle la période durant laquelle les demandeurs étaient autorisés à séjourner au Canada jusqu'à ce que la demande soit accueillie ou rejetée sur le fond? Il a conclu que la décision de prendre la mesure d'exclusion était à la fois raisonnable et correcte. La demande visée à l'article 183 du RIPR doit permettre au décideur d'être en mesure d'accorder la prolongation, ou de la refuser, sur le fond. Si les formulaires étaient incomplets, les demandes de prolongation ne pouvaient pas être accueillies.

[29] Le juge Harrington a déclaré que l'article 183 doit être lu de pair avec les articles 10 et 12 du RIPR. Le paragraphe 10(1) du RIPR prévoit que les demandes doivent notamment être présentées par écrit sur le formulaire prescrit, être signées, inclure tous les renseignements et documents exigés et être accompagnées d'un récépissé de paiement des droits applicables. L'article 12 ajoute que si les exigences que prévoit l'article 10 (et l'article 11) ne sont pas remplies, la demande et tous les documents fournis sont retournés au demandeur, et c'est ce qui s'était passé dans l'affaire *Stanabady*. De plus, le juge Harrington a déclaré [au paragraphe 13] :

Je ne considère pas que le fait que Citoyenneté et Immigration Canada ait envoyé aux Stanabady, après expiration de leurs permis de séjour temporaire, une lettre

letter stated that if they wished to reapply they had to send back a copy of that letter together with an application form complete in all respects locked in their status until a negative decision was made on the merits.

[30] He concluded that [at paragraph 20]:

The simple fact of the matter is that the officer could not have made a positive decision on the application form submitted before the Stanabady's temporary residence permits expired because the applications were incomplete. Therefore, they were required to depart Canada under subsection 183(1) of the Regulations and section 29 of the Act.

[31] As to *Campana* and *Ma*, Justice Harrington reviewed both cases and acknowledged the principle of comity but concluded that his analysis was closer to that of Justice Rennie's in *Ma*, noting that *Campana* had not specifically dealt with section 12 which requires that the application form be returned. However, he certified a question of general importance as follows:

When a temporary resident has applied for an extension of the period authorized for his or her stay, but the application is returned to the applicant, due to incompleteness, in accordance with section 12 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, does the applicant benefit from implied status until he or she actually submits a complete application and that application is either refused or allowed?

[32] In the matter before me the issue turns on the reasonableness of the officer's interpretation of the IRPA Regulations. In that regard, I would note that in *Kinsel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 126, [2016] 1 F.C.R. 146, the Federal Court of Appeal provided an overview of the Supreme Court of Canada's jurisprudence concerning statutory interpretation, stating that [at paragraphs 37–39]:

The Supreme Court has expressed the preferred approach to statutory interpretation in the following terms (see: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 28):

type indiquant que, s'ils voulaient présenter une nouvelle demande, ils devaient retourner une copie de cette lettre accompagnée d'un formulaire de demande dûment rempli leur faisant conserver leur statut jusqu'à ce que soit rendue à leur endroit une décision défavorable sur le fond.

[30] Il est ensuite arrivé à la conclusion suivante [au paragraphe 20] :

La réalité toute simple, c'est que l'agent n'aurait pas pu rendre une décision favorable sur le fondement du formulaire de demande présenté avant l'expiration des permis de séjour temporaire des Stanabady parce qu'il s'agissait d'une demande incomplète. Par conséquent, les Stanabady devaient quitter le Canada en vertu du paragraphe 183(1) du Règlement et de l'article 29 de la Loi.

[31] Quant aux décisions *Campana* et *Ma*, le juge Harrington les a passées toutes deux en revue et a reconnu le principe de la courtoisie judiciaire, mais il a conclu que son analyse était plus proche de celle du juge Rennie dans la décision *Ma*, notant que la décision *Campana* ne traitait pas expressément de l'article 12, qui exige que l'on retourne le formulaire de demande. Il a toutefois certifié une question de portée générale :

Lorsqu'un résident temporaire a demandé la prolongation de sa période de séjour autorisée, mais que sa demande lui est renvoyée conformément à l'article 12 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce qu'elle est incomplète, le demandeur dispose-t-il d'un statut implicite jusqu'à ce qu'il ait présenté une demande complète et qu'une décision soit prise à l'égard de cette demande?

[32] Dans l'affaire dont je suis saisie, la question en litige a trait au caractère raisonnable de l'interprétation du RIPR par l'agent. À cet égard, je signale que dans l'arrêt *Kinsel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 126, [2016] 1 R.C.F. 146, la Cour d'appel fédérale a fait un survol de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'interprétation législative [aux paragraphes 37 à 39] :

La Cour suprême a formulé la méthode privilégiée pour interpréter la loi dans les termes suivants (voir : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Voir également : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 28) :



Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The Supreme Court restated this principle in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, adding at paragraph 10:

The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

Inherent in the preferred approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of its meaning. A court must consider the total context of the provision at issue “no matter how plain the disposition may seem upon initial reading” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48). From the text and this wider context the interpreting court aims to ascertain legislative intent, “[t]he most significant element of this analysis” (*R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 26).

[33] Applying that approach, I note that section 10 of the IRPA Regulations sets out the mandatory requirements, in both form and content, for permanent residence applications. This includes all information and documents required by the IRPA Regulations and any other evidence required by the IRPA. In my view, this must be read together with section 12 which explicitly states that if the requirements of section 10 (and section 11) are not met, then the application and all documents submitted in support of it shall be returned to the applicant. Accordingly, *Campana* can be distinguished on the same

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

La Cour suprême a reformulé ce principe à l’occasion de l’affaire *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, ajoutant au paragraphe 10 :

L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

La méthode privilégiée d’interprétation des lois suppose que le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’en détermine pas nécessairement le sens. Le juge doit tenir compte du contexte global de la disposition en cause « même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48). À partir du texte et du contexte dans lequel il s’insère, le tribunal qui interprète une disposition cherche à déterminer l’intention du législateur, « [l]’élément le plus important de cette analyse » (*R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26).

[33] Ayant appliqué cette méthode, je remarque que l’article 10 du RIPR énonce les exigences impératives, tant en matière de forme que de contenu, qui s’appliquent aux demandes de résidence permanente. Ces exigences du RIPR incluent tous les renseignements et documents ainsi que les autres éléments de preuve requis par la LIPR. À mon avis, l’article 10 doit être lu de pair avec l’article 12, qui indique explicitement que si les exigences de l’article 10 (et de l’article 11) ne sont pas remplies, la demande et tous les documents fournis à l’appui de celle-ci doivent être retournés au demandeur.

basis: that it did not consider section 10 together with section 12.

[34] Sections 10 and 12 make no reference to an application remaining alive and pending, that is, continuing to exist, after it and all documentation pertaining to it have been returned. Nor do they provide any authority for visa officers to maintain incomplete applications or to treat them as continuations of the prior applications following resubmission. To my mind, it would make little sense that applications returned in whole would continue to exist and hold a place in the queue in perpetuity. If the application itself and all supporting documentation is returned, then what is left as a place holder? And, if this were the case, then applicants who have no intention of resubmitting a completed application or those who are unable to meet the requirements for permanent residence at the time of their original submission, could still hold a place in line.

[35] For these reasons, in my view, the IRPA's stated objective of "consistent standards and prompt processing" to attain the government's immigration goals (paragraph 3(1)(f) of the IRPA), also supports the officer's interpretation of the IRPA Regulations.

[36] As to the RIAS, the Supreme Court of Canada commented in *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at paragraph 113, on the use of RIAS as an extrinsic aid in determining the intention of Parliament:

... Although not determinative nor exhaustive of a regulation's purpose or interpretation, regulatory impact analysis statements are a useful tool to understand how regulations are intended to work: see *Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 33; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 352-53.

On peut donc établir une distinction avec la décision *Campana* pour la même raison : l'article 10 n'y a pas été examiné de pair avec l'article 12.

[34] Les articles 10 et 12 ne font aucunement référence à une demande qui demeure valide et pendante, c'est-à-dire qui continue d'exister, après que cette demande et tous les documents qui s'y rapportent ont été retournés. Ils n'autorisent pas non plus les agents des visas à conserver les demandes incomplètes ou à les traiter comme le prolongement des demandes initiales après qu'elles ont été présentées à nouveau. Il serait peu logique, selon moi, que des demandes retournées intégralement continuent d'exister et conservent leur priorité de rang à perpétuité. Si la demande elle-même et tous les documents justificatifs sont retournés, que reste-t-il pour préserver le rang? Dans l'hypothèse où il serait quand même possible de préserver son rang, les demandeurs qui n'auraient aucune intention de redéposer une demande dûment remplie ou ceux qui seraient incapables de répondre aux exigences de la résidence permanente à l'époque du dépôt de leur demande initiale pourraient quand même conserver leur rang de priorité.

[35] Pour ces raisons, je suis d'avis que l'objectif déclaré de la LIPR, à savoir « la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace » en vue d'atteindre les objectifs du gouvernement en matière d'immigration (alinéa 3(1)f) de la LIPR), étaye également la manière dont l'agent a interprété le RIPR.

[36] Quant au REIR, la Cour suprême du Canada a fait remarquer ce qui suit dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 113, au sujet de l'utilisation des REIR comme moyen extrinsèque d'aider à déterminer l'intention du législateur :

[...] Bien qu'il ne soit pas déterminant ni exhaustif quant à l'objet ou à l'interprétation du règlement, l'analyse de l'étude d'impact de la réglementation représente un moyen utile pour comprendre son application (voir *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 33; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 352-353).

[37] RIAS have also often been employed by this Court and the Federal Court of Appeal as an aid in determining the objectives of regulatory provisions (see *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 24, [2003] 3 F.C. 140, at paragraph 33; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraphs 110 and 111; *Chow v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 861, at paragraph 26; *Huynh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 748, 436 F.T.R. 23, at paragraph 14).

[38] In this case the relevant RIAS states as follows [*C. Gaz.* 2002.II.177]:

**Description**

The *Immigration and Refugee Protection Act* provides that foreign nationals are under an obligation to produce certain required documents before entering Canada. These Regulations address mandatory requirements respecting these documents.

Purpose of these provisions

The purpose of these provisions is to establish which documents foreign nationals require before seeking to enter Canada. The regulations in this part also specify the requirements that must be met in order for an application to be considered, such as the type of form to be used in making an application, the required information to be submitted on such a form, including any supporting documentation necessary, and the place where an application is to be filed.

What the regulations do

The application and documentation provisions prescribe:

- ...
- the form, content, mandatory information required and place where an application can be made; and
- ...

What has changed

Except for some differences in terminology, the legislative regime surrounding the requirement for foreign nationals to obtain visas prior to entry is essentially unchanged.

[37] Notre Cour et la Cour d’appel fédérale ont souvent recouru aux REIR pour déterminer les objectifs de dispositions réglementaires (voir *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 24, [2003] 3 C.F. 140, au paragraphe 33; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.S. 1006, aux paragraphes 110 et 111; *Chow c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 861, au paragraphe 26; *Huynh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 748, au paragraphe 14).

[38] En l’espèce, le REIR applicable indique ce qui suit [*G. Can.* 2002.II.177] :

**Description**

La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* stipule que les étrangers sont tenus de présenter certains documents avant d’entrer au Canada. Ces dispositions réglementaires concernent les conditions à remplir relativement à ces documents.

But de ces dispositions réglementaires

Ces dispositions réglementaires ont pour but d’établir les documents nécessaires avant de chercher à entrer au Canada. Elles précisent également les exigences à remplir pour qu’une demande soit étudiée, tel que le type de formulaire à utiliser pour présenter une demande, les renseignements à fournir dans la demande, y compris les documents à présenter à l’appui, et le lieu où la demande doit être présentée.

Effet des dispositions réglementaires

Elles précisent :

- [...]
- le formulaire, les renseignements nécessaires et le lieu où la demande peut être présentée;
- [...]

Nature des modifications

À l’exception de quelques modifications d’ordre terminologique, les dispositions législatives obligeant les étrangers à obtenir un visa avant d’entrer au pays sont essentiellement les mêmes.

...

[...]

Under the current Act, requirements concerning the making of applications were not regulated and were frequently the source of litigation. These Regulations are new and provide a regulatory basis for the perfected application principle by establishing the mandatory requirements that need to be met for applications to be considered as having been submitted.

Sous le régime de la Loi actuelle, les conditions relatives à la présentation des demandes ne sont pas prévues par règlement et donnent souvent lieu à des litiges. Ces nouvelles dispositions fournissent un fondement réglementaire pour la présentation d'une demande complète en établissant les exigences à remplir pour que les demandes soient considérées comme ayant été présentées.

These requirements deal with:

Ces exigences concernent :

— the form, content and documents that should be provided;

— le formulaire, les renseignements et les documents à présenter;

...

[...]

### ***Benefits and Costs***

### ***Avantages et coûts***

#### Benefits

#### Avantages

These provisions clearly define for applicants what is required for their application to be considered.

Ces dispositions réglementaires définissent clairement les exigences que doivent remplir les demandeurs pour que leur demande soit étudiée.

Fewer resources will be required to process applications since those who do not meet the required standards will not be processed.

Le traitement des demandes nécessitera moins de ressources, puisque celles qui ne remplissent pas les exigences réglementaires ne seront pas traitées.

These Regulations are expected to improve the quality of service provided to applicants who submit the necessary information at the outset.

On s'attend à ce que ces dispositions réglementaires permettent d'améliorer la qualité du service offert aux demandeurs qui communiquent les renseignements requis dès le départ.

...

[...]

#### Pre-publication

#### Publication préalable

...

[...]

Provisions regarding the processing of applications have been modified to reflect more accurately the requirements of the *Financial Administration Act* and CIC's current practices. Incomplete applications will be returned to the applicants who will then have the option of completing the application and re-submitting it or applying for a refund.

Les dispositions concernant le traitement des demandes ont été modifiées pour mieux tenir compte des exigences de la *Loi sur l'administration des finances publiques* et des pratiques actuelles de CIC. Les demandes non complètes seront retournées aux demandeurs qui pourront alors présenter de nouveau leur demande après l'avoir dûment remplie, ou demander un remboursement.

...

[...]

### ***Compliance and Enforcement***

### ***Respect et exécution***

The existence of regulatory provisions specifying that the mandatory requirements of an application will result in increases in self-compliance. Should an application

L'adoption de dispositions réglementaires précisant les exigences qu'une demande doit remplir aura pour effet d'accroître l'observation volontaire des règles. Les

not meet these requirements, it will be returned to the applicant without being processed.

Failure to provide the necessary documentation in its required form may result in a refusal of the application. [Emphasis added.]

[39] In my view, the regulatory purpose as described in the RIAS supports an interpretation that, before an application for permanent residence can be considered, it must meet the requirements stipulated in the IRPA and the IRPA Regulations, including form and content. In this regard, the regulations are intended to provide a basis for “the perfected application principle” requiring applications to be returned, unprocessed, if the stipulated requirements are not met. It also demonstrates the Governor in Council’s efforts to ensure fairness and efficiency in the processing of applications.

[40] An application must meet the section 10 requirements before it will be considered as having been submitted. And, if an incomplete application is viewed as not having been submitted, then any future submission would be *de novo*. Put otherwise, an application does not “exist” until it is complete and can then be considered and processed. Therefore, the objectives described in the RIAS accord with an interpretation of sections 10 and 12 of the IRPA Regulations in which resubmission of a previously incomplete application is treated as a new application.

[41] I acknowledge the applicant’s submission that had Parliament intended “an application not to be an application if the requirements in section 10(1) are not met” then subsection 10(6) would be redundant, and, that *Campana* referred to the language in subsection 10(6) as being more explicit and closer to the wording that would be required to permit a finding that an incomplete application does not exist. However, subsection 10(6) states that “[a] sponsorship application that is not made in accordance with subsection (1), [that is in the required form and with the required content] is considered not to be an application filed in the prescribed manner for the purposes of subsection 63(1) of the Act.”

demandes qui ne répondront pas à ces exigences seront retournées au demandeur sans être traitées.

Les demandes qui ne seront pas accompagnées des documents voulus, présentés dans la forme requise, pourraient être refusées. [Soulignements ajoutés.]

[39] À mon avis, l’objet de réglementation que décrit le REIR milite en faveur de l’interprétation suivante : avant que l’on puisse examiner une demande de résidence permanente, celle-ci doit répondre aux exigences énoncées dans la LIPR et le RIPR, y compris en matière de forme et de contenu. À cet égard, le Règlement vise à fournir une assise au principe de la « présentation d’une demande complète », lequel exige que les demandes soient retournées, sans être traitées, si les exigences mentionnées ne sont pas remplies. Cela montre aussi les efforts faits par le gouverneur en conseil pour que les demandes soient traitées d’une manière équitable et efficace.

[40] Une demande doit répondre aux exigences de l’article 10 avant que l’on puisse la considérer comme déposée. Si l’on considère qu’une demande incomplète n’a pas été déposée, il s’ensuit que toute autre demande déposée par la suite est nouvelle. En d’autres termes, une demande n’« existe » que si elle est complète et peut donc être examinée et traitée. Les objectifs décrits dans le REIR concordent par conséquent avec l’interprétation des articles 10 et 12 du RIPR selon laquelle une demande antérieurement incomplète que l’on présente à nouveau est considérée comme une nouvelle demande.

[41] Je prends acte de l’observation de la demanderesse que si le législateur avait voulu qu’[TRADUCTION] « une demande ne soit pas une demande si les exigences énoncées au paragraphe 10(1) ne sont pas remplies », le paragraphe 10(6) serait redondant, et qu’il a été dit dans la décision *Campana* que le libellé du paragraphe 10(6) est plus explicite et plus près du libellé qui serait nécessaire pour qu’on puisse conclure qu’une demande incomplète n’existe pas. Cependant, le paragraphe 10(6) indique : « [p]our l’application du paragraphe 63(1) de la Loi, la demande de parrainage qui n’est pas faite en conformité avec le paragraphe (1) est réputée non déposée ».

[42] In my view, this subsection is not particularly helpful to the applicant. That is because the purpose of subsection 63(1) of the IRPA is to provide applicants with a right of appeal. Subsection 63(1) states that a person who has “filed in the prescribed manner” an application to sponsor a foreign national as a member of the family class may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa. Thus, subsection 10(6) of the IRPA Regulations simply defines what is meant by “filed in the prescribed manner” as required by subsection 63(1) of the IRPA in order to permit a right of appeal. In my view, this has no impact on the interpretation of section 10 of the IRPA Regulations in the present case.

[43] Finally, it is true that *Maharaj; Fernando v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 205, 201 F.T.R. 238 (*Fernando*); and *Feng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 59, 1998 CanLII 8378 (F.C.) (*Feng*) all involve situations where applications for permanent residence were returned because they were not accompanied by the processing fee required by subsection 3(2) of the *Immigration Act Fees Regulations*, SOR/97-22 (repealed by paragraph 364(c) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227) which stipulated that the prescribed fees were to be paid at the time the application was made. Thus, the applications were not “locked in” until the correct fees were received. However, as stated in *Feng* [at paragraph 14]:

In *Mou v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1997), 1997 CanLII 4788 (FC), 125 F.T.R. 203 at 208, Mr. Justice Lutfy considered the case of an applicant, a citizen of China, who applied for permanent residence for himself as principal applicant, and for his spouse and son as dependents, but not all the fees required for all the applicants were received. His Lordship said, in part:

The *Fees Regulations* require that the processing fee and, more recently, the right of landing fee are payable at the time the application is made. Administrative efficiency may well dictate that all the fees for the principal applicant and the dependants be paid before the

[42] À mon avis, cette disposition n’aide pas particulièrement la cause de la demanderesse, car le paragraphe 63(1) de la LIPR a pour objet de donner aux demandeurs un droit d’appel. Ce paragraphe indique que quiconque « a déposé, conformément au règlement » une demande de parrainage au titre du regroupement familial peut interjeter appel devant la Section d’appel de l’immigration du refus de délivrer le visa de résident permanent. En conséquence, le paragraphe 10(6) du RIPR définit simplement ce que l’on veut dire par « déposé, conformément au règlement » qu’exige le paragraphe 63(1) de la LIPR pour conférer un droit d’appel. Selon moi, cela n’a aucune incidence sur l’interprétation de l’article 10 du RIPR en l’espèce.

[43] Enfin, il est vrai que les décisions *Maharaj; Fernando c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 205 (*Fernando*); et *Feng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 8378 (C.F.) (*Feng*), portent toutes sur des situations dans lesquelles des demandes de résidence permanente avaient été retournées parce qu’elles n’étaient pas accompagnées des droits de traitement qu’exige le paragraphe 3(2) du *Règlement sur les prix à payer — Loi sur l’immigration*, DORS/97-22 (abrogé par l’art. 364c) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227), lequel indiquait que les droits prescrits devaient être acquittés au moment du dépôt de la demande. Par conséquent, les demandes ne se voyaient pas attribuer une date déterminante avant la réception des droits dus. Cependant, comme il a été écrit dans la décision *Feng* [au paragraphe 14] :

Dans *Mou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1997), 1997 CanLII 4788 (CF), 125 F.T.R. 203, page 208, le juge Lutfy était saisi du cas d’un citoyen de Chine qui demandait la résidence permanente pour lui-même en qualité de demandeur principal et pour sa femme et son fils à titre de personnes à charge, sans verser l’intégralité des droits requis. Sa Seigneurie s’est prononcée en ces termes :

Le *Règlement sur les droits exigibles* dispose que les droits de traitement et, plus récemment, le droit exigé pour l’établissement doivent être acquittés lors de la présentation de la demande. L’efficacité administrative pourrait aussi bien dicter que tous les droits

rights of them are locked-in. However, I have found no statutory or regulatory provision which clearly allows for this practice. It has not been necessary to address this issue definitively in this case.

That issue has been dealt with under the *Fees Regulations* which require that all fees for dependant applicants are to be paid with those of their principal applicants before the applications are considered complete. This case is covered under those regulations, but even if it were not, the same result, as a matter of administrative discretion, in my opinion, is open to the Minister and his officers.

[44] Similarly in *Fernando* [at paragraphs 15–17]:

The *Immigration Act Fees Regulations*, SOR/86-64 (“Fees Regulations”) in force at that time required in respect of applications for landing, payment of a fee of \$500.00 at the time an application was made. Additional fees were required in the amount of \$500.00 for a spouse, and \$100.00 for a dependent (not a spouse) under 19 years of age. However, an application for landing “by an entrepreneur, an investor, or a self-employed person” required a fee of \$825.00. Additional fees for spouses and minor dependents were the same as in other applications.

On this basis I conclude from the tribunal record that Mr. Fernando did not pay the fees required in order for his application to be processed in the self-employed category.

As to the consequence of that failure, in *Maharaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 205 (T.D.) Teitelbaum J. considered what makes up an application for permanent residence. He concluded, in view of the requirement of the Fees Regulations that fees be paid at the time an application for landing is made, that an application cannot be processed until it is perfected. Perfection requires that the necessary fees be paid. I, respectfully, agree. There was, therefore, no duty at law to assess Mr. Fernando as a self-employed person absent the payment of the requisite fees at the time the application for landing was made.

exigibles pour le demandeur principal et les personnes à sa charge soient payés avant que les droits de l’un ou l’autre d’entre eux ne soient définitivement déterminés. Toutefois, je n’ai trouvé aucune disposition légale ou réglementaire qui autorise clairement cette façon de faire. Il n’est pas nécessaire de trancher définitivement cette question en l’espèce.

Cette question a été résolue par application du *Règlement sur les droits exigibles*, selon lequel tous les droits exigibles à l’égard des personnes à charge doivent être versés avec les droits exigibles du demandeur principal pour que la demande soit considérée comme en état. L’affaire en instance est soumise au même règlement mais, à même supposer qu’elle ne le soit pas, le ministre et ses collaborateurs sont fondés à parvenir à la même décision, qui relève du pouvoir administratif discrétionnaire.

[44] Dans le même ordre d’idées, dans la décision *Fernando* [aux paragraphes 15 à 17] :

Le *Règlement sur les prix à payer — Loi sur l’immigration*, DORS/86-64 (le *Règlement sur les prix*) alors en vigueur exigeait que des droits de 500 \$ soient payés au moment d’une demande d’établissement. Des droits additionnels de 500 \$ pour un conjoint et de 100 \$ pour une personne à charge (autre que le conjoint) de moins de 19 ans étaient aussi exigés. Toutefois, l’« entrepreneur, l’investisseur ou le travailleur autonome » qui présentait une demande d’établissement devait payer des droits de 825 \$. Les droits supplémentaires relatifs aux conjoints et aux personnes à charge étaient identiques à ceux exigibles pour les autres demandes.

Je conclus donc, en m’appuyant sur le dossier du tribunal, que M. Fernando n’a pas payé les droits requis pour que sa demande soit traitée en fonction de la catégorie des travailleurs autonomes.

Quant aux conséquences de ce défaut, Monsieur le juge Teitelbaum a examiné, dans l’affaire *Maharaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 205 (1<sup>re</sup> inst.), les éléments qui forment une demande de résidence permanente. Il a conclu, du fait que le *Règlement sur les prix* exige que les droits soient payés au moment où la demande d’établissement est présentée, que la demande ne peut être traitée avant d’être en état et qu’elle ne l’est que lorsque les droits exigibles ont été payés. Je partage son opinion. L’agente n’avait donc pas l’obligation d’évaluer M. Fernando en qualité de travailleur autonome si les droits exigibles n’avaient pas été payés au moment de la présentation de la demande d’établissement.

(Also see *Maharaj*, at paragraphs 28–30.)

[45] In this case, section 10 of the IRPA Regulations prescribes what must be submitted when making an application for permanent residence, including, among other requirements, proof of payment of applicable fees. In my view, failure to pay the prescribed fees is one example of a failure to meet the prescriptions in section 10. However, whether the missing component is a fee payment, required document or necessary information, the result is, as stated in *Fernando*, an unperfected application. In such a circumstance, no duty arises to process the application. Absent such a duty, if an application is not processed and is instead returned, it cannot be considered to still exist and, even if it did, it would not serve to “lock in” and thereby hold a place in line for the applicant (*Ma*, at paragraph 15). Thus, an incomplete application is not immune from the impact of regulatory changes that come into force before the application is perfected.

[46] The officer’s interpretation of section 10 of the IRPA Regulations was reasonable as it fell within the range of interpretations that are possible, acceptable and available based on a reading of section 10 in the context of the IRPA and the IRPA Regulations, including section 12, and considering the objectives of the legislative scheme and the government’s intent as described in the RIAS. In the result, the officer also reasonably applied the amended definition of dependent children, which came into effect after the applicant’s submission of an incomplete application, which was returned unprocessed, but before her submission of a complete application.

[47] Having reached this conclusion, it is not necessary to address the respondent’s alternate argument that not every requirement, or consequence of a failure to meet that requirement, must be set out in a statute (*Balasundaram*).

(Voir aussi la décision *Maharaj*, aux paragraphes 28 à 30.)

[45] En l’espèce, l’article 10 du RIPR prescrit ce qu’il est nécessaire de fournir à l’appui d’une demande de résidence permanente, notamment un récépissé de paiement des droits applicables. À mon avis, le fait de ne pas payer les droits prescrits est un exemple de non-respect des exigences de l’article 10. Que l’élément manquant soit le paiement des droits, un document requis ou un renseignement nécessaire, le résultat est le même : comme la Cour le dit dans la décision *Fernando*, la demande est incomplète. Dans une telle circonstance, aucune obligation de traiter la demande ne prend naissance. À défaut d’une telle obligation, lorsqu’une demande n’est pas traitée et qu’elle est plutôt retournée, on ne peut pas considérer qu’elle existe encore et, même si c’était le cas, elle ne servirait pas à attribuer une « date déterminante » et à conserver ainsi au demandeur son rang de priorité (*Ma*, au paragraphe 15). Par conséquent, une demande incomplète n’est pas à l’abri de l’effet des changements dans la réglementation qui peuvent entrer en vigueur avant que la demande soit complète.

[46] L’agent a interprété l’article 10 du RIPR d’une manière raisonnable car, après lecture de l’article 10 dans le contexte de la LIPR et du RIPR, y compris l’article 12, et eu égard aux objectifs du régime législatif et à l’intention du gouvernement qui sont décrits dans le REIR, son interprétation faisait partie des interprétations possibles et acceptables qu’il lui était loisible de retenir. Par conséquent, l’agent a aussi appliqué d’une manière raisonnable la définition modifiée d’enfant à charge, qui est entrée en vigueur entre le moment où la demanderesse a présenté une demande incomplète, qui lui a été retournée sans être traitée, et celui où elle a déposé une demande complète.

[47] Cette conclusion étant tirée, il est inutile de traiter de l’argument subsidiaire du défendeur selon lequel ce ne sont pas toutes les exigences, ou les conséquences d’un défaut de répondre à des exigences, qui doivent être énoncées dans une loi (*Balasundaram*).



Certified Question

[48] The applicant submitted the following question for certification:

When an application has been made under the Immigration and Refugee Protection Regulations (“IRPR”), but the application is returned to the applicant due to incompleteness, in accordance with section 12 of the IRPR, is the application still an application under the IRPR?

[49] Pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question. The test for certifying a question is that it “must (i) be dispositive of the appeal and (ii) transcend the interests of the immediate parties to the litigation, as well as contemplate issues of broad significance or general importance” (*Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290 (*Zhang*), at paragraph 9).

[50] The proposed question, reworded as I have set out below, would be dispositive of this matter. If an incomplete and returned unprocessed application still “exists” and serves to “lock in” an applicant then, in this case, the amended section 2 of the IRPA Regulations would not apply and the applicant’s son would have met the prior definition of a family member as a dependent child. The second criterion in *Zhang* is also satisfied in this case as the status of incomplete applications transcends the interests of the immediate parties to the litigation and contemplates an issue of broad significance or general importance both to visa applicants and the Minister who must administer the application process.

[51] Accordingly, I hereby certify the following question:

If an application for permanent residence is incomplete as it fails to meet the requirements prescribed by section 10 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPA Regulations) and the application and all supporting documents are returned to the applicant

La question certifiée

[48] La demanderesse a soumis la question suivante à certifier :

[TRADUCTION] Une demande déposée en vertu du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) mais ensuite retournée au demandeur parce qu’elle est incomplète, conformément à l’article 12 du RIPR, est-elle quand même considérée comme une demande au sens du RIPR?

[49] Aux termes de l’alinéa 74d) de la LIPR, un appel ne peut être interjeté devant la Cour d’appel fédérale que si le juge certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et s’il énonce celle-ci. Le critère relatif à la certification d’une question est le suivant : « une question doit i) être déterminante quant à l’issue de l’appel, ii) transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale » (*Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290 (*Zhang*), au paragraphe 9).

[50] La question proposée, que j’ai reformulée ci-après, permettrait de régler la présente affaire. Si une demande incomplète et retournée sans avoir été traitée « existe » toujours et sert à attribuer la « date déterminante » qui s’applique à un demandeur, l’article 2 modifié du RIPR ne s’appliquerait pas en l’espèce et le fils de la demanderesse aurait satisfait à la définition antérieure d’un membre de la parenté à titre d’enfant à charge. Le second critère énoncé dans l’arrêt *Zhang* est également respecté en l’espèce dans ce cas car l’état d’une demande incomplète transcende les intérêts des parties au litige et porte sur une question ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale, tant pour les demandeurs de visa que pour le ministre qui doit administrer le processus de demande.

[51] En conséquence, je certifie par les présentes la question suivante :

Lorsqu’une demande de résidence permanente est incomplète parce qu’elle ne répond pas aux exigences de l’article 10 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) et que cette demande et tous les documents justificatifs sont retournés au demandeur en

pursuant to section 12 of the IRPA Regulations, does the application still “exist” such that it preserves or “locks in” the applicant’s position in time so that a subsequently submitted complete application must be assessed according to the regulatory scheme that was in effect when the first, incomplete application was submitted?

#### JUDGMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is denied;
2. The following question of general importance is certified pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA:

If an application for permanent residence is incomplete as it fails to meet the requirements prescribed by section 10 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPA Regulations) and the application and all supporting documents are returned to the applicant pursuant to section 12 of the IRPA Regulations, does the application still “exist” such that it preserves or “locks in” the applicant’s position in time so that a subsequently submitted complete application must be assessed according to the regulatory scheme that was in effect when the first, incomplete application was submitted?

application de l’article 12 du RIPR, peut-on dire que la demande « existe » toujours de manière à préserver le moment où le demandeur a présenté sa demande ou à attribuer une « date déterminante », de sorte qu’une demande complète que l’on dépose par la suite doit être évaluée en fonction du régime réglementaire qui était en vigueur à l’époque du dépôt de la première demande incomplète?

#### JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la demande de contrôle judiciaire;
2. CERTIFIE la question de portée générale suivante en application de l’alinéa 74d) de la LIPR :

Lorsqu’une demande de résidence permanente est incomplète parce qu’elle ne répond pas aux exigences de l’article 10 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) et que cette demande et tous les documents justificatifs sont retournés au demandeur en application de l’article 12 du RIPR, peut-on dire que la demande « existe » toujours de manière à préserver le moment où le demandeur a présenté sa demande ou à attribuer une « date déterminante », de sorte qu’une demande complète que l’on dépose par la suite doit être évaluée en fonction du régime réglementaire qui était en vigueur à l’époque du dépôt de la première demande incomplète?

T-2030-13  
2016 FC 236

T-2030-13  
2016 CF 236

**Neil Allard, Tanya Beemish, David Hebert and Shawn Davey** (*Plaintiffs*)

**Neil Allard, Tanya Beemish, David Hebert et Shawn Davey** (*demandeurs*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada** (*Defendant*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada** (*défenderesse*)

*INDEXED AS: ALLARD v. CANADA*

*RÉPERTORIÉ : ALLARD c. CANADA*

Federal Court, Phelan J.—Vancouver, February 23, 24, 25, 26, March 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 13, April 30 and May 1, 2015; February 24, 2016.

Cour fédérale, juge Phelan—Vancouver, 23, 24, 25 et 26 février, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 13 mars, 30 avril et 1<sup>er</sup> mai 2015; 24 février 2016.

*Food and Drugs — Action under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 challenging constitutionality of medical marijuana regime under Marijuana for Medical Purposes Regulations (MMPR) — MMPR reforming medical marijuana access regime by, inter alia, mandating that dried marijuana be produced by licensed producer (LP), limiting amount authorized for possession to 150 grams — Plaintiffs arguing, inter alia, that by taking away patients' ability to produce marijuana for themselves, MMPR forcing them to choose between their liberty, health in order to access adequate supply of medicine; that personal production of medical marijuana involving individual autonomy, dignity, right to make fundamental personal choices free from state interference, thereby impacting or engaging liberty — Whether Canada limiting rights of plaintiffs in manner not complying with Charter — Liberty interest engaged — Liberty at risk for those who cannot access LP regime, who stray outside conditions set for possession by MMPR — Scheme also standing between plaintiffs, right to make decision of fundamental importance unimpeded by state action — Case law decided under previous regulatory scheme (Marijuana Medical Access Regulations (MMAR)) applying herein — Security interest also engaged — MMPR undermining health, safety of medical marijuana users through severe restrictions on access to medical marijuana — These restrictions not in accordance with principles of fundamental justice — Objective of MMPR to reduce risks to public health, security, safety of Canadians, significantly improve access to marijuana for medical purposes — Access to medical marijuana not improved under MMPR — MMPR forcing plaintiffs to choose between medication, other basic necessities without rational connection to objective — With respect to health, safety risks, evidence insufficient, risks not proved to exist — No direct evidence on how MMPR improving access compared to MMAR — MMPR arbitrary, overbroad — Infringement not justified under Charter, s. 1 — As to*

*Aliments et Drogues — Action intentée en vertu de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés contestant la constitutionnalité du régime concernant la marijuana à des fins médicales qui est prévu par le Règlement sur la marijuana à des fins médicales (le RMFM) — Le RMFM a réformé le régime d'accès à la marijuana à des fins médicales, en exigeant, entre autres, que la marijuana séchée soit produite par un producteur autorisé (PA), et limitant la quantité qui peut être possédée à 150 grammes — Les demandeurs ont prétendu, entre autres, qu'en enlevant au patient la possibilité de produire son propre cannabis, le RMFM le force à choisir entre sa liberté et sa santé pour avoir accès à un approvisionnement adéquat quant à son médicament; que la production de cannabis personnel à des fins médicales favorise l'autonomie et la dignité, qu'elle confère le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale libres de toute entrave de l'État et que, par conséquent, elle met en cause le droit à la liberté — Il s'agissait de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une façon qui contrevient à la Charte — Le droit à la liberté était en jeu — Le droit à la liberté des personnes qui ne peuvent avoir accès au régime de producteurs autorisés est à risque si elles s'écartent des conditions de possession énoncées dans le RMFM — Le régime s'interpose entre les demandeurs et leur droit de prendre une décision d'importance fondamentale sans entrave de la part de l'État — Les décisions rendues sous le régime de réglementation précédent (le Règlement sur l'accès à la marijuana à des fins médicales (RAMFM)) s'appliquent aux présentes — Le droit à la sécurité de la personne est également mis en cause — Le RMFM a compromis la santé et la sécurité des personnes qui consomment de la marijuana à des fins médicales par des restrictions sévères quant à l'accès à la marijuana à des fins médicales — Ces restrictions ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale — L'objectif du RMFM est de réduire le risque pour la santé et la sécurité publiques et*

*150-gram restriction, cap not overbroad, grossly disproportionate — Possession cap still allowing one to possess more than necessary amount of marihuana — Action allowed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Charter, s. 7 challenge of constitutionality of medical marihuana regime under Marihuana for Medical Purposes Regulations (MMPR) — Plaintiffs arguing, inter alia, that by taking away patients' ability to produce marihuana for themselves, MMPR forcing them to choose between their liberty, health in order to access adequate supply of medicine; that personal production of medical marihuana involving individual autonomy, dignity, right to make fundamental personal choices free from state interference, thereby impacting or engaging liberty — Whether Canada limiting rights of plaintiffs in manner not complying with Charter — Plaintiffs' s. 7 Charter rights infringed by MMPR — Right not to have one's physical liberty endangered by risk of imprisonment, to make decisions of fundamental personal importance engaged herein — Liberty at risk for those who cannot access LP regime, who stray outside conditions set for possession by MMPR — Scheme also standing between plaintiffs, right to make decision of fundamental importance unimpeded by state action — Case law decided under previous regulatory scheme (Marihuana Medical Access Regulations (MMAR)) applying herein — Security of person interest engaged by establishment of regulatory regime severely restricting access to medical marihuana — MMPR thus undermining health, safety of medical marihuana users — These restrictions not in accordance with principles of fundamental justice — Objective of MMPR to reduce risks to public health, security, safety of Canadians, significantly improve access to marihuana for medical purposes — Access to medical marihuana not improved under MMPR — MMPR forcing plaintiffs to choose between medication, other basic necessities without rational connection to objective — Government cost savings resulting from licensed producer regime cannot trump plaintiffs' Charter rights, form Charter-compliant justification for MMPR — With respect to health, safety risks, evidence insufficient, risks not proved to exist — No direct evidence on how MMPR improving access*

*pour la sécurité des Canadiens, tout en améliorant de façon considérable la manière dont les particuliers ont accès à la marihuana à des fins médicales — L'accès au cannabis à des fins médicales n'a pas été amélioré sous le régime du RMFM — Le RMFM oblige les demandeurs à choisir entre leur médicament et d'autres besoins fondamentaux sans qu'il y ait un lien rationnel avec l'objectif — En ce qui a trait aux risques en matière de santé et de sécurité, la preuve ne donne aucune précision; l'existence de ces risques n'a pas été établie — Aucune preuve directe n'a été présentée quant à la façon dont le RMFM a amélioré l'accès par rapport au RAMFM — La restriction est arbitraire et de portée excessive — Une telle atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier — Quant à la restriction de 150 grammes, la limite n'a pas de portée excessive et n'est pas totalement disproportionnée — Selon la limite de possession, une personne peut posséder une quantité de marihuana qui est plus que ce qui lui est nécessaire — Action accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contestation en vertu de l'art. 7 de la Charte de la constitutionnalité du régime concernant la marihuana à des fins médicales qui est prévu par le Règlement sur la marihuana à des fins médicales (le RMFM) — Les demandeurs ont prétendu, entre autres, qu'en enlevant au patient la possibilité de produire son propre cannabis, le RMFM le force à choisir entre sa liberté et sa santé pour avoir accès à un approvisionnement adéquat quant à son médicament; que la production de cannabis personnel à des fins médicales favorise l'autonomie et la dignité, qu'elle confère le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale libres de toute entrave de l'État et que, par conséquent, elle met en cause le droit à la liberté — Il s'agissait de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une façon qui contrevient à la Charte — Le régime du RMFM porte atteinte aux droits des demandeurs garantis par l'art. 7 de la Charte — Le droit que sa liberté physique ne soit pas mise en danger en raison du risque d'emprisonnement et le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale étaient en jeu en l'espèce — Le droit à la liberté des personnes qui ne peuvent avoir accès au régime de producteurs autorisés est à risque si elles s'écartent des conditions de possession énoncées dans le RMFM — Le régime s'interpose entre les demandeurs et leur droit de prendre une décision d'importance fondamentale sans entrave de la part de l'État — Les décisions rendues sous le régime de réglementation précédent (le Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales (RAMFM)) s'appliquent aux présentes — Le droit à la sécurité de la personne est mis en cause, même indépendamment du risque de sanctions pénales, par l'établissement d'un régime réglementaire qui restreint l'accès à la marihuana — Le RMFM a par conséquent compromis la santé et la sécurité des personnes qui consomment de la marihuana — Ces restrictions ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale — L'objectif du RMFM est de réduire le risque pour la santé et la sécurité publiques et*

*compared to MMAR — MMPR arbitrary, overbroad; limits imposed on s. 7 interests bearing no rational connection to objective — Infringement not justified under Charter, s. 1 — Plaintiffs demonstrating, on balance of probabilities, that cannabis can be produced safely, securely with limited risk, consistently with promotion of public health — Complete restriction not minimal impairment.*

This was an action under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) challenging the constitutionality of the medical marihuana regime under the *Marihuana for Medical Purposes Regulations* (MMPR).

The previous regulatory scheme under the *Marihuana Medical Access Regulations* (MMAR) permitted individuals to obtain an authorization to possess (ATP) marihuana for medical purposes. The MMAR did not set a daily dosage limit, but it did impose a cap on the amount of marihuana that an ATP holder could possess. ATP holders could obtain marihuana through a personal-use production licence (PUPL), a designated person production licence (DPPL), or from Health Canada. The MMPR completely reformed the medical marihuana access regime, most substantially invalidating all PUPLs and DPPLs and the amount an individual is authorized to possess. It dispossessed licensees of the ability to control the medical marihuana they consumed. The MMPR, *inter alia*, mandates that dried marihuana be produced by a licensed producer (LP). Individuals who formerly were or could be issued an ATP must register the prescription of a medical practitioner with a LP to obtain dried marihuana. If they do so, section 3 of the MMPR authorizes them to obtain and possess marihuana produced by that LP. The amount authorized for possession under section 5 is lower than under the MMAR: either 150 grams or 30 times the amount prescribed for daily consumption. Sections 12 to 101 of the MMPR require a LP to meet various quality and security measures.

*pour la sécurité des Canadiens, tout en améliorant de façon considérable la manière dont les particuliers ont accès à la marihuana à des fins médicales — L'accès au cannabis à des fins médicales n'a pas été amélioré sous le régime du RMFM — Le RMFM oblige les demandeurs à choisir entre leur médicament et d'autres besoins fondamentaux sans qu'il y ait un lien rationnel avec l'objectif — Les économies de coûts réalisées par le gouvernement découlant du régime des producteurs autorisés ne peuvent pas avoir préséance sur les droits des demandeurs garantis par la Charte et constituer une justification de dérogation à la Charte en ce qui a trait au RMFM — En ce qui a trait aux risques en matière de santé et de sécurité, la preuve ne donne aucune précision; l'existence de ces risques n'a pas été établie — Aucune preuve directe n'a été présentée quant à la façon dont le RMFM a amélioré l'accès par rapport au RAMFM — L'objectif de la loi est arbitraire et de portée excessive, car la limite qu'il impose à l'égard des droits prévus à l'art. 7 n'a aucun lien rationnel avec celui-ci — Une telle atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier — Les demandeurs ont démontré, selon la prépondérance des probabilités, que le cannabis peut être produit de façon sécuritaire tout en limitant les risques pour la sécurité du public et tout en favorisant la santé publique — Une restriction complète n'est pas une atteinte minimale.*

Il s'agissait d'une action intentée en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) contestant la constitutionnalité du régime concernant la marihuana à des fins médicales qui est prévu par le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales* (le RMFM).

Le régime de réglementation précédent prévu par le *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales* (le RAMFM) permettait à des personnes d'obtenir une autorisation de possession (AP) de marihuana à des fins médicales. Le RAMFM ne fixait pas de limite concernant la dose quotidienne qu'un médecin pouvait prescrire, mais il imposait une quantité maximale de marihuana que le titulaire d'une autorisation de possession pouvait posséder. Les titulaires d'une autorisation de possession pouvaient avoir accès à de la marihuana au moyen d'une licence de production à des fins personnelles (LPFP), au moyen d'une licence de production à titre de personne désignée (LPPD) ou auprès de Santé Canada. Le RMFM a complètement réformé le régime d'accès à la marihuana à des fins médicales, annulant essentiellement toutes les LPFP et les LPPD et la quantité qu'une personne peut posséder. Il a enlevé aux titulaires de licence la capacité de contrôler la marihuana à des fins médicales qu'ils consommaient. Le RMFM exige, entre autres, que la marihuana séchée soit produite par un producteur autorisé (PA). Les personnes qui détenaient ou pouvaient détenir auparavant une AP doivent inscrire la prescription d'un médecin auprès d'un PA pour obtenir la marihuana séchée. L'article 3 du RMFM leur permet alors d'obtenir et de posséder de la

The plaintiffs argued, *inter alia*, that the MMPR takes away the ability of the patient to produce marihuana for themselves, compelling them to purchase from a LP, placing them in the position of having to choose between their liberty and their health in order to have access to an adequate supply of medicine; that section 7 permits the government to regulate commercial behaviour in this area but does not permit the government to criminalize individual non-commercial patient conduct such as personal production of cannabis-based products; and that the personal production of medical marihuana involves individual autonomy, dignity and the right to make fundamental personal choices free from state interference, thereby impacting or engaging liberty.

At issue was whether Canada has limited the rights of the plaintiffs in a manner that does not comply with the Charter.

*Held*, the action should be allowed.

The plaintiffs' section 7 Charter rights were infringed by the MMPR. The liberty interest in this case was engaged in two distinct ways: the right not to have one's physical liberty endangered by the risk of imprisonment, and the right to make decisions of fundamental personal importance. Liberty is at risk for those who cannot access the LP regime if they cultivate or purchase outside the regime for any reason, including affordability, dosage and strain preference, as they risk conviction and imprisonment. The risk is also manifested if they stray outside the conditions set for their possession by the MMPR—possessing more than 150 grams. The scheme also stands between the plaintiffs and their right to make a decision of fundamental importance unimpeded by state action. The case law decided under the MMAR applied to the analysis of the constitutionality of the MMPR as the case law addressed the limitations and prohibitions imposed on medical marihuana, finding such limitations to engage section 7 rights. The decision of fundamental importance was about access to marihuana for medical purposes, and that access, while not prohibited, is restricted. The issue was the scope of the restrictions to access. The security of the person interest was engaged, even independently of criminal sanction, by the establishment of a regulatory regime that restricts access to marihuana. This was true of the MMAR and is true of the MMPR. The Ontario Court of Appeal's analysis in *Hitzig v. Canada* applied in the present case, albeit the regime in *Hitzig*—the MMAR—is distinguishable from the MMPR.

marihuana produite par ce PA. La quantité qui peut être possédée en vertu de l'article 5 est plus petite que sous le régime du RAMFM : 150 grammes ou 30 fois la quantité quotidienne prescrite. Un PA est tenu de respecter diverses mesures de qualité et de sécurité, qui sont prévues aux articles 12 à 101 du RMFM.

Les demandeurs ont prétendu, entre autres, que le RMFM enlève au patient la possibilité de produire son propre cannabis, ce qui a pour effet de mettre les patients dans une position où ils doivent choisir entre leur liberté et leur santé pour avoir accès à un approvisionnement adéquat quant à leur médicament; que l'article 7 autorise le gouvernement à réglementer les pratiques commerciales dans ce domaine, mais qu'il ne l'autorise pas à criminaliser les activités non commerciales des patients, comme la production de produits à base de cannabis pour consommation personnelle; et que la production de cannabis personnel à des fins médicales favorise l'autonomie et la dignité, qu'elle confère le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale libres de toute entrave de l'État et que, par conséquent, elle met en cause le droit à la liberté.

Il s'agissait de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une façon qui contrevient à la Charte.

*Jugement* : l'action doit être accueillie.

Le RMFM porte atteinte aux droits des demandeurs garantis par l'article 7 de la Charte. Le droit à la liberté était en jeu, et ce, de deux différentes manières : le droit que sa liberté physique ne soit pas mise en danger en raison du risque d'emprisonnement et le droit de prendre des décisions personnelles d'importance fondamentale. Le droit à la liberté des personnes qui ne peuvent avoir accès au régime de PA est à risque s'ils cultivent de la marihuana ou en achètent à l'extérieur du cadre du régime pour quelque raison que ce soit, notamment l'abordabilité, la préférence quant à la souche et la dose, parce qu'ils s'exposent à une déclaration de culpabilité et à une peine d'emprisonnement. Le risque existe également s'ils s'écartent des conditions de possession énoncées dans le RMFM, soit une possession de plus de 150 grammes. Le régime s'interpose entre les demandeurs et leur droit de prendre une décision d'importance fondamentale sans entrave de la part de l'État. Les décisions rendues sous le régime du RAMFM s'appliquaient à l'analyse de la constitutionnalité du RMFM étant donné que la jurisprudence applicable portait sur les restrictions et les interdictions imposées à l'égard de la marihuana à des fins médicales, et qu'elle a conclu que de telles restrictions portaient atteinte aux droits garantis par l'article 7. La décision d'une importance fondamentale concernait l'accès à la marihuana à des fins médicales et cet accès, bien qu'il ne soit pas interdit, est restreint. La question à trancher concernait la portée de la restriction à l'accès. Le droit à la sécurité de la personne était mis en

The common and significant factor is that constraints are imposed in both regimes. In the present case, one cannot cultivate for oneself or purchase the marihuana from a supplier that is not registered as a LP. As a result of these restrictions, if one cannot access a LP for any reason, that person's security is engaged as there would be no access to their medication resulting in physical or psychological suffering. The MMPR has undermined the health and safety of medical marihuana users by diminishing the quality of their health care through severe restrictions on access to medical marihuana. It is the restriction that engages section 7 interests.

The next question was whether these limitations are in accordance with the principles of fundamental justice. The objective of the MMPR is "to reduce the risks to public health, security and safety of Canadians, while significantly improving the way in which individuals access marihuana for medical purposes". Access to cannabis for medical purposes is not improved for the plaintiffs under the MMPR. By limiting their access to purchasing from LPs, the health and safety of the plaintiffs is also diminished. Although the plaintiffs may not resort to the black market and break the law, the MMPR forces them to choose between their medication and other basic necessities without a rational connection to the objective. With respect to health and safety risks, the evidence was insufficient. The only consequence of the MMPR remaining unchallenged was that of government cost savings. The regulatory cost burden has been transferred to the LPs. Cost savings cannot trump the plaintiffs' Charter rights and form a Charter-compliant justification for the MMPR. The MMPR is arbitrary as the limits it imposes on section 7 interests bear no rational connection to their objective. Many of the risks purported to be significant were not proved to exist, including fire, home invasion and community impacts. The MMPR goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objectives. Even if there were some rational connection between the purposes of the MMPR and some, but not all, of its impacts, the restriction on personal cultivation of marihuana would still be overbroad. There was no direct evidence on how the MMPR has improved access compared to the MMAR. The restriction catches those whose health and safety were never at risk. Therefore, in addition to being arbitrary, the law is overbroad.

cause, même indépendamment du risque de sanctions pénales, par l'établissement d'un régime réglementaire qui restreint l'accès à la marihuana. Tel était le cas sous le régime du RAMFM et il en est ainsi sous le régime du RMFM. L'analyse effectuée dans l'arrêt *Hitzig c. Canada* par la Cour d'appel de l'Ontario s'appliquait à l'espèce, bien qu'il soit possible d'établir une distinction entre le régime applicable dans l'arrêt *Hitzig*, soit le RAMFM, et le RMFM. Le facteur commun et important est que les deux régimes prévoient des contraintes. En l'espèce, une personne ne peut pas cultiver de la marihuana pour elle-même ni l'acheter d'un fournisseur qui ne détient pas une licence de PA. En raison de ces restrictions, si une personne ne peut pas avoir accès à un PA pour quelque raison que ce soit, la sécurité de la personne est mise en jeu étant donné qu'elle n'aura pas accès à ses médicaments, ce qui causera des souffrances physiques ou psychologiques. Le RMFM a compromis la santé et la sécurité des personnes qui consomment de la marihuana à des fins médicales en abaissant la qualité des soins médicaux qui leur sont offerts par des restrictions sévères quant à l'accès à la marihuana à des fins médicales. Il s'agit de la restriction qui met en cause les droits garantis par l'article 7.

La question suivante consistait à savoir si les restrictions en question sont conformes aux principes de justice fondamentale. L'objectif du RMFM est de « réduire le risque pour la santé et la sécurité publiques et pour la sécurité des Canadiens, tout en améliorant de façon considérable la manière dont les particuliers ont accès à la marihuana à des fins médicales ». L'accès des demandeurs au cannabis à des fins médicales n'a pas été amélioré sous le régime du RMFM. La restriction selon laquelle les demandeurs doivent acheter auprès de PA entraîne aussi une détérioration de la santé et de la sécurité des demandeurs. Bien que les demandeurs puissent ne pas être contraints de se tourner vers le marché noir et de violer la loi, le RMFM les oblige à choisir entre leur médicament et d'autres besoins fondamentaux sans qu'il y ait un lien rationnel avec l'objectif. En ce qui a trait aux risques pour la santé et la sécurité, la preuve était insuffisante. La seule conséquence découlant du fait que le RMFM demeure largement incontesté est que le gouvernement réalise des économies. Le fardeau des coûts liés à la réglementation a été transféré aux PA. Les économies de coûts ne peuvent pas avoir préséance sur les droits des demandeurs garantis par la Charte et constituer une justification de dérogation à la Charte en ce qui a trait au RMFM. L'objectif de la loi est arbitraire, car la limite qu'il impose à l'égard des droits prévus à l'article 7 n'a aucun lien rationnel avec celui-ci. L'existence de bon nombre des risques censément importants n'a pas été établie, notamment le risque d'incendie et de braquage à domicile et les incidences sur la collectivité. Le RMFM a une portée excessive et vise certains actes qui n'ont aucun lien avec ses objectifs. Même s'il y avait un certain lien rationnel entre les objectifs du RMFM et certaines de ses incidences, la restriction sur la

The infringement of section 7 was not justified under section 1 of the Charter. The objective of the prohibition is the same in both section 7 and section 1 Charter analyses. The same disconnect between the prohibition and its object that renders the restrictions arbitrary or overbroad under section 7 frustrates the requirement under section 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective and minimally impairing. As to “minimal impairment”, it was demonstrated, on a balance of probabilities, that cannabis can be produced safely and securely with limited risk to public safety and consistently with the promotion of public health. Accepting that fire, mould, diversion, theft and violence are risks that inherently exist to a certain degree, this significant restriction punishes those who are able to safely produce by abiding with local laws and taking simple precautions to reduce such risk. A complete restriction is not minimal impairment. For these reasons, the infringement of section 7 is not justified under section 1 of the Charter.

Finally, as to the 150-gram restriction, the cap is not overbroad or grossly disproportionate because it bears a connection to the objective—it reduces the implied risk of theft, violence and diversion. The 150-gram restriction is significantly different than the restriction on cultivation, which was a complete ban. The possession cap still allows one to possess more than their necessary amount of marihuana. There is nothing stopping Parliament from legislating cultivation in a similar way that ensures that significant measures are taken to reduce risk.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.
- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 4, 5, 7, 56.
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.
- Marihuana for Medical Purposes Regulations*, SOR/2013-119.

culture de la marihuana à des fins personnelles serait toujours considérée comme étant trop large. Aucune preuve directe n’a été présentée quant à la façon dont le RMFM a amélioré l’accès par rapport au RAMFM. La restriction englobe ceux dont la santé et la sécurité n’ont jamais été exposées à des risques. Donc, en plus d’être arbitraire, la loi a une portée excessive.

L’atteinte à l’article 7 n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la Charte. L’objectif de l’interdiction est le même dans l’analyse fondée sur l’article 7 et dans l’analyse fondée sur l’article premier de la Charte. La même absence de lien entre l’interdiction et son objet, qui rend les restrictions arbitraires et de portée excessive pour l’application de l’article 7, fait échec à l’exigence de l’article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent et selon laquelle la restriction doit donner lieu à une atteinte minimale. Pour ce qui est de l’« atteinte minimale », on a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que le cannabis peut être produit de façon sécuritaire tout en limitant les risques pour la sécurité du public et tout en favorisant la santé publique. Tout en reconnaissant que les incendies, la moisissure, le détournement, le vol et la violence sont des risques qui existent dans une certaine mesure, cette importante restriction punit les personnes qui sont capables de produire de façon sécuritaire, en respectant les lois locales et en prenant des précautions simples en vue de réduire de tels risques. Une restriction complète n’est pas une atteinte minimale. Pour ces motifs, l’atteinte à l’article 7 n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la Charte.

Quant à la restriction de 150 grammes, la limite n’a pas de portée excessive et n’est pas totalement disproportionnée et elle a un lien avec l’objectif : elle réduit le risque intrinsèque de vol, de violence et de détournement. La restriction de 150 grammes est très différente de la restriction concernant la culture étant donné que celle-ci constitue une interdiction totale. Selon la limite de possession, une personne peut posséder une quantité de marihuana qui est plus que ce qui lui est nécessaire. Rien n’empêche le législateur de légiférer sur la culture de manière à veiller à ce que des mesures importantes soient prises pour réduire le risque.

#### 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. 1, 7.
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4, 5, 7, 56.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.
- Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1.



*Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227, s. 41(b.1) (rep. by SOR/2009-142, s. 1).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1.  
*Narcotic Control Regulations*, C.R.C., c. 1041.  
*Natural Health Products Regulations*, SOR/2003-196.  
*Safety Standards Act*, S.B.C. 2003, c. 39.

*Règlement sur la marihuana à des fins médicales*, DORS/2013-119.  
*Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227, art. 41b.1) (abrogé par DORS/2009-142, art. 1).  
*Règlement sur les produits de santé naturels*, DORS/2003-196.  
*Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., ch. 1041.  
*Safety Standards Act*, S.B.C. 2003, ch. 39.

## CASES CITED

## APPLIED:

*R. v. Parker*, 2000 CanLII 5762, 49 O.R. (3d) 481 (C.A.);  
*R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602; *Hitzig v. Canada*, 2003 CanLII 30796, 231 D.L.R. (4th) 104 (Ont. C.A.); *R. v. Mernagh*, 2013 ONCA 67, 295 C.C.C. (3d) 431; *Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 O.R. (3d) 190; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

## CONSIDERED:

*Sfetkopoulos v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 33, [2008] 3 F.C.R. 399; *R. v. Beren and Swallow*, 2009 BCSC 429, 192 C.R.R. (2d) 79; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Allard v. Canada*, 2014 FC 280, 451 F.T.R. 45; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Malmö-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381.

## REFERRED TO:

*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536.

## AUTHORS CITED

Boyd, Susan and Connie Carter. *Killer Weed: Marijuana Grow Ops, Media and Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 2014.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. v. Parker*, 2000 CanLII 5762, 49 O.R. (3d) 481 (C.A.);  
*R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602; *Hitzig v. Canada*, 2003 CanLII 30796, 231 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Ont.); *R. v. Mernagh*, 2013 ONCA 67, 295 C.C.C. (3d) 431; *Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 O.R. (3d) 190; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Sfetkopoulos c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 33, [2008] 3 R.C.F. 399; *R. v. Beren and Swallow*, 2009 BCSC 429, 192 C.R.R. (2d) 79; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Allard c. Canada*, 2014 CF 280; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Malmö-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

## DOCTRINE CITÉE

Boyd, Susan et Connie Carter. *Killer Weed : Marijuana Grow Ops, Media and Justice*. Toronto : University of Toronto Press, 2014.

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2012.I.3422.

Walsh, Zachary. *Cannabis Access for Medical Purposes: Patient Characteristics, Patterns of Use and Barriers to Access.*

ACTION under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenging the constitutionality of the medical marihuana regime under the *Marihuana for Medical Purposes Regulations*. Action allowed.

#### APPEARANCES

*John W. Conroy, Q.C., Kirk Tousaw, Tonia Grace, Bibhas Vaze, and Matthew Jackson* for plaintiffs.

*B. J. Wray, Jan Brongers, Carl Januszczak, Melissa Nicolls and Philippe Alma* for defendant.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Conroy & Company, Abbotsford, British Columbia,* for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

#### TABLE OF CONTENTS

Sections:	Paragraph
I. Introduction.....	1–5
II. Summary/Overview .....	6–16
III. Background.....	17
A. Regulatory Scheme.....	17–18
B. MMAR .....	19–29
C. MMPR .....	30–39
IV. Judicial Context .....	40–64
V. Factual Background .....	65
A. Medical Marihuana Use .....	66
(1) Dosage.....	67–78
(2) Methods of Consumption.....	79–84
(3) Strains.....	85–93
B. Marihuana Cultivation.....	94–100
C. Risk of Cultivation .....	101–109

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2012.I.3422.

Walsh, Zachary. *Cannabis Access for Medical Purposes : Patient Characteristics, Patterns of Use and Barriers to Access.*

ACTION intentée en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contestant la constitutionnalité du régime concernant la marihuana à des fins médicales qui est prévu par le *Règlement sur la marihuana à des fins médicales*. Action accueillie.

#### ONT COMPARU

*John W. Conroy, c.r., Kirk Tousaw, Tonia Grace, Bibhas Vaze et Matthew Jackson* pour les demandeurs.

*B. J. Wray, Jan Brongers, Carl Januszczak, Melissa Nicolls et Philippe Alma* pour la défenderesse.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Conroy & Company, Abbotsford (Colombie-Britannique)* pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

#### TABLE DES MATIÈRES

Sections :	Paragraphe
I. Introduction.....	1–5
II. Résumé/aperçu.....	6–16
III. Le contexte.....	17
A. Le régime de réglementation .....	17–18
B. Le RAMFM.....	19–29
C. Le RMFM.....	30–39
IV. Le contexte judiciaire.....	40–64
V. Le contexte factuel.....	65
A. L'utilisation de la marihuana à des fins médicales .....	66
1) Le dosage.....	67–78
2) Méthodes de consommation.....	79–84
3) Souches.....	85–93
B. Culture de la marihuana.....	94–100
C. Les risques comportés par la culture ..	101–109

D. Mould and Other Contamination.....	110–115	D. La moisissure et autre type de contamination .....	110–115
E. Fire.....	116–122	E. Incendie .....	116–122
F. Home Invasion/Violence/Diversion ...	123–126	F. Braquage à domicile/violence/détournement .....	123–126
G. Community Impacts .....	127–128	G. L’incidence sur la collectivité.....	127–128
H. Other Witnesses .....	129–130	H. Les autres témoins .....	129–130
VI. The Plaintiffs.....	131	VI. Les demandeurs .....	131
A. Neil Allard .....	132–134	A. Neil Allard .....	132–134
B. Shawn Davey and Brian Alexander....	135–139	B. Shawn Davey et Brian Alexander.....	135–139
C. Tanya Beemish and Dave Hebert .....	140–147	C. Tanya Beemish et Dave Hebert .....	140–147
D. Affordability .....	148–157	D. L’abordabilité.....	148–157
E. Access/Availability .....	158–163	E. L’accès et la disponibilité .....	158–163
F. Cost of Cultivation .....	164–171	F. Les coûts liés à la culture de la marihuana .....	164–171
VII. Analysis.....	172	VII. Analyse .....	172
A. Section 7 Rights and Interests .....	172–175	A. Les droits garantis par l’article 7 .....	172–175
(1) Liberty Interest .....	176	1) Le droit à la liberté .....	176
(a) Law .....	176–180	a) Le droit applicable .....	176–180
(b) Positions — Summary .....	181–186	b) Le résumé des positions des parties .....	181–186
(c) Analysis .....	187–196	c) Analyse .....	187–196
(2) Security Interest.....	197	2) Le droit à la sécurité .....	197
(a) Law .....	197–199	a) Le droit.....	197–199
(b) Positions—Summary .....	200–201	b) Les points de vue — Résumé .....	200–201
(c) Analysis .....	202–203	c) Analyse .....	202–203
(3) Affordability and Access Discussion .....	204–213	3) Analyse portant sur l’abordabilité et l’accès .....	204–213
B. Principles of Fundamental Justice.....	214	B. Principes de justice fondamentale .....	214
(1) Objective of the Legislation .....	215–221	1) Objectif de la loi .....	215–221
(2) Section 1 v. Section 7 .....	222–224	2) Article premier et article 7.....	222–224
(3) Arbitrariness .....	225	3) Le caractère arbitraire.....	225
(a) Law .....	225–227	a) Le droit.....	225–227
(b) Positions—Summary .....	228–232	b) Les points de vue — Résumé .....	228–232
(c) Analysis .....	233–235	c) Analyse .....	233–235
(d) Impact on the Plaintiffs.....	236–238	d) Les incidences sur les demandeurs .....	236–238
(e) Response to Defendant’s Position.....	239–254	e) La réponse au point de vue de la défenderesse .....	239–254
(4) Overbreadth.....	255	4) Portée excessive .....	255
(a) Law .....	255–257	a) La loi.....	255–257
(b) Positions—Summary .....	258–266	b) Les points de vue — Résumé .....	258–266
(c) Analysis .....	267–271	c) Analyse .....	267–271

(5) Grossly Disproportionate .....	272	5) Disproportion totale.....	272
(a) Law .....	272	a) La loi.....	272
(b) Positions—Summary .....	273–277	b) Les points de vue — Résumé	273–277
(c) Analysis .....	278	c) Analyse .....	278
C. Section 1 .....	279–285	C. L'article premier .....	279–285
D. Possession Limits—Specific Issue .....	286–288	D. Limites de possession — Question particulière.....	286–288
VIII. Conclusion.....	289	VIII. Conclusion.....	289
IX. Disposition and Remedy.....	290–298	IX. Décision et réparation .....	290–298

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

PHELAN J.:

### I. Introduction

[1] This is a Charter challenge to the current medical marijuana regime under the *Marihuana for Medical Purposes Regulations*, SOR/2013-119 (MMPR) brought by four individuals. It is important to bear in mind what this litigation is about, and equally, what it is not about.

[2] This case is not about the legalization of marijuana generally or the liberalization of its recreational or life-style use. Nor is it about the commercialization of marijuana for such purposes.

This case is about the access to marijuana for medical purposes by persons who are ill, including those suffering severe pain, and/or life-threatening neurological conditions. Such persons also encompass those in the very last stages of their life.

[3] This is another decision in a line of cases starting with *R. v. Parker*, 2000 CanLII 5762, 49 O.R. (3d) 481 (C.A.) (*Parker*), and culminating in *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602 (*Smith*), that have examined, often with a critical eye, the efforts of government to regulate the use of marijuana for medical purposes and the various barriers and impediments to accessing this necessary drug.

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

LE JUGE PHELAN :

### I. Introduction

[1] Je suis saisi d'une contestation fondée sur la Charte présentée par quatre personnes relativement au régime concernant la marijuana à des fins médicales actuel qui est prévu par le *Règlement sur la marijuana à des fins médicales*, DORS/2013-119 (1e RMFM). Il est important de se rappeler ce sur quoi la présente affaire porte de même que ce sur quoi elle ne porte pas.

[2] La présente affaire ne porte pas sur la légalisation générale de la marijuana ou sur la libéralisation de sa consommation à des fins récréatives ou de sa consommation en tant que mode de vie. Elle ne porte pas non plus sur la commercialisation de la marijuana à de telles fins.

Il est question de l'accès à la marijuana à des fins médicales par des personnes qui sont malades, notamment celles qui souffrent de douleurs aiguës ou qui souffrent de troubles neurologiques parfois mortels, ainsi que les personnes qui sont sur le point de mourir.

[3] Nous avons affaire en l'espèce à une décision s'inscrivant dans un courant jurisprudentiel qui a commencé par l'arrêt *R. v. Parker*, 2000 CanLII 5762, 49 O.R. (3d) 481 (C.A.) (*Parker*), et abouti à l'arrêt *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602 (*Smith*), où l'on a examiné, souvent d'un œil critique, les efforts faits par le gouvernement en vue de réglementer la consommation de la marijuana à des fins médicales ainsi que les

[4] Like other cases, this most recent attempt at restricting access founders on the shoals of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), particularly section 7, and is not saved by section 1:

**Rights and freedoms in Canada**

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

**Life, liberty and security of person**

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[5] The Court has concluded that the plaintiffs' liberty and security interest are engaged by the access restrictions imposed by the MMPR and that the access restrictions have not been proven to be in accordance with the principles of fundamental justice.

II. Summary/Overview

[6] The plaintiffs are four individuals, who have a medical requirement for marijuana to deal with certain physical conditions from which they suffer. Their lives have been adversely impacted by the imposition of the relatively new regime to control the use of marijuana for medical purposes.

[7] The focus of this litigation is the most recent response of the federal government to the teachings of *Parker* that effectively mandated a regime to make marijuana available for medical purposes to persons in need. The Court in *Parker* held that the criminal

divers obstacles empêchant l'accès à cette drogue dont certains ont besoin.

[4] Comme d'autres affaires, cette dernière tentative de restriction d'accès se heurte aux écueils 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), particulièrement l'article 7, et n'est pas sauvegardée par l'article premier :

**Droits et libertés au Canada**

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

**Vie, liberté et sécurité**

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[5] La Cour a conclu que la liberté des demandeurs et la sécurité de leur personne sont visées par les restrictions en matière d'accès imposées par le RMFM et qu'il n'a pas été établi que les restrictions en matière d'accès sont conformes aux principes de justice fondamentale.

II. Résumé/aperçu

[6] Les quatre demandeurs en l'espèce ont besoin de consommer de la marijuana pour des raisons médicales afin de soigner certaines affections physiques dont ils souffrent. L'imposition du régime assez récent en vue de contrôler la consommation de la marijuana à des fins médicales a eu des conséquences défavorables sur leur vie.

[7] La présente affaire porte sur la réponse la plus récente du gouvernement fédéral aux enseignements de l'arrêt *Parker*, qui prescrivait dans les faits l'établissement d'un régime permettant d'offrir de la marijuana à des fins médicales aux personnes en ayant besoin. (Dans

prohibition against the possession of marihuana in section 4 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (CDSA), was of no legal effect absent a constitutionally acceptable medical exemption from that prohibition.

[8] The federal government previously put in place the *Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227 (MMAR) in 2001, repealed the MMAR on March 31, 2014 [SOR/2013-119, s. 267], and put in place a substantially different regime under the MMPR.

For purposes of this case, the terms “cannabis” and “marihuana” (marijuana) are used interchangeably.

[9] The fact finding process in this case was challenging due to volume and relevancy. The case, on consent, proceeded as a summary trial where affidavit evidence was taken as “read” into the record and only those witnesses whom a party wished to cross-examine appeared in Court. There was a large volume of evidence, not subject to cross-examination, which nevertheless had to be assessed with a critical focus on relevancy and weight. A list of the witnesses for the parties, both lay and expert, is attached as Schedule A.

[10] The previous jurisprudence on marihuana for medical purposes under the MMAR was extremely helpful in establishing the relationship between section 7 interests and the consumption of marihuana for medical purposes. After the trial concluded, the Supreme Court rendered its decision in *Smith* (discussed more fully later). That decision held that the former medical access regime’s limitation to the use of only dried marihuana unjustifiably violated the guarantees in section 7. This trial was reopened to permit the parties to make submissions on the effect of the *Smith* decision on the present case.

l’arrêt *Parker*, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que l’interdiction de nature pénale visant la possession de marihuana prévue à l’article 4 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la LRCDas), n’avait aucun effet juridique en l’absence d’une exemption à des fins médicales de cette restriction qui soit constitutionnellement acceptable.)

[8] Le gouvernement fédéral avait précédemment adopté le *Règlement sur l’accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227 (le RAMFM), en 2001. Il l’a abrogé le 31 mars 2014 [DORS/2013-119, art. 267], puis il a mis en place le régime très différent prévu par le RMFM.

Pour les besoins de la présente affaire, les termes « cannabis » et « marihuana » (marijuana) sont utilisés de façon interchangeable.

[9] En l’espèce, le processus de recherche des faits est exigeant en raison du volume et de la pertinence de la preuve. Avec le consentement des parties, l’affaire a été traitée dans le cadre d’un procès sommaire. Les témoignages par affidavit ont été considérés comme ayant été versés au dossier et seuls les témoins qu’une des parties voulait contre-interroger ont comparu devant la Cour. J’ai quand même dû apprécier, pour ce qui est de leur pertinence et de leur valeur probante, un nombre important d’éléments de preuve n’ayant pas fait l’objet d’un contre-interrogatoire. Une liste des témoins profanes et des témoins experts des parties est jointe à l’annexe A.

[10] La jurisprudence antérieure sur la marihuana à des fins médicales sous le régime du RAMFM m’a grandement aidé à établir le rapport entre les droits garantis par l’article 7 et la consommation de marihuana à des fins médicales. Une fois l’instruction terminée, la Cour suprême du Canada a rendu son arrêt dans l’affaire *Smith* (qui sera abordée plus en détail plus loin). Elle a conclu que le fait que l’ancien régime d’accès médical restreignait l’accès à la marihuana uniquement à sa forme séchée portait atteinte de façon injustifiable aux droits garantis par l’article 7. L’instruction a été rouverte pour permettre aux parties de présenter des observations sur l’incidence de l’arrêt *Smith* sur la présente affaire.

[11] That decision reaffirms the connection between section 7 rights and the restrictions on the use of marihuana and disposes of the question of the methods of consumption issue raised as one of the numerous issues in this trial. The restriction to dried marihuana under the MMPR is void for the same reasons it was held to be void under the MMAR in *Smith*.

[12] On the issue of the proper dosages and the alleged therapeutic effects of different strains of marihuana, there remains significant scientific debate on this topic. A clear theme running through the evidence of this trial is that despite the lengthy period for which marihuana for medical purposes has been available, there is a paucity of evidence, particularly from government, in respect of its use and effects. Marihuana is not treated as a “medicine” by statute, regulation or policy, and the information gap posed a significant problem. In addition to methods of consumption, the evidence adduced during the course of the litigation focused on the plaintiffs’ access to marihuana considering dosages, strains, cultivation, cost economics and the administration of the drug in other jurisdictions.

[13] The anecdotal evidence of the plaintiffs on the impact of different strains is accepted but its weight is not significant. The Court is not in any position to prescribe or condone different medical treatments. The defendant asks the Court to conclude that, given the high level of use of medical marihuana (significantly more than some other countries), Canadian medical practitioners are, in effect, overprescribing medical marihuana. There is insufficient evidence for the Court to reach that conclusion much less ground a section 1 finding on that basis.

[14] To the extent that affordability was advanced as a ground of section 7 violation, it has not been made out. More importantly, it is not necessary to make such a

[11] Cet arrêt confirme le lien entre les droits garantis par l’article 7 et les restrictions concernant l’utilisation de la marihuana et permet de trancher la question des méthodes de consommation, qui fait partie des nombreuses questions soulevées dans la présente affaire. La restriction d’accès à la marihuana uniquement à sa forme séchée qui est imposée par le RMFM est nulle pour les mêmes raisons que celles pour lesquelles la Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *Smith* que la restriction imposée par le RAMFM était nulle.

[12] En ce qui concerne la question des doses appropriées et des effets thérapeutiques allégués des différentes souches de marihuana, celle-ci fait toujours l’objet d’un débat scientifique important. Un thème revient clairement dans l’ensemble de la preuve en l’espèce : même si la marihuana à des fins médicales est offerte depuis longtemps, les éléments de preuve concernant son utilisation et ses effets sont insuffisants, particulièrement de l’avis du gouvernement. La marihuana n’est pas considérée comme un « médicament » dans les lois, les règlements ou les politiques, et l’insuffisance de renseignements constituait un problème important. En plus de porter sur les méthodes de consommation, les éléments de preuve présentés au cours de l’instance étaient axés sur l’accès par les demandeurs à la marihuana compte tenu des doses, des souches, de la culture, de l’économie des coûts et de l’administration de la drogue dans d’autres ressorts.

[13] J’accepte la preuve anecdotique des demandeurs concernant l’effet des différentes souches, mais je n’y accorde pas beaucoup de poids. La Cour n’est pas en mesure de prescrire ou d’approuver différents traitements médicaux. La défenderesse demande à la Cour de conclure que, compte tenu du niveau d’utilisation de la marihuana à des fins médicales (qui est beaucoup plus élevé que dans certains autres pays), dans les faits, les médecins canadiens prescrivent de façon excessive la marihuana à des fins médicales. La Cour ne dispose pas d’éléments de preuve suffisants pour tirer une telle conclusion et, à plus forte raison, pour tirer une conclusion au regard de l’article premier.

[14] Dans la mesure où la question de l’abordabilité a été invoquée comme fondement de la violation de l’article 7, ce fondement n’a pas été établi. Qui plus est,

finding. Affordability can be a barrier to access, particularly where it is a choice made to expend funds on medical treatment to the detriment of other basic needs. However, this case does not turn on a right to “cheap drugs”, nor a right “to grow one’s own”, nor do the plaintiffs seek to establish such a positive right from government.

[15] The evidence does establish that under the single source system of a licensed producer (LP) there is no guarantee that the necessary quality, strain and quantity will be available when needed at some acceptable level of pricing (through such mechanisms as flexible pricing or discount pricing)—due to the structure of the regulations and the characteristics of the market.

[16] Ultimately, considering that liberty and security interests are engaged, the Court has found that the evidence of each plaintiff’s individual circumstances was sufficient to demonstrate that the regulatory restrictions in the MMPR upon the individuals (including but not limited to the prohibitions against certain methods of consumption and plant growth by a patient or his or her delegate) does not bear a connection to the objective of the legislation and is therefore arbitrary. The access restrictions did not prove to reduce risk to health and safety or to improve access to marihuana—the purported objectives of the regulation. In the alternative, even if some connection is found, the restriction is still overbroad and does not minimally impair section 7 rights.

### III. Background

#### A. *Regulatory Scheme*

[17] Drugs and controlled substances are primarily regulated by the CDSA, the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (FDA) and their related regulations.

il n’est pas nécessaire que je tire une conclusion à ce sujet. L’abordabilité peut constituer un obstacle à l’accès, particulièrement lorsque l’on choisit de dépenser des fonds pour obtenir des traitements médicaux au lieu d’autres besoins fondamentaux. Cependant, la présente affaire ne porte pas sur le droit d’avoir accès à des « drogues peu coûteuses » ni sur le droit de « cultiver sa propre marihuana », et les demandeurs ne cherchent pas établir un tel droit positif par rapport au gouvernement.

[15] La preuve permet d’établir que, sous le régime à source unique des producteurs autorisés [PA], rien ne garantit que les patients pourront avoir accès à la qualité, à la souche et à la quantité de marihuana dont ils ont besoin à un prix acceptable (fixé au moyen de mécanismes comme l’établissement de prix variables ou l’octroi de rabais) en raison de la structure du règlement et des caractéristiques du marché.

[16] En fin de compte, comme les droits à la liberté et à la sécurité de la personne sont en cause, la Cour a conclu que les éléments de preuve relatifs aux circonstances de chacun des demandeurs permettaient de démontrer que les restrictions imposées aux personnes dans le RMFM, notamment les restrictions visant certaines méthodes de consommation et la culture des plants par un patient ou une personne désignée par lui, n’a aucun lien avec l’objectif du règlement et est donc arbitraire. Il n’a pas été prouvé que les restrictions en matière d’accès réduisaient les risques pour la santé et la sécurité ou amélioreraient l’accès à la marihuana — les objectifs présumés du règlement. À titre subsidiaire, même si je conclus qu’il existe un lien quelconque, les restrictions ont quand même une portée excessive et elles ne constituent pas une atteinte minimale aux droits garantis par l’article 7.

### III. Le contexte

#### A. *Le régime de réglementation*

[17] Les drogues et les substances contrôlées sont principalement réglementées par la LRCDS, la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la LAD), et leurs règlements d’application.



Cannabis (marihuana) is a controlled substance scheduled under the CDSA and a narcotic subject to the *Narcotic Control Regulations*, C.R.C., c. 1041 (NCR).

[18] Subsequent to the Ontario Court of Appeal's decision in *Parker* referred to earlier, which in practical terms mandated a constitutionally acceptable medical exemption for the use of marihuana, the federal government (Canada) enacted the MMAR. These regulations have been amended numerous times in response to decisions from various courts.

#### B. MMAR

[19] The MMAR, prior to its repeal and replacement with the MMPR, permitted individuals who had the support of a medical practitioner to obtain an authorization to possess (ATP) marihuana for medical purposes from Health Canada.

[20] The MMAR did not set any limit on the daily dosage a doctor could authorize—however, it did impose a cap on the amount of marihuana that an ATP holder could possess at 30 times one's daily dosage.

[21] Under the MMAR, ATP licence holders could obtain lawful access to marihuana in one of three ways:

1. through a personal-use production licence (PUPL), which permitted the individual ATP licence holder to grow a certain quantity of marihuana for his or her own use;
2. through a designated person production licence (DPPL) that permitted a person designated by an ATP licence holder to produce marihuana for up to two ATP licence holders; or

Le cannabis (marihuana) est une substance contrôlée figurant aux annexes de la LRCDas et un stupéfiant assujéti au *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., ch. 1041.

[18] À la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Parker*, mentionné précédemment, dans lequel, en termes pratiques, on prescrivait une exemption médicale constitutionnellement acceptable pour l'utilisation de la marihuana, le gouvernement fédéral (Canada) a adopté le RAMFM. Ce règlement a été modifié de nombreuses fois en réponse à des décisions rendues par divers tribunaux.

#### B. Le RAMFM

[19] Avant qu'il soit abrogé et remplacé par le RMFM, le RAMFM permettait à des personnes qui avaient l'appui d'un médecin d'obtenir de Santé Canada une autorisation de possession de marihuana à des fins médicales.

[20] Le RAMFM ne fixait pas de limite concernant la dose quotidienne qu'un médecin pouvait prescrire. Toutefois, il imposait une quantité maximale de marihuana que le titulaire d'une autorisation de possession pouvait posséder, soit 30 fois la dose quotidienne prescrite au titulaire.

[21] Sous le régime du RAMFM, les titulaires d'une autorisation de possession pouvaient avoir accès en toute légalité à de la marihuana de trois façons :

1. au moyen d'une licence de production à des fins personnelles (LFPF), qui permettait au titulaire d'une autorisation de possession de cultiver une certaine quantité de marihuana à des fins personnelles;
2. au moyen d'une licence de production à titre de personne désignée (LPPD), qui permettait à une personne désignée par le titulaire d'une autorisation de possession de produire de la marihuana pour un maximum de deux titulaires d'une autorisation de possession;

3. through purchasing dried marihuana directly from Health Canada which had contracted with a private company to produce and distribute medical marihuana.

[22] The production of marihuana under a PUPPL or DPPL could only be conducted at the site designated on that licence.

Cultivation could be indoors or outdoors, although not both at the same time.

[23] There were no restrictions as to the location of the production facility beyond the fact that if outdoors, it could not be adjacent to a school, public playground, day care facility or other public place frequented mainly by persons less than 18 years of age.

There were mandatory compliance requirements that licence holders had to meet including compliance with all local by-laws.

[24] The number of plants that could be grown by a person with a production licence was calculated using a formula set out in the MMAR based primarily on the ATP licence holder's authorized daily dose. The MMAR permitted up to four production licences to be issued in respect of the same site.

[25] There was significant growth in ATPs between 2002 and the end of 2013 from 455 to 37 151, and in PUPPLs from 326 to 28 228. Growth was expected to continue.

[26] As of December 31, 2013, the average daily dosage was 18.22 grams per day, which permitted an individual to grow 89 plants. This level of daily dosage was significantly higher than in Israel or the Netherlands—two countries used in this case by Canada

3. au moyen de l'achat de marihuana séchée directement auprès de Santé Canada, qui avait conclu un contrat avec une entreprise privée pour la production et la distribution de marihuana à des fins médicales.

[22] La production de marihuana au titre d'une LPFP ou d'une LPPD pouvait seulement se faire au lieu désigné dans la licence.

La culture pouvait se faire à l'intérieur ou à l'extérieur, mais pas à la fois à l'intérieur et à l'extérieur.

[23] Il n'y avait aucune restriction quant à l'endroit où les installations de production pouvaient être situées, mis à part le fait que, si la production se faisait à l'extérieur, elle ne pouvait pas se faire dans un lieu adjacent à une école, à un terrain de jeu public, à une garderie ou à tout autre lieu public principalement fréquenté par des personnes de moins de 18 ans.

Il y avait des exigences obligatoires en matière de conformité auxquelles les titulaires de licence devaient satisfaire. Ils devaient notamment respecter l'ensemble des règlements administratifs locaux.

[24] Le nombre de plants qui pouvaient être cultivés par le titulaire d'une licence de production était calculé au moyen d'une formule énoncée dans le RAMFM, qui reposait principalement sur la dose quotidienne autorisée du titulaire de l'autorisation de possession. Selon le RAMFM, jusqu'à quatre licences de production pouvaient être délivrées à l'égard du même lieu.

[25] Le nombre d'autorisations de possession a augmenté de façon considérable entre 2002 et la fin de l'année 2013, passant de 455 à 37 151. Le nombre de LPFP est aussi passé de 326 à 28 228. On s'attendait à ce qu'il y en ait encore plus.

[26] Au 31 décembre 2013, la dose quotidienne moyenne était de 18,22 grammes par jour, ce qui permettait à une personne de cultiver 89 plants. Une telle dose quotidienne était beaucoup plus élevée que celles autorisées en Israël ou aux Pays-Bas — deux pays

as comparators to suggest that daily dosage is a problem in this country.

[27] The MMAR provided for an inspection system under which Health Canada inspectors were required to either obtain consent to enter a dwelling or secure a warrant. As part of the defendant's justification for the new system, Health Canada estimated that the inspection of all residential growing operations in existence in 2013 would cost \$55 million. The number has little relevance in the absence of evidence to show that the inspection of all sites annually is reasonably justified. Health Canada produced no evidence of the amount of inspections necessary to ensure compliance with the regulations.

[28] As evident in the justification for the new MPR, program costs were a significant, if not dominant, priority. The administrative cost of operating the MMAR program and supplying dried marijuana became significant as demand increased.

[29] In 2005-2006 the cost of that program was \$5 million per year. By 2012 that cost was projected to increase to over \$15 million per year. As Health Canada subsidized the cost of the marijuana it sold to the extent of 50 percent of product cost, the annual \$15 million cost included this subsidy.

### C. *MMPR*

[30] The defendant, through the evidence of the then Director of the Bureau of Medical Cannabis/Director of Medical Marijuana Regulatory Reform (Director) contended that concerns about the MMAR led to government reform. She was the defendant's key witness on the rationale for changes in the medical marijuana regime as incorporated in the MPR.

utilisés en l'espèce par le Canada à titre de comparaison pour laisser entendre que la dose quotidienne pose problème au Canada.

[27] Le RAMFM prévoyait un système d'inspection dans le cadre duquel des inspecteurs de Santé Canada devaient obtenir le consentement de l'occupant pour entrer dans un local d'habitation ou bien obtenir un mandat. À titre de justification du nouveau système, la défenderesse a fait valoir que Santé Canada estimait que l'inspection de l'ensemble des résidences où de la marijuana était cultivée en 2013 coûterait 55 millions de dollars. Ce montant importe peu en l'absence d'éléments de preuve montrant que l'inspection de tous les lieux de production chaque année était raisonnablement justifiée. Santé Canada n'a produit aucun élément de preuve concernant le nombre d'inspections qui devaient être faites pour veiller au respect du règlement.

[28] Il ressort clairement de la justification du RPFM que les coûts du programme constituaient une priorité importante, voire la principale priorité. Les coûts administratifs liés à l'exécution du programme du RAMFM et à l'approvisionnement en marijuana séchée ont gagné en importance au fur et à mesure que la demande a augmenté.

[29] En 2005-2006, les coûts liés au programme s'élevaient à 5 millions de dollars par année. En 2012, on prévoyait que ces coûts s'élèveraient à plus de 15 millions de dollars annuellement. Comme Santé Canada subventionnait le coût de la marijuana qu'elle vendait à hauteur de 50 p. 100 des coûts incorporables, les coûts annuels de 15 millions de dollars comprenaient cette subvention.

### C. *Le RPFM*

[30] La défenderesse, grâce au témoignage de l'ancienne directrice du Bureau de cannabis médical/directrice de la Réforme réglementaire de la marijuana à des fins médicales (la directrice), a soutenu que les préoccupations exprimées au sujet du RAMFM avaient conduit à la réforme du gouvernement. Il s'agissait du principal témoin de la défenderesse en ce qui concerne

A series of decisions including *Hitzig v. Canada*, 2003 CanLII 30796, 231 D.L.R. (4th) 104 (Ont. C.A.) (*Hitzig*); *Sfetkopoulos v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 33, [2008] 3 F.C.R. 399 (*Sfetkopoulos*); *R. v. Beren and Swallow*, 2009 BCSC 429, 192 C.R.R. (2d) 79 (*Beren*), had required changes to the regulatory regime to lessen the restrictions on cultivation and facilitate access to marihuana for medical purposes.

[31] The Director contended that the concerns arising from the MMAR included: the rapid increase in the number of individuals authorized to possess and produce increasing amounts of marihuana; the fact that the majority of medical marihuana was grown in dwelling houses, which were not constructed to support large scale production; and the unintended negative impacts on public health, safety and security (which covered such matters as mould, fires, thefts, harms from fertilizers, odours and diversion to the black market).

She further contended that some MMAR program participants had expressed dissatisfaction due to regulatory wait times.

Finally, she stated that the program was becoming an administrative and financial burden for the federal government.

[32] While the Director asserted that Health Canada had received complaint letters from certain B.C. and Ontario districts, fire officials and neighbours of PURL holders, these references were vague and not extensive. The reference to municipality feedback consisted of eight instances: a B.C. fire chief, a B.C. mayor, a B.C. municipality, an Ontario municipal fire authority, an administrative officer in a B.C. district, a large B.C. community, a B.C. district and an Ontario Police Services official.

les raisons pour lesquelles des changements ont été apportés au régime de marihuana à des fins médicales intégré dans le RMFM.

Un ensemble de décisions, dont l'arrêt *Hitzig v. Canada*, 2003 CanLII 30796, 231 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Ont.) (*Hitzig*), la décision *Sfetkopoulos c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 33, [2008] 3 R.C.F. 399 (*Sfetkopoulos*), et la décision *R. v. Beren and Swallow*, 2009 BCSC 429, 192 C.R.R. (2d) 79 (*Beren*), avait exigé que des changements soient apportés au régime de réglementation pour alléger les restrictions en matière de culture et faciliter l'accès à la marihuana à des fins médicales.

[31] La directrice a prétendu que les préoccupations suivantes découlaient du RAMFM : l'augmentation rapide du nombre de personnes autorisées à posséder et à produire des quantités de plus en plus importantes de marihuana; le fait que la majorité de la marihuana à des fins médicales était cultivée dans des locaux d'habitation qui n'avaient pas été conçus pour permettre la production de marihuana à grande échelle; les conséquences inattendues sur la santé et la sécurité publiques (qui concernait des questions comme la moisissure, les incendies, les vols, les effets nuisibles des fertilisants, les odeurs et le détournement vers le marché noir).

Elle a en outre prétendu que certains des participants au programme du RAMFM avaient fait part de leur mécontentement à l'égard des temps d'attente réglementaires.

Enfin, elle a déclaré que le programme devenait un fardeau pour le gouvernement fédéral sur le plan administratif et financier.

[32] La directrice a déclaré que Santé Canada avait reçu des lettres de plainte de certains districts, de représentants des services d'incendie et de voisins de titulaires d'une LPFP de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, mais il s'agit de mentions vagues et peu élaborées. J'ai relevé huit cas où des instances municipales avaient fait des commentaires sur le sujet. Il s'agit des instances suivantes : un chef des services d'incendie de la C.-B., un maire de la C.-B., une municipalité de la C.-B., un représentant des services d'incendie municipaux de

l'Ontario, un agent administratif dans un district de la C.-B., une importante collectivité de la C.-B., un district de la C.-B. et un agent des services de police de l'Ontario.

[33] Against this background, the Director acknowledged in cross-examination that:

- Health Canada, despite having data for the kilograms of marihuana produced by MMAR licensees, had no data with respect to public safety issues including fires, thefts, harms arising from fertilizers or other chemicals used in gardens and no effort had been made to collect such data;
- Health Canada had no statistics relating to incidents in which people who produced their own marihuana became sick from it;
- the federal government was and would continue to be the major beneficiary of the move to the MMPR in terms of cost savings, and the persons who were and would continue to be most impacted were the patients due to the increase in cost;
- Health Canada had no information that the plaintiffs or a substantial number of licensees ever over-produced their licences, diverted marihuana to the black market, produced unsafely, caused smells, had any fires, produced any mouldy marihuana or suffered any negative health consequences from consuming their medicine.

[34] Despite this lack of data and information, Health Canada began the process to develop a new medical

[33] Dans ce contexte, la directrice a reconnu ce qui suit en contre-interrogatoire :

- Même s'il avait des données sur les kilogrammes de marihuana produits par les titulaires de licences au titre du RAMFM, Santé Canada ne disposait pas de données en ce qui concerne les questions de sécurité publique, notamment les incendies, les vols et les effets nuisibles des fertilisants ou des autres produits chimiques utilisés dans les jardins, et aucun effort n'a été fait pour recueillir de telles données;
- Santé Canada ne disposait pas de statistiques relativement aux incidents où des personnes étaient tombées malades parce qu'elles produisaient leur propre marihuana;
- le gouvernement fédéral était, et continuerait d'être, le principal bénéficiaire de l'adoption du RMFM si l'on tient compte des économies de coûts, et, les personnes qui étaient les plus touchées, et qui continueraient de l'être le plus, étaient les patients en raison de l'augmentation des coûts;
- Santé Canada ne disposait d'aucuns renseignements selon lesquels les demandeurs, ou un nombre important de titulaires de licence, auraient produit une quantité excessive de marihuana par rapport à ce qui était autorisé selon leur licence, auraient détourné de la marihuana vers le marché noir, auraient produit de la marihuana dans des conditions dangereuses, auraient laissé des odeurs s'échapper, auraient causé des incendies, auraient produit de la marihuana moisie, ou bien auraient consommé leur propre marihuana et celle-ci aurait eu des effets néfastes sur leur santé.

[34] Malgré ce manque de renseignements et de données, en 2010, Santé Canada a entrepris l'élaboration

marihuana regime by 2010. The key principles of this new regime included:

- treat marihuana as much as possible like any other medication (but not as a pharmaceutical drug);
- restore Health Canada's role as a regulator and eliminate the government role in supplying and distributing marihuana for medical purposes;
- create a new supply and distribution system using fully regulated, inspected and audited LPs;
- phase out personal and designated production and institute mechanisms for compliance and enforcement;
- reduce the risk of abuse and exploitation of the regulatory regime and improve access to marihuana for medical purposes;
- address the public health and safety risks that police, fire authorities and municipalities had expressed to Health Canada; and
- provide physicians with up-to-date information on the use of marihuana for medical purposes.

[35] Health Canada examined different possibilities and issues. It also engaged in a consultation process that included online consultation, meetings with stakeholders and consultations following a draft publication in the *Canada Gazette*. However, the particulars of the policy process are not particularly relevant to the Court's consideration of the impact of the MMPR on the plaintiffs' Charter rights.

d'un nouveau régime de marihuana à des fins médicales. Les principes clés de ce nouveau régime étaient les suivants :

- traiter le plus possible la marihuana comme tous les autres médicaments (mais pas comme un médicament pharmaceutique);
- rétablir le rôle de Santé Canada en tant qu'organe de réglementation et éliminer le rôle du gouvernement pour ce qui est de l'approvisionnement et de la distribution de la marihuana à des fins médicales;
- créer un nouveau système d'approvisionnement et de distribution faisant appel à des producteurs autorisés entièrement réglementés et assujettis à des inspections et à des vérifications;
- éliminer graduellement la production à des fins personnelles et la production par une personne désignée et mettre en place des mécanismes de conformité et d'exécution;
- réduire le risque d'abus et d'exploitation du régime de réglementation et améliorer l'accès à la marihuana à des fins médicales;
- répondre aux risques pour la santé et la sécurité dont les représentants des services de police, des services d'incendie et des municipalités ont fait part à Santé Canada;
- fournir aux médecins des renseignements à jour sur l'utilisation de la marihuana à des fins médicales.

[35] Santé Canada a examiné différentes possibilités et questions. Il a aussi entrepris un processus de consultation comprenant des consultations en ligne, des rencontres avec les intervenants et des consultations à la suite d'une publication préalable dans la *Gazette du Canada*. Cependant, les détails du processus d'élaboration des politiques ne sont pas particulièrement pertinents dans le cadre de l'examen par la Cour des conséquences du RMFM sur les droits des demandeurs garantis par la Charte.

[36] The Court's role is only to determine if the policy or regulations comply with the Charter, not if their development was adequate. Even a bad policy may be Charter compliant. The Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 (*PHS*), at paragraph 105, stated the following on the role of the Court:

... It is for the relevant governments, not the Court, to make criminal and health policy. However, when a policy is translated into law or state action, those laws and actions are subject to scrutiny under the *Charter*: *Chaoulli*, at para. 89, *per* Deschamps J., at para. 107, *per* McLachlin C.J. and Major J., and at para. 183, *per* Binnie and LeBel J.J.; *Rodriguez*, at pp. 589-90, *per* Sopinka J. The issue before the Court at this point is not whether harm reduction or abstinence-based programmes are the best approach to resolving illegal drug use. It is simply whether Canada has limited the rights of the claimants in a manner that does not comply with the *Charter*.

[37] Similarly, the issue before the Court is not whether the LP regime (MMPR) or the personal cultivation regime (MMAR) is the best approach for access to medical cannabis. It is simply whether Canada has limited the rights of the plaintiffs in a manner that does not comply with the Charter.

[38] In the end, the MMPR completely reformed the medical marijuana access regime, most substantially invalidating all PUPs and DPPLs and the amount an individual is authorized to possess. It dispossessed licensees of the ability to control the medical marijuana they consumed.

[39] Justice Manson in his March 21, 2014 order (the Manson order) (in which he kept the MMAR largely in place for qualified persons) (*Allard v. Canada*, 2014 FC 280, 451 F.T.R. 45) summarized the situation as follows (at paragraphs 15 and 16):

[36] La Cour a uniquement pour rôle de décider si les politiques ou les règlements sont conformes à la Charte, elle n'a pas à décider s'ils ont dûment été élaborés. Même une mauvaise politique peut être conforme à la Charte. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 (*PHS*), au paragraphe 105, la Cour suprême du Canada a formulé les observations suivantes au sujet du rôle de la Cour :

[...] C'est aux gouvernements habilités à le faire, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé. Toutefois, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* : *Chaoulli*, par. 89, la juge Deschamps; par. 107, la juge en chef McLachlin et le juge Major, et par. 183, les juges Binnie et LeBel; *Rodriguez*, p. 589-590, le juge Sopinka. La question dont est saisie la Cour à ce stade-ci n'est pas de savoir lesquels des programmes de réduction des méfaits ou de ceux fondés sur l'abstinence constituent le meilleur moyen de résoudre le problème de la consommation de drogues illégales. Il s'agit simplement de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une manière qui contrevient à la *Charte*.

[37] Dans le même ordre d'idées, la question dont la Cour est saisie n'est pas de savoir si le régime des producteurs autorisés (RMFM) ou le régime de culture à des fins personnelles (RAMFM) est la meilleure démarche à suivre pour ce qui est de l'accès au cannabis à des fins médicales. Il lui faut simplement trancher la question de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une façon qui contrevient à la Charte.

[38] En fin de compte, le RMFM a complètement réformé le régime d'accès à la marijuana à des fins médicales, annulant essentiellement toutes les LPPF et les LPPD et la quantité qu'une personne peut posséder. Il a enlevé aux titulaires de licence la capacité de contrôler la marijuana à des fins médicales qu'ils consommaient.

[39] Dans l'ordonnance qu'il a rendue le 21 mars 2014 (l'ordonnance rendue par le juge Manson) (dans laquelle il a en grande partie maintenu le RAMFM pour les personnes admissibles) (*Allard c. Canada*, 2014 CF 280), le juge Manson a résumé la situation de la manière suivante (aux paragraphes 15 et 16) :

The MMPR mandates that dried marihuana be produced by a Licensed Producer [LP], pursuant to section 12 of the MMPR. Individuals who formerly were or could be issued an ATP must register the prescription of a medical practitioner with an LP to obtain dried marihuana. If they do so, section 3 authorizes them to obtain and possess marihuana produced by that LP. The amount authorized for possession under section 5 is lower than under the MMAR: either 150 grams or 30 times the amount prescribed for daily consumption by the individual's medical practitioner, whichever is less.

An LP is required to meet various quality and security measures as per sections 12-101. This includes provisions in sections 13 and 14 which state that the production site may not be outdoors or in a dwelling-place.

#### IV. Judicial Context

[40] As of 1999, it was only possible for individuals in Canada to possess marihuana for medical purposes by way of section 56 of the CDSA which allows the Minister of Health to exempt any person or class of persons from the application of the CDSA or its regulations if necessary for a medical or scientific purpose or if it is otherwise in the public interest.

[41] In 2000, the Ontario Court of Appeal, in *Parker*, dealt with an accused charged with cultivation of marihuana under the former *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, and with possession of marihuana under the CDSA. He needed the marihuana to control his epilepsy. As there was no legal source of the type of marihuana he required, Parker grew his own.

[42] The Ontario Court of Appeal upheld the trial finding that the prohibition against marihuana in section 4 of the CDSA infringed Parker's section 7 Charter rights. The [Ontario] Court of Appeal declared the prohibition on the possession of marihuana in the CDSA to be of no force and effect, but suspended the declaration for one year.

Le RMFM exige que la marihuana séchée soit produite par un producteur autorisé [PA], conformément à l'article 12. Les personnes qui détenaient ou pouvaient détenir auparavant une AP doivent inscrire la prescription d'un médecin auprès d'un PA pour obtenir la marihuana séchée. L'article 3 leur permet alors d'obtenir et de posséder de la marihuana produite par ce PA. La quantité qui peut être possédée en vertu de l'article 5 est plus petite que sous le régime du RAMFM : 150 grammes ou 30 fois la quantité quotidienne prescrite par le médecin, selon la moindre de ces quantités.

Un PA est tenu de respecter diverses mesures de qualité et de sécurité, qui sont prévues aux articles 12 à 101. Par exemple, selon les articles 13 et 14, la marihuana ne peut pas être produite à l'extérieur ou dans un local d'habitation.

#### IV. Le contexte judiciaire

[40] En 1999, au Canada, une personne ne pouvait posséder de la marihuana à des fins médicales qu'au titre de l'article 56 de la LRCDS, qui permet au ministre de la Santé de soustraire à l'application de la LRCDS ou de ses règlements toute personne ou catégorie de personnes si des raisons médicales ou scientifiques ou des raisons d'intérêt public le justifient.

[41] En 2000, dans l'affaire *Parker*, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'une situation où une personne avait été accusée de culture de marihuana au titre de l'ancienne *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, et de possession de marihuana au titre de la LRCDS. M. Parker avait besoin de marihuana pour contrôler son épilepsie. Comme il ne pouvait pas légalement se procurer le type de marihuana dont il avait besoin, il cultivait sa propre marihuana.

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la conclusion du tribunal de première instance selon laquelle l'interdiction visant la marihuana prévue à l'article 4 de la LRCDS portait atteinte aux droits garantis à M. Parker par l'article 7 de la Charte. La Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'interdiction visant la possession de marihuana contenue dans la LRCDS n'avait aucune force exécutoire, mais elle a suspendu la déclaration pour une période d'un an.



Based on the principles established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (*Morgentaler*) and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, the Court concluded that forcing Parker to choose between his health and imprisonment violated his right to liberty and security of the person. This violation did not accord with the principles of fundamental justice nor was the unfettered discretion of the Minister to provide an exemption under section 56 of the CDSA consistent with the principles of fundamental justice.

[43] Following upon *Parker*, the federal government promulgated the MMAR, outlined earlier in these reasons.

[44] In *Hitzig*, the Ontario Court of Appeal dealt with three civil applications challenging the constitutionality of the MMAR. By the time the government brought in the MMAR in 2001, it had decided that government-supplied marihuana from its Prairie Plant Systems (the only authorized grower of marihuana), which typically supplied marihuana to those who could not grow their own or have a designate, would be available only for research purposes.

[45] The Court, in declaring certain provisions of the MMAR invalid, allowed all DPPL holders to be compensated to grow for more than one ATP holder and to combine their growing with more than two other DPPL holders. The Court also acknowledged that the government could choose to address the constitutional difficulty of marihuana supply by an approach fundamentally different from that contemplated by the MMAR.

[46] This Court in *Sfetkopoulos* heard a judicial review application to declare invalid paragraph 41(*b.1*) [repealed by SOR/2009-142, s. 1] of the MMAR, which restricted a designated licensee to producing medical marihuana for only one user. The substantive issue was whether the remedial steps taken by Canada had brought the MMAR

Compte tenu des principes établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (*Morgentaler*), et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'en obligeant M. Parker à choisir entre sa santé et l'emprisonnement, on violait son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cette violation n'était pas conformes aux principes de justice fondamentale, pas plus que ne l'était le pouvoir discrétionnaire absolu du ministre d'accorder une exemption en vertu de l'article 56 de la LRCDas.

[43] Suivant l'arrêt *Parker*, le gouvernement fédéral a promulgué le RAMFM mentionné précédemment dans les présents motifs.

[44] Dans l'arrêt *Hitzig*, la Cour d'appel de l'Ontario a traité trois demandes au civil dans lesquelles on contestait la constitutionnalité du RAMFM. Au moment où le gouvernement avait mis en place le RAMFM en 2001, il avait décidé que la marihuana provenant de Prairie Plant Systems (le seul producteur de marihuana autorisé), qui permettait généralement au gouvernement de fournir la marihuana à ceux qui ne pouvaient pas cultiver leur propre marihuana ou en faire cultiver par une personne désignée, ne servirait qu'à des fins de recherche.

[45] Lorsqu'elle a déclaré que certaines dispositions du RAMFM étaient invalides, la Cour a permis à tous les titulaires d'une LPPD d'être payés pour cultiver de la marihuana pour plus d'un titulaire d'une autorisation de possession, et pour produire en commun avec plus de deux autres titulaires d'une LPPD. La Cour a aussi reconnu que le gouvernement pouvait choisir de résoudre la difficulté que constitue sur le plan constitutionnel l'approvisionnement en marihuana en adoptant une démarche fondamentalement différente de celle prévue par le RAMFM.

[46] Dans l'affaire *Sfetkopoulos*, la Cour était saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant une demande de déclaration d'invalidité de l'alinéa 41*b.1*) [abrogé par DORS/2009-142, art. 1] du RAMFM, suivant lequel un titulaire de licence désigné ne pouvait produire de la marihuana à des fins médicales que pour un seul

into conformity with the Charter requirements identified in *Parker and Hitzig*.

[47] As those cases held, the Charter requires that government not hinder access to marihuana for no good reason for those with a demonstrated need to obtain and use this substance.

Justice Strayer, following the reasoning in those two decisions, concluded that paragraph 41(b.1) constituted an impermissible restriction on section 7 liberty and security rights of the applicants. The comments of Justice Strayer are prescient to this case.

[48] The “liberty interest” identified by Justice Strayer would include:

- the right to choose, on medical advice, to use marihuana for the treatment of serious conditions (which right implies a right of access to marihuana); and
- the right not to have one’s physical liberty endangered by the risk of imprisonment from having to access marihuana illegally.

The “security interest” included similar rights for those with a medical need to have access to medication without undue interference (this Court’s emphasis).

[49] With respect to the “principles of fundamental justice”, Justice Strayer held that the limitation on DPPLs and therefore the limitation on access did little or nothing to enhance the state’s interest. As such, it was arbitrary.

[50] The Court critically examined the limitations on DPPLs and found them lacking justification. The government’s justification—to some extent similar to the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) [*C. Gaz.* 2012.I.3422] in the present case—included: the need

utilisateur. La question de fond était de savoir si les mesures correctives prises par le gouvernement du Canada avaient rendu le RAMFM conforme aux exigences prévues dans la Charte énoncées dans les arrêts *Parker et Hitzig*.

[47] Comme il a été conclu dans ces arrêts, selon la Charte, le gouvernement ne peut pas sans raison valable empêcher d’avoir accès à la marihuana ceux qui ont montré qu’ils ont besoin d’obtenir et d’utiliser cette substance.

Le juge Strayer, suivant le raisonnement énoncé dans ces deux arrêts, a conclu que l’alinéa 41**b.1**) constituait une interdiction inadmissible des droits à la liberté et à la sécurité des demandeurs qui sont prévus à l’article 7. Les observations du juge Strayer sont pertinentes en l’espèce.

[48] Le droit à la « liberté » mentionné par le juge Strayer comprendrait ce qui suit :

- le droit de choisir, en fonction d’un avis médical, d’utiliser la marihuana comme traitement pour un grave problème de santé, ce qui sous-entend le droit à l’accès à la marihuana;
- le droit de ne pas voir sa liberté physique compromise par le risque d’être emprisonné pour avoir obtenu de la marihuana illégalement.

Le droit à la « sécurité » comportait des droits semblables pour ceux qui avaient un besoin médical d’avoir accès à des médicaments sans que l’État ne s’impose indûment (non souligné dans l’original).

[49] En ce qui concerne les « principes de justice fondamentale », le juge Strayer a conclu que les restrictions relatives aux LPPD, et donc les restrictions en matière d’accès, n’avançaient guère l’intérêt de l’État et qu’à ce titre, elles étaient arbitraires.

[50] La Cour a examiné attentivement les restrictions relatives aux LPPD et a jugé que les limites imposées n’étaient pas justifiées. La justification du gouvernement, en partie semblable au Résumé de l’étude d’impact de la réglementation [*Gaz. C.* 2012.I.3422] en l’espèce,

to control distribution of an unapproved drug; the desire to minimize risk of diversion to non-authorized use; consistency with international obligations; and movement toward a supply model where there would be product standards and regulated production with the advice of physicians.

[51] The government's concern about the risk of diversion had to be justified, and it was found not to be.

[52] On the issue of the movement to a supply model, the Court stated that (in *Sfetkopoulos*, at paragraph 18):

... That may well be a laudable goal and if ever reached would make unnecessary litigation such as the present case. But we do not know when this new age will dawn and in the meantime the courts, in their wisdom, have concluded that persons with serious conditions for which marihuana provides some therapy should have reasonable access to it. It is no answer to say that someday there may be a better system. Nor does the hope for the future explain why a designated producer must be restricted to one customer.

In the present case, one of the issues is why a customer must be restricted to a single supply.

[53] The restraint on access was not in accordance with the principles of fundamental justice because it did not respond to the concerns motivating the *Hitzig* decision and left ATP holders, who are unable to grow for themselves and who cannot engage a designated producer due to MMAR restrictions, to seek marihuana in the black market.

[54] In Justice Strayer's view (one which could with slight adaption be replicated here) (at paragraph 19):

... it is not tenable for the government, consistently with the right established in other courts for qualified medical

était la suivante : le besoin de contrôler la distribution d'une drogue non approuvée; la volonté de réduire au minimum le risque de détournement vers des utilisations non approuvées; la compatibilité avec les obligations internationales; le passage à un modèle d'approvisionnement selon lequel la marihuana serait assujettie à des normes de produit, produite sous des conditions réglementées et distribuée sur avis des médecins.

[51] Les préoccupations du gouvernement au sujet du risque de détournement devaient être justifiées, mais la Cour a conclu qu'elles n'avaient pas été justifiées.

[52] En ce qui concerne la question du passage à un modèle d'approvisionnement, la Cour a fait observer ce qui suit (dans *Sfetkopoulos*, au paragraphe 18) :

[...] C'est un objectif louable et, s'il est atteint, il rendra inutiles les litiges comme celui en l'espèce. Cependant, nous ne savons pas quand arrivera cette nouvelle ère et, entre-temps, les tribunaux, en toute sagesse, ont conclu que les personnes qui souffrent de graves problèmes de santé et pour qui la marihuana est thérapeutique devraient y avoir raisonnablement accès. Ce n'est pas une solution que de déclarer qu'un jour, il y aura un meilleur système en place. L'espoir pour le futur n'explique pas non plus pourquoi un producteur désigné ne peut avoir plus d'un client.

En l'espèce, l'une des questions qui se posent est de savoir pourquoi un client ne peut s'approvisionner qu'auprès d'un seul producteur.

[53] Les restrictions visant l'accès à la marihuana n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale parce qu'elles ne permettaient pas de répondre aux inquiétudes soulevées dans l'arrêt *Hitzig* et obligeaient les titulaires d'une autorisation de possession, qui étaient incapables de cultiver leur propre marihuana et qui ne pouvaient pas faire affaire avec un producteur désigné en raison des restrictions du RAMFM, à se procurer de la marihuana sur le marché noir.

[54] De l'avis du juge Strayer (que l'on pourrait reprendre en l'espèce en y apportant de légères modifications) (au paragraphe 19) :

[...] vu le droit établi par d'autres tribunaux selon lequel les utilisateurs à des fins médicales devraient avoir un

users to have reasonable access to marihuana, to force them either to buy from the government contractor, grow their own or be limited to the unnecessarily restrictive system of designated producers. At the moment, their only alternative is to acquire marihuana illicitly and that, according to *Hitzig*, is inconsistent with the rule of law and therefore with the principles of fundamental justice.

As seen earlier, the MMRP limits a patient to a single government-approved contractor and eliminates the ability to grow one's own marihuana or to engage one's own designated producer. That system is likewise not tenable.

[55] The Court found paragraph 41(b.1) to be arbitrary, contrary to the principles of fundamental justice, not rationally connected to its objectives and a disproportional restraint to any state interests promoted.

The decision was upheld on appeal. The Federal Court of Appeal agreed in law and fact with the Federal Court's decision.

[56] In 2009, the B.C.S.C. [British Columbia Supreme Court] rendered its decision in *Beren*, dealing with a challenge to sections 5 and 7 of the CDSA. It focused on the failure of the MMAR to provide practical access to medical marihuana for those whose medical conditions would appear to fall within the exemption provided, despite the amendments following *Hitzig* and a change in policy with respect to the availability of medical marihuana for qualified patients through government supply.

[57] The Court in *Beren* largely adopted the Court's reasoning in *Hitzig* in respect of "fundamental justice" and Justice Strayer's reasoning in *Sfetkopoulos* in respect of impediments to supply.

accès raisonnable à la marihuana, il est indéfendable que le gouvernement force ces utilisateurs à s'approvisionner chez son fournisseur, à cultiver leur propre marihuana ou à être limités par le système inutilement restrictif des producteurs désignés. Présentement, la seule autre solution des utilisateurs est de se procurer de la marihuana de façon illicite et, comme l'explique l'arrêt *Hitzig*, cette solution n'est pas conforme à la primauté du droit et, par conséquent, aux principes de justice fondamentale.

Comme nous l'avons vu précédemment, selon le RMFM, un patient ne peut faire affaire qu'avec un seul entrepreneur approuvé par le gouvernement et le patient ne peut pas cultiver sa propre marihuana ou faire affaire avec le producteur désigné de son choix. Ce régime n'est lui non plus pas défendable.

[55] La Cour a conclu que l'alinéa 41b.1) était arbitraire et contraire aux principes de justice fondamentale, qu'il n'était pas raisonnablement lié à ses objectifs et que les restrictions qu'il imposait n'étaient pas proportionnelles aux intérêts de l'État dont il faisait la promotion.

La décision a été confirmée en appel. La Cour d'appel fédérale a souscrit à la décision de la Cour fédérale sur le plan du droit et des faits.

[56] En 2009, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu sa décision dans l'affaire *Beren*, qui portait sur une contestation des articles 5 et 7 de la LRCDS. Elle a mis l'accent sur le fait que le RAMFM ne permettait pas de fournir un accès pratique à la marihuana à des fins médicales pour les personnes dont les affections semblaient être visées par l'exemption prévue, malgré les modifications apportées au régime après l'arrêt *Hitzig* et un changement de politique en ce qui concerne l'accès à la marihuana à des fins médicales par l'intermédiaire du gouvernement pour les patients admissibles.

[57] Dans la décision *Beren*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a largement adopté le raisonnement suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hitzig* en ce qui concerne la « justice fondamentale » ainsi que le raisonnement suivi par le juge Strayer dans la décision *Sfetkopoulos* en ce qui concerne les obstacles en matière d'approvisionnement.

Following *Sftekopoulos* and *Beren*, the MMAR was amended to further facilitate access to medical marihuana.

[58] In the context of the MMAR at the time of its replacement by the MMPR, the judicial teachings were that access for approved medical patients was mandated by the Charter and that restrictions on access, use and supply were to be strictly limited. It is evident that Canada struggled with these two conflicting notions of access and control, as well as the direction toward greater access.

As seen in its structure and evident from a review of its operation, the MMPR moved in the opposite direction.

[59] Even after the MMPR had been enacted, significant developments affecting the MMAR moved through the Court system. In *Smith*, first decided by the British Columbia Supreme Court, the accused argued that the CDSA and MMAR could not constitutionally prohibit rendering dried cannabis into oils and other substances. The case was an attack on the MMAR provision (also found in the MMPR) that only dried cannabis can be used. The trial Judge found against the limitation to dried marihuana.

[60] The matter moved through to the Supreme Court in *Smith*. The appeal required the Court to decide whether a medical access regime that only permits access to dried marihuana unjustifiably violates the guarantee of life, liberty and security of the person contrary to section 7 of the Charter.

[61] The Supreme Court reaffirmed the lower court decision that the medical marihuana regime engaged section 7 rights. More specifically, the legislative scheme's restriction of medical marihuana to dried marihuana limited section 7 rights in several ways:

Après les décisions *Sftekopoulos* et *Beren*, le RAMFM a été modifié pour faciliter davantage l'accès à la marihuana à des fins médicales.

[58] Dans le contexte du RAMFM au moment où il a été remplacé par le RMFM, la jurisprudence établissait que l'accès aux patients approuvés était conforme à la Charte et que les restrictions en matière d'accès, d'utilisation et d'approvisionnement devaient être strictement limitées. Il est évident que le Canada s'est débattu avec ces deux notions contradictoires d'accès et de contrôle et qu'il a eu du mal à décider de la voie à suivre pour améliorer l'accès.

Comme le révèlent la structure du RMFM et, de toute évidence, l'examen de son application, le gouvernement a fait tout le contraire.

[59] Même après l'adoption du RMFM, les tribunaux ont été saisis de faits nouveaux importants touchant le RAMFM. Dans l'affaire *Smith*, tout d'abord tranchée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'accusé a allégué que, sur le plan constitutionnel, la LRCDS et le RAMFM ne pouvaient pas interdire la transformation du cannabis séché en huile et en d'autres substances. Il s'agissait d'une contestation de la disposition du RAMFM (figurant aussi dans le RMFM) prévoyant que seul le cannabis séché pouvait être utilisé. Le juge de première instance s'est prononcé contre l'accès à la marihuana séchée uniquement.

[60] L'affaire *Smith* est allée devant la Cour suprême du Canada. Dans cet appel, la Cour suprême devait décider si un régime médical d'accès qui ne permettait l'accès qu'à la marihuana séchée portait atteinte de façon injustifiable aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, en contravention de l'article 7 de la Charte.

[61] La Cour suprême du Canada a confirmé la décision de la juridiction inférieure selon laquelle le régime de marihuana à des fins médicales faisait entrer en jeu les droits garantis par l'article 7. Plus précisément, la restriction de la marihuana à des fins médicales à la marihuana séchée prévue dans le régime législatif limitait les droits garantis par l'article 7 de plusieurs façons :

- the prohibition on possession of cannabis derivatives infringed Smith’s liberty interest by exposing him to the threat of imprisonment on convictions under the CDSA;
  - the prohibition engages the liberty interests of medical marihuana users as they could face criminal sanctions if they produce or possess cannabis products other than dried marihuana;
  - the prohibition on possession of active cannabis compounds for medical purposes limits liberty by foreclosing reasonable medical choices through the threat of criminal prosecution. Specifically, the state prevents people who have already established a legitimate need for marihuana—a need the legislative scheme purports to accommodate—from choosing the method of administration;
  - the right to security of the person is infringed by forcing a person to choose between a legal but inadequate treatment and an illegal but more effective choice of administration of marihuana; and
  - the prohibitions on non-dried medical marihuana were also arbitrary because they undermined the health and safety of medical marihuana users by diminishing the quality of their medical care. The effect of the prohibition, which in reality limited usage to smoking marihuana, contradicted the objective of the medical marihuana regime.
- l’interdiction de posséder des dérivés du cannabis portait atteinte au droit à la liberté de M. Smith en l’exposant au risque d’être incarcéré s’il était reconnu coupable en application de la LRCDAS;
  - l’interdiction fait intervenir le droit à la liberté des consommateurs de marihuana à des fins médicales, car ces personnes s’exposent à des sanctions criminelles si elles produisent ou possèdent des produits du cannabis autres que de la marihuana séchée;
  - l’interdiction frappant la possession des composés actifs du cannabis à des fins médicales limite le droit à la liberté des patients en les privant de la possibilité de faire des choix médicaux raisonnables en raison de la menace de poursuites pénales. Plus particulièrement, l’État refuse aux gens qui ont déjà démontré leur besoin légitime de marihuana — un besoin auquel le régime législatif est censé répondre — la possibilité de choisir le mode d’administration de la drogue;
  - en contraignant ces personnes à choisir entre, d’une part, un traitement légal mais inadéquat et, d’autre part, une solution illégale, mais plus efficace pour ce qui est de l’administration de la marihuana, la loi porte atteinte au droit à la sécurité de la personne;
  - les interdictions relatives à la marihuana à des fins médicales sous une forme autre que séchée étaient aussi arbitraires parce qu’elles compromettaient la santé et la sécurité de ceux qui en consommaient à ces fins en diminuant la qualité des soins médicaux qui leur étaient offerts. Les effets des interdictions, qui dans les faits limitaient la consommation de la marihuana sous sa forme séchée à fumer, contredisaient les objectifs du régime de marihuana à fins médicales.

[62] Germane to the present case, the Supreme Court accepted the trial court’s conclusion that the evidence did not establish a connection between the restriction and the promotion of health and safety. A general proposition of the defendant is that the MMPR is justified on health and safety grounds and addresses such concerns

[62] En l’espèce, le fait que la Cour suprême a accepté la conclusion du tribunal de première instance selon laquelle la preuve n’établissait aucun lien entre la restriction et la promotion de la santé et de la sécurité est pertinent. La défenderesse affirme de façon générale que le RMFM est justifié pour des raisons de santé et de

as diversion of medical marihuana into the illegal market—a fact not supported by the evidentiary record in *Smith*.

[63] On the matter of section 1 justification, the Supreme Court in *Smith* stated (at paragraph 29):

The remaining question is whether the Crown has shown this violation of s. 7 to be reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. As explained in *Bedford*, the s. 1 analysis focuses on the furtherance of the public interest and thus differs from the s. 7 analysis, which is focused on the infringement of the individual rights: para. 125. However, in this case, the objective of the prohibition is the same in both analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Like the courts below, we conclude that the infringement of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Charter*.

[64] The *Smith* decision confirmed the teachings of the prior jurisprudence in respect of improving access to medical marihuana but dealt specifically with one aspect of the challenge to the MMPR—the restriction to dried marihuana.

The current challenge to the MMPR is more broadly based and attacks the very foundation and operation of the MMPR as an integrated regulatory scheme.

## V. Factual Background

[65] In the context of the earlier background, the medical marihuana regime under the MMPR and the trial evidence must be assessed.

sécurité et qu'il répond à des préoccupations comme le détournement de la marihuana à des fins médicales vers le marché noir — ce qui n'est pas étayé par le dossier de la preuve dans l'arrêt *Smith*.

[63] Dans l'arrêt *Smith*, la Cour suprême a fait les observations suivantes au sujet de la justification au regard de l'article premier (au paragraphe 29) :

Il nous reste à déterminer si le ministère public a démontré que cette violation de l'art. 7 est raisonnable et si sa justification peut se démontrer au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué dans l'arrêt *Bedford*, l'analyse fondée sur l'article premier se concentre sur la protection de l'intérêt public et diffère donc de l'analyse fondée sur l'art. 7, qui est axée sur la violation de droits individuels (par. 125). Cependant, l'objectif de l'interdiction en l'espèce est le même dans les deux analyses : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour l'application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). À l'instar des juridictions inférieures, nous concluons que l'atteinte portée à l'art. 7 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[64] L'arrêt *Smith* a confirmé les enseignements de la jurisprudence à l'égard de l'amélioration de l'accès à la marihuana à des fins médicales, mais il traitait en particulier de l'un des aspects de la contestation du RMFM, soit la restriction à la marihuana séchée.

La contestation actuelle du RMFM est plus générale et remet en question le fondement et l'application mêmes du RMFM en tant que régime de réglementation intégré.

## V. Le contexte factuel

[65] Le régime de marihuana à des fins médicales prévu par le RMFM et les éléments de preuve présentés à l'instruction doivent être appréciés dans le contexte exposé précédemment.

### A. *Medical Marihuana Use*

[66] The medical benefits of marihuana were largely undisputed at trial and have been recognized in previous cases. It is therefore not necessary to exhaust all the medical evidence that was adduced in the course of this litigation. It is important to note, however, that aspects of the therapeutic benefit and dosage remain disputed for particular illnesses and individuals. The following is a brief overview of some of the medical findings:

- Marihuana has medicinal value for certain individuals, particularly in terms of pain relief, reducing nausea and stimulating appetite;
- Conditions that allow for medical marihuana use, *inter alia*, include: chronic neuropathic pain, HIV, multiple sclerosis, Parkinson's disease, Tourette syndrome and Fibromyalgia. It is also used in the context of palliative care for end-of-life patients;
- There is limited research and scientific knowledge on marihuana as a medicine; and
- Although disputed, there are risks with consuming marihuana. Accordingly, there is a need for studies of adverse effects in long-term users of marihuana for medical purposes.

#### (1) Dosage

[67] It was agreed by the experts that there is no possibility of overdose death from cannabis consumption by humans, whether the consumption is oral, inhaled or topical. Conversely, medically appropriate dosages of cannabis were an issue of significant debate. The defendant suggested that overdosing pursuant to overprescription was a serious problem. Dosages were also

### A. *L'utilisation de la marihuana à des fins médicales*

[66] Les avantages médicaux de la marihuana n'ont en grande partie pas été contestés à l'instruction et ont été reconnus dans la jurisprudence antérieure. Il n'est donc pas nécessaire de passer en revue tous les éléments de preuve médicaux qui ont été présentés dans le cadre de l'instance. Il est cependant important de souligner que certains aspects des avantages thérapeutiques et du dosage sont encore contestés pour certaines maladies et certaines personnes. Ce qui suit est un bref aperçu de certaines des conclusions médicales :

- la marihuana a une valeur médicinale pour certaines personnes, surtout pour soulager la douleur, réduire les nausées et stimuler l'appétit;
- l'utilisation de la marihuana à des fins médicales est permise notamment pour les personnes suivantes : les personnes qui souffrent de douleur neuropathique chronique, de la sclérose en plaques, de la maladie de Parkinson ou de fibromyalgie, les personnes atteintes du syndrome de Gilles de La Tourette et les personnes séropositives. Elle est aussi utilisée dans un contexte de soins palliatifs pour les patients en fin de vie;
- les recherches et le savoir scientifique dont nous disposons sur la marihuana en tant que médicament sont limités;
- bien que cela soit contesté, la consommation de la marihuana comporte des risques. Il faut donc effectuer des études sur les effets indésirables chez les consommateurs de longue date de marihuana à des fins médicales.

#### 1) Le dosage

[67] Les experts s'entendent pour dire qu'on ne peut pas mourir d'une surdose de cannabis, qu'il ait été administré par voie orale, respiratoire ou topique. À l'inverse, la question des doses de cannabis appropriées a fait l'objet d'un débat important. La défenderesse a laissé entendre que les surdoses attribuables à des prescriptions excessives constituaient un problème grave. Le



relevant when determining methods of consumption. The position of the experts regarding dosage more generally is summarized below.

[68] Dr. Pate—plaintiffs’ expert on botany and pharmacology—stated that there is little scientific research on the efficacy of marijuana products or the medically appropriate dosages. He agreed that marijuana overdoses can produce side effects that are “extremely unpleasant” and postulated that orally ingesting “cannabis-based medicines” may require “lesser dosages” —one reason why oral ingestion results in the amelioration of unwanted side effects. Pate further admitted that this was difficult to confirm because it would depend on the case at hand including the route of administration, the effect desired and the individual patient tolerance.

[69] Dr. Baruch—defendant’s expert on cannabis use in Israel—gave evidence based on his research and experience in Israel. He stated that physicians in Israel may recommend medical marijuana starting at 20 grams per month and the dose can be increased, with the support of another physician, up to a maximum dose of 100 grams per month. Medically appropriate maximum dosage should not exceed 5 grams per day. Dosages beyond this amount do not provide any additional therapeutic benefit and may result in adverse effects. Consumption amounts to 1 gram per day in Israel and only 86 permits for an amount of marijuana exceeding 100 grams have been issued, which represents less than 0.5 percent of authorized patients. Of these 86 exemptions, none exceed 200 grams per month.

[70] Dr. Baruch noted that “there is cumulating evidence that the response to escalating doses of cannabis has an inverted U shape ... as the dose increases above a certain point the effectiveness of cannabis decrease and risk side effects increase .... This is one more reason why physicians prescribing cannabis should be extra

dosage est aussi pertinent pour ce qui est de la détermination des méthodes de consommation. La position des experts en matière de dosage est résumée plus en détail ci-dessous.

[68] M. Pate, l’expert en botanique et en pharmacologie présenté par les demandeurs, a déclaré qu’il existe peu de recherche scientifique sur l’efficacité des produits de la marijuana dont le dosage est médicalement approprié. Il a convenu que les surdoses de marijuana peuvent produire des effets secondaires qui sont [TRADUCTION] « extrêmement désagréables » et a affirmé que l’ingestion de [TRADUCTION] « médicaments à base de cannabis » peut nécessiter des « doses faibles », une raison pour laquelle elle procure une amélioration sur le plan des effets secondaires indésirables. M. Pate a également reconnu que cela est difficile à confirmer parce que cela dépend du cas d’espèce, notamment de la voie d’administration, de l’effet souhaité et de la tolérance du patient.

[69] M. Baruch, l’expert sur la consommation de cannabis en Israël présenté par la défenderesse, a offert un témoignage fondé sur ses recherches et son expérience en Israël. Il a déclaré que, en Israël, les médecins peuvent prescrire de la marijuana à des fins médicales, soit 20 grammes par mois au début. La dose peut par la suite être augmentée, avec l’appui d’un autre médecin, jusqu’à un maximum de 100 grammes par mois. La dose maximale médicalement appropriée ne devrait pas dépasser 5 grammes par jour. Les doses excédant cette quantité ne procurent aucun bienfait thérapeutique supplémentaire et peuvent entraîner des effets néfastes. En Israël, la consommation s’élève à 1 gramme par jour et seulement 86 permis ont été délivrés relativement à une quantité de marijuana supérieure à 100 grammes, ce qui représente moins de 0,5 p. 100 des patients autorisés. Aucun de ces 86 permis ne vise une quantité supérieure à 200 grammes par mois.

[70] M. Baruch a souligné que [TRADUCTION] « la preuve démontre de plus en plus que la réaction aux doses croissantes de cannabis a la forme d’une courbe en U inversé [...] à mesure que la dose dépasse un certain niveau, l’efficacité du cannabis diminue et le risque d’effets secondaires augmente [...] Il s’agit là d’une

cautious when using escalating doses especially when reaching high doses (above 2 g per day)” (as written).

Finally, Dr. Baruch commented on the growing literature concerning the development of tolerance, dependence and withdrawal from cannabis use, especially among heavy cannabis users.

[71] Dr. Daenick—defendant’s expert on cannabis use and dosage—stated that in his experience, most of his patients generally use 3-5 grams a day, only when necessary, with some patients using much less. He noted that there are no medical indications for the use of amounts in excess of 5 grams a day. The College of Family Physicians of Canada agrees that 1-3 grams per day is a medically appropriate dosage. In his expert report, Dr. Daenick states that despite the fact that there is no medical reason for dosages over 5 grams per day, only a quarter of patients under the MMAR were approved for 1-5 grams per day. The majority were approved for over 10 grams per day.

[72] Dr. Daenick opined on several reasons for these high dosages, these reasons were not factually supported.

[73] Dr. Ferris—plaintiffs’ rebuttal expert on use and dosage—generally agrees that doses of 3-5 grams of cannabis per day are adequate for most patients. However, the dose for oral consumption is 2.5 times the inhaled consumption dose, thus the prescribed range for patients consuming marijuana via edibles can easily be 10-12.5 grams per day. Tolerance, genetics and access to low or high-potency strains, also needs to be considered to determine dosage. Dosage is determined through doctor patient interactions and dialogues that result in

autre raison pour laquelle les médecins qui prescrivent du cannabis doivent redoubler de prudence lorsqu’ils augmentent les doses, particulièrement lorsqu’il s’agit de doses élevées (plus de 2 grammes par jour) » (tel que formulé).

Enfin, M. Baruch a formulé des observations sur le nombre croissant d’ouvrages concernant la tolérance et la dépendance au cannabis ainsi que le sevrage de cette substance, particulièrement chez les grands consommateurs.

[71] M. Daenick, l’expert en matière de consommation de cannabis et de dose de cannabis présenté par la défenderesse, a déclaré que, selon son expérience, la plupart de ses patients consomment en règle général de 3 à 5 grammes par jour, uniquement lorsque cela est nécessaire, et certains consomment beaucoup moins. Il a souligné qu’il n’existe pas de prescription médicale pour la consommation de quantités supérieures à 5 grammes par jour. Le Collège des médecins de famille du Canada convient qu’une quantité de 1 à 3 grammes par jour constitue une dose appropriée sur le plan médical. Dans son rapport d’expert, M. Daenick affirme que malgré que rien sur le plan médical ne justifie de prescrire des doses supérieures à 5 grammes par jour, seulement le quart des patients au titre du RMFM ont reçu une prescription de 1 à 5 grammes par jour. La majorité des patients ont reçu une prescription de 10 grammes et plus par jour.

[72] M. Daenick a émis des opinions concernant les différentes raisons pour lesquelles ces doses élevées sont prescrites et ces raisons n’étaient pas étayées par les faits.

[73] M. Ferris, l’expert en matière de consommation et de dosage appelé par les demandeurs à témoigner en contre-preuve, convient, d’une manière générale, que de 3 à 5 grammes de cannabis par jour est la dose qu’il convient de prescrire à la plupart des patients. Toutefois, étant donné que le dosage pour ingestion est 2,5 fois plus élevé que le dosage pour inhalation, les limites établies pour les patients qui consomment du cannabis par voie orale peuvent facilement être de 10 à 12,5 grammes par jour. La tolérance, la génétique et l’accès à des souches

a dosage that works for the particular patient's medical issues.

[74] Dr. Kalant—defendant's expert on medical marijuana use—opined that dosages beyond 5 grams per day do not provide any additional therapeutic benefit and may result in adverse effects. Specifically, he testified that a number of studies of medical marijuana have found that progressive increases in dosage at first increase the therapeutic effect, but further increases lead to loss of therapeutic effect and replacement by adverse effects. He accepted and elaborated on the inverted U-shape phenomenon described by Dr. Baruch.

[75] Dr. Kalant touched upon a problem that has run throughout this case—that despite the government having exerted control over medical marijuana, there is a surprising lack of research to justify many of the assumptions relied on by government. He acknowledged that there is insufficient evidence on which to base scientifically reasoned dosage ranges for different medical uses and acknowledged that patients can develop significant levels of tolerance to the effects of particular dosages.

[76] Dr. Clarke—plaintiffs' rebuttal expert on cannabis use—commented that high potency of cannabis in the medical context means that a patient needs to consume less to achieve medical efficacy, lowering the chances of adverse side effects. Medical users do not want to overconsume and they want to avoid side effects.

[77] Finally, the Bureau of Medical Cannabis in the Netherlands estimates that the average daily dosage of medical marijuana in that country is about 0.68 grams

peu puissantes ou puissantes sont des facteurs qui doivent également être pris en compte afin de déterminer la dose. C'est grâce aux échanges entre le médecin et le patient qu'est déterminée la dose qui fonctionne dans le cas du problème de santé du patient.

[74] M. Kalant, l'expert de la défenderesse en matière d'utilisation de la marijuana à des fins médicales, s'est dit d'avis que les doses supérieures à 5 grammes par jour ne procurent aucun autre bienfait thérapeutique et peuvent entraîner des effets nocifs. Plus précisément, il a déclaré que, selon un certain nombre d'études portant sur la marijuana à des fins médicales, les augmentations progressives de la dose accroissent au départ l'effet thérapeutique, mais les augmentations supplémentaires entraînent une perte de l'effet thérapeutique et l'apparition d'effets nocifs. Il a reconnu l'existence du phénomène de la courbe en U inversé décrit par M. Baruch et a apporté des précisions sur celui-ci.

[75] M. Kalant a fait mention d'un problème qui a été relevé tout au long de la présente affaire, à savoir que malgré que le gouvernement ait exercé un contrôle sur la marijuana à des fins médicales, il y a un manque étonnant d'études justifiant bon nombre des hypothèses sur lesquelles celui-ci s'appuie. Il a reconnu qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve permettant d'établir scientifiquement l'éventail des doses qu'il convient de prescrire pour différentes utilisations médicales, et reconnaît que les patients peuvent développer des degrés de tolérance très élevés quant aux effets de certaines doses.

[76] M. Clarke, l'expert en matière de consommation de cannabis appelé à témoigner en contre-preuve par les demandeurs, a affirmé que l'utilisation d'un cannabis puissant, dans un contexte médical, a pour conséquence que le patient doit consommer moins de cannabis afin d'obtenir les effets désirés sur le plan médical et ce qui réduit les risques d'apparition d'effets secondaires nocifs. Les consommateurs de cannabis à des fins médicales ne veulent pas surconsommer et ils veulent éviter les effets secondaires.

[77] Enfin, le Bureau du cannabis médical des Pays-Bas estime que la dose quotidienne moyenne de marijuana à des fins médicales consommée dans ce pays

per patient. However, this data must be approached with caution considering the particulars of that regime including the access to coffee shops selling marihuana. The availability of marihuana in that generally unenforced environment calls into question the weight given to some of the evidence from that Bureau.

[78] In my view, the weight of the evidence presented in this Court is that:

- the medically appropriate dose may depend on individual tolerance, particular potency of strains (e.g. the CBD [cannabidiol] and THC [tetrahydrocannabinol] rations), the route of administration and the content of the edibles;
- Canada has an exceedingly high dosage and the reasons suggested for this were vastly speculative;
- many of the experts agree that there is a U-shape effect, where after a certain amount, the medicinal effect of the cannabis is limited;
- the recommended amount is largely agreed upon as 1-5 grams per day; and
- there is insufficient evidence to determine why dosages in Canada are so high and what the effect on patients would be if they were to consume less than currently prescribed.

## (2) Methods of Consumption

[79] Much of the debate regarding methods of consumption and the legal prohibition against non-dried marihuana has been dealt with in *Smith*. The finding that the dry marihuana restriction was more dangerous to one's health than other forms of consumption undermines the defendant's position that the MMPR—which maintained the dried marihuana restriction—were focused on public health and safety.

est d'environ 0,68 grammes par patient. Toutefois, il faut faire preuve de prudence quant à cette donnée, compte tenu des particularités de ce régime, notamment l'accès aux cafés qui vendent de la marihuana. La possibilité de se procurer de la marihuana dans cet environnement généralement déréglementé remet en question l'importance accordée à certains éléments de preuve émanant de ce bureau.

[78] Selon moi, voici les points qui ressortent de la preuve qui a été présentée à la Cour :

- la dose appropriée, sur le plan médical, peut dépendre de la tolérance du patient, de la puissance des souches (p. ex., les rapports CBD [cannabidiol] / THC [tetrahydrocannabinol]), de la voie d'administration et du contenu du produit comestible;
- les doses sont particulièrement fortes au Canada et les raisons invoquées quant à cela étaient très hypothétiques;
- bon nombre d'experts sont d'accord pour affirmer qu'il y a un effet de courbe en U inversé, dans lequel, après une certaine quantité, l'effet médicinal du cannabis devient limité;
- la quantité recommandée est largement reconnue, soit de 1 à 5 grammes par jour;
- il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve pour déterminer pourquoi les doses recommandées au Canada sont si élevées et pour déterminer quel serait l'effet sur les patients s'ils consommaient moins que la quantité actuellement prescrite.

## 2) Méthodes de consommation

[79] Une grande partie des discussions concernant les méthodes de consommation et l'interdiction prévue par la loi concernant la marihuana non séchée ont eu lieu dans l'arrêt *Smith*. La conclusion selon laquelle la restriction visant la marihuana séchée était plus dangereuse pour la santé que les autres méthodes de consommation mine le point de vue de la défenderesse selon lequel le RMFM, qui contient toujours la restriction visant la

[80] It is useful to touch on some of the evidence on this issue presented in this case.

Dr. Pate provided evidence explaining how the cannabis plant is harvested for its medicinal resin compounds inside the glandular trichomes of the plant. The glandular trichomes containing the therapeutically active chemical compounds can be isolated from the plant matter in different ways thus eliminating most of the plant matter in the final product, resulting in resin (“hash”, “kit” or “pollen”) or extracts (oil, butter).

[81] There are multiple ways to ingest the active compounds of cannabis, which have different risks and benefits: inhalation (rapid onset with short-term relief), oral ingestion (gradual onset with longer-term relief), topical (assists skin conditions and joint pain with no psychoactive effects), and trans-mucosal (rapid onset with short-term relief, without smoking). Ingesting the resin can be more effective than other forms of administration. As mentioned earlier, Dr. Pate also stated that an individual may consume less cannabis if in edible form depending on a number of factors, including intended benefit and tolerance.

[82] Dr. Baruch stated that in Israel, licensed individuals may purchase marihuana in the form of cannabis buds or cannabis oil (extract), and children who require marihuana for medical purposes are provided with cannabis cookies made using dried cannabis. Cannabis oil was introduced for religious reasons. There is little to no difference between the quantities of marihuana a patient must consume through inhalation compared to oral ingestion to obtain the same effect.

marihuana séchée, met principalement l’accent sur la santé et la sécurité publiques.

[80] Il est utile de discuter de certains des éléments de preuve qui ont été présentés en l’espèce sur cette question.

M. Pate a expliqué que la plante de cannabis est cueillie pour ses composés de résine médicinale qui se trouvent dans les trichomes glandulaires de la plante. Les trichomes glandulaires contenant les composés chimiques ayant une activité thérapeutique peuvent être isolés de la matière végétale de différentes façons, éliminant ainsi une grande partie de la matière végétale dans le produit final, produisant une résine (« hash », « kit » ou « pollen ») ou des extraits (huile, beurre).

[81] Il y a de nombreuses façons d’ingérer les composés actifs du cannabis, lesquels comportent des risques et des avantages différents : l’inhalation (action rapide avec soulagement de courte durée), l’administration par voie orale (action graduelle avec soulagement plus long), l’administration par voie topique (permet de soulager les affections cutanées et les douleurs articulaires, aucun effet psychotrope), et l’administration par voie transmuqueuse (action rapide, soulagement bref sans fumer). L’ingestion de la résine peut être plus efficace que les autres méthodes d’administration. Comme je l’ai déjà mentionné, M. Pate a également déclaré qu’il se peut, selon un certain nombre de facteurs, notamment l’avantage visé et la tolérance, qu’une personne consomme moins de cannabis si celui-ci est sous forme comestible.

[82] M. Baruch a déclaré que, en Israël, les personnes autorisées peuvent acheter de la marihuana sous forme de bourgeons ou sous forme d’huile (extract), et les enfants qui doivent consommer de la marihuana à des fins médicales reçoivent des biscuits faits avec du cannabis séché. L’huile de cannabis a été introduite pour des motifs d’ordre religieux. Il n’y a très peu, sinon aucune différence, entre les quantités de marihuana qu’un patient doit consommer par inhalation et la quantité de marihuana qu’un patient doit consommer par voie orale pour obtenir le même effet.

[83] Dr. Kalant states that there is no scientific evidence that a particular method of consumption is required to treat a particular medical condition, or that certain forms of consumption are more efficacious than others. Dr. Kalant was unable to find a single scientific study comparing the therapeutic effects of undried versus dried cannabis.

[84] According to Dr. Kalant, the restriction to dried marihuana could not be justified. In like manner, there was insufficient evidence that other forms of consumption are particularly effective. Any such evidence was anecdotal. However, it was the defendant's burden to justify restrictions to particular forms of consumption.

### (3) Strains

[85] In much the same vein as the issue of consumption, there is a lack of scientific research relating to medicinal uses of different strains. Thus, much of the evidence relied upon was anecdotal including the conclusions by the experts.

[86] The Ontario Court of Appeal in *R. v. Mernagh*, 2013 ONCA 67, 295 C.C.C. (3d) 431, at paragraphs 63–65, stated the following on anecdotal evidence when commenting on a trial judge's findings not being supported by evidence:

Mr. Mernagh, both on the application and on this appeal, fundamentally misconceived the nature of the evidentiary foundation required in a case of this kind. He relies on the passage at para. 9 of *Hitzig*, which states: “[T]he courts, relying on evidence of individuals’ personal experiences and anecdotal evidence have determined that some seriously ill persons derive substantial medical benefit from the use of marihuana.” He wrongly takes this to mean that anecdotal evidence of serious illness, and the relief of symptoms through marihuana use, is sufficient to establish a person’s own medical need to use marihuana. This interpretation

[83] M. Kalant affirme qu’aucune preuve scientifique ne démontre qu’il faut utiliser une méthode de consommation précise pour traiter un problème médical particulier, ou que certaines méthodes de consommation sont plus efficaces que d’autres. M. Kalant n’a trouvé aucune étude scientifique comparant les effets thérapeutiques du cannabis non séché avec ceux du cannabis séché.

[84] Selon M. Kalant, la restriction imposée quant à la marihuana séchée n’a pas pu être justifiée. Dans le même ordre d’idées, il n’y a pas eu suffisamment d’éléments de preuve démontrant que d’autres méthodes de consommation sont particulièrement efficaces. Les seuls éléments de preuve à cet égard avaient un caractère anecdotique. Toutefois, il incombe à la défenderesse de justifier les restrictions imposées quant à des formes particulières de consommation.

### 3) Souches

[85] Un peu dans le même ordre d’idées que la question de la consommation, il n’existe pas de recherche scientifique concernant l’utilisation à des fins médicales des diverses souches. Par conséquent, une grande partie des éléments de preuve invoqués avait un caractère anecdotique, notamment les conclusions des experts.

[86] La Cour d’appel de l’Ontario, dans l’arrêt *R. v. Mernagh*, 2013 ONCA 67, 295 C.C.C. (3d) 431, aux paragraphes 63 à 65, a déclaré ce qui suit à propos des éléments de preuve à caractère anecdotique lorsqu’elle affirmait à propos des conclusions tirées par un juge de première instance que celles-ci n’étaient pas étayées par la preuve :

[TRADUCTION] Monsieur Mernagh, tant dans la demande que dans le présent appel, a essentiellement mal compris la nature du fondement probatoire exigé dans une affaire de cette nature. Il invoque le passage suivant du paragraphe 9 de l’arrêt *Hitzig* : « [L]es tribunaux, se fondant sur des témoignages de personnes quant aux expériences qu’elles ont vécues et sur des témoignages à caractère anecdotique, ont conclu que la consommation de marihuana procure certains bienfaits sur le plan médical à certaines personnes gravement malades ». Il a à tort compris que cela signifiait que des témoignages anecdotiques de maladie grave, et le soulagement des symptômes grâce

misunderstands the scope for anecdotal evidence in *Charter* analysis and over-reads the passage in *Hitzig*.

The reference to anecdotal evidence in *Hitzig* recognizes nothing more than that for the purposes of judicial fact-finding, anecdotal evidence has been used to establish the general proposition that marihuana can have some medical benefit for some people. Anecdotal evidence, in a sense, compensates for scientific evidence that might otherwise have been used for that purpose. In the absence of more and better studies about the therapeutic value of marihuana, anecdotal evidence may be a reasonable substitute.

Mr. Mernagh's lay evidence was sufficient to show that he was not a recreational user and that his s. 7 right to security of the person was engaged. However, it was not sufficient to show that he fit the medical criteria in the *MMAR*, and was therefore entitled to a physician's declaration in support of an application for an exemption. [Footnote omitted.]

[87] In light of the above comments and in the absence of more and better studies about the therapeutic value of strain efficacy, anecdotal evidence is a reasonable substitute in this case. This is because there is a concordance between the anecdotal evidence and objective scientific evidence that different strains have a greater percentage of the active ingredient THC. The issue is not without controversy.

[88] Dr. Pate, on behalf of the plaintiffs, stated that cannabis has a number of phenotypes (strains) that are created by breeding different varieties of the plant with each other. Different strains produce differing effects and levels of efficacy on the patient, depending on the individual and the medical condition. The differing effects and levels of efficacy are probably caused by

à la consommation de marihuana suffisent à démontrer le besoin, sur le plan médical, qu'a une personne de consommer de la marihuana. Cette interprétation révèle une incompréhension de la place à accorder aux éléments de preuve anecdotiques en matière d'analyse relative à la Charte et donne une portée trop large au passage tiré de l'arrêt *Hitzig*.

La mention de témoignages anecdotiques dans l'arrêt *Hitzig* ne fait que reconnaître que, aux fins de l'établissement des faits, des éléments de preuve à caractère anecdotique ont été utilisés pour établir le principe général selon lequel la marihuana peut procurer à certaines personnes certains bienfaits sur le plan médical. Les éléments de preuve à caractère anecdotique, d'une certaine manière, remplacent les éléments de preuve scientifiques qui auraient autrement pu être utilisés à cette fin. À défaut d'études plus nombreuses et de meilleure qualité concernant l'effet thérapeutique de la marihuana, la preuve à caractère anecdotique peut constituer une solution de rechange raisonnable.

Le témoignage de profane de M. Mernagh suffisait à démontrer qu'il ne consommait pas de cannabis à des fins récréatives et que le droit à la sécurité de la personne que lui garantit l'article 7 entrait en jeu. Toutefois, il n'était pas suffisant de démontrer qu'il répond aux critères médicaux mentionnés dans le *RMFM*, et il avait donc droit à une déclaration du médecin étayant une demande d'exemption. [Note de bas de page omise.]

[87] Compte tenu des commentaires susmentionnés et de l'absence d'un plus grand nombre d'études et d'études de meilleure qualité concernant l'effet thérapeutique des sources, la preuve anecdotique constitue en l'espèce un substitut raisonnable. Il en est ainsi parce qu'il y a concordance entre la preuve à caractère anecdotique et la preuve scientifique objective selon laquelle différentes sources contiennent un pourcentage plus élevée de l'ingrédient actif THC. Cette question est controversée.

[88] M. Pate, au nom des demandeurs, a déclaré que le cannabis comporte un certain nombre de phénotypes (souches) qui sont créés par croisements de différentes variétés de la plante. Des souches différentes produisent des effets différents sur les patients et ont des taux d'efficacité différents, et ce, selon les personnes et leur état de santé. Les différences dans les effets et les

varying amounts, ratios and synergistic effects of the therapeutically active compounds.

[89] I accept Dr. Baruch's statement that Israel is recognized as perhaps the leading country in the world in terms of cannabis research. Dr. Baruch has had great success in managing to create strains of cannabis that are significantly potent (24 percent THC). The medicine is stable, which means that if the strain is said to have certain levels of CBD or THC, it in fact does. The average supply in Israel affects a high quality product.

[90] However, according to the evidence of Catherine Sandvos, legal counsel and the Deputy Manager of the Bureau of Medicinal Cannabis (BMC), part of the Netherlands Department of Health Division, it is the understanding of the BMC that patient preference for a particular variety is a matter of taste that is unrelated to efficacy. There are currently five varieties of dried marijuana with differing levels of THC and CBD available for medical use for patients in the Netherlands.

[91] The defendant's witness, Dr. Kalant, agrees that different strains may have different chemical compositions, but is of the view that there is a lack of scientific research as to whether different strains have different effects for particular patients and illnesses. Dr. Kalant states that "it is not at all clear that the large number of so-called strains advertised on the internet are in fact distinct strains as defined botanically". These advertisements are not accompanied by any evidence that they meet the criteria or that they have been analysed chemically for their contents of various cannabinoids. The alleged medical efficacy of particular strains is not the result of clinical testing or scientific research but is instead "based either on subjective anecdotal reports or promotional advertising by producers".

degrés d'efficacité sont probablement causées par les différences dans les quantités, les rapports et les effets synergiques des composés actifs sur le plan thérapeutique.

[89] J'accepte l'affirmation de M. Baruch selon laquelle Israël est reconnu comme étant peut-être le chef de file en matière de recherche sur le cannabis. M. Baruch a très bien réussi à créer des souches de cannabis très puissantes (teneur en THC de 24 p. 100). Le médicament est stable, ce qui signifie que si la souche est censée avoir certaines teneurs en CBD ou en THC, c'est en effet le cas. En Israël, l'approvisionnement moyen contient un produit de grande qualité.

[90] Toutefois, selon le témoignage de Catherine Sandvos, conseillère juridique et directrice adjointe du Bureau du cannabis médical des Pays-Bas (BCM), lequel fait partie du ministère de la Santé des Pays-Bas, le BCM croit comprendre que la préférence du patient pour une variété particulière est une question de goût qui n'a rien à voir avec l'efficacité. Il existe actuellement aux Pays-Bas cinq variétés de marijuana séchée contenant des teneurs différentes en THC et en CBD que les patients peuvent se procurer à des fins médicales.

[91] Le témoin de la défenderesse, M. Kalant, est d'accord pour affirmer que des souches différentes peuvent avoir des compositions chimiques différentes, mais il estime qu'il existe peu d'études scientifiques sur la question de savoir si des souches différentes ont des effets différents quant à certains patients et quant à certaines maladies. M. Kalant affirme qu'[TRADUCTION] « on ne sait pas du tout si le grand nombre des soi-disant souches qui sont annoncées sur Internet sont en fait des souches distinctes au sens botanique ». Ces publicités ne sont accompagnées d'aucune preuve qu'elles satisfont aux critères ou qu'elles ont fait l'objet d'une analyse chimique visant à déterminer leurs contenus en divers cannabinoïdes. L'efficacité médicale alléguée de certaines souches n'est pas le résultat d'essais cliniques ou de travaux scientifiques, mais est plutôt [TRADUCTION] « fondée sur des rapports anecdotiques subjectifs ou sur des campagnes de publicité faites par les producteurs ».



Dr. Kalant states that there is no scientific evidence to support the anecdotal claims that certain strains are useful for certain medical conditions. All that is known is that THC to CBD ratios result in different levels of psychoactivity.

[92] Zachary Walsh—the plaintiffs’ expert on affordability and access—also commented on strains based on the result of his survey, stating:

- A large proportion of the respondents reported that access to specific strains of cannabis was very important to their symptom relief;
- Whether or not the empirical work will correspond with the patient reports remains to be seen, but patients consistently, across samples, report that a diversity of strains is important. There is basic science showing different cannabinoid levels across different strains;
- There is a scientific reason to believe that different strains would have different physiological effects and there are also “entourage effects”, referring to the concurrent effects of these diverse cannabinoids that vary across strains.

The treatment of survey evidence is discussed later.

[93] The evidence is that the use of medical marijuana has both physical and psychological effects on patients. The relief given is influenced in part by the patient’s perspective and cannot be callously dismissed as something akin to a placebo. The lack of access to different strains does appear to have an adverse effect on some patients including some of the plaintiffs in this matter.

M. Kalant affirme qu’aucune preuve scientifique n’étaye les prétentions à caractère anecdotique selon lesquelles certaines souches sont utiles en ce qui concerne certains problèmes de santé. On sait seulement que les rapports THC/CBD ont une incidence sur le degré de psychoactivité.

[92] M. Zachary Walsh, l’expert en matière d’abordabilité et d’accès présenté par les demandeurs, a formulé, en ce qui concerne les souches, les observations suivantes fondées sur les résultats de son enquête :

- Une grande partie des répondants ont dit qu’un accès à des souches précises de cannabis était très important en ce qui concerne le soulagement de leurs symptômes.
- Il reste à voir si les études empiriques correspondront aux rapports sur les patients, mais les patients, invariablement, dans l’ensemble de l’échantillonnage, mentionnent qu’il est important qu’il y ait une diversité de souches. Des recherches scientifiques démontrent qu’il existe différentes teneurs en cannabinoïde dans les différentes souches.
- Il y a des raisons scientifiques de croire que des souches différentes auraient des effets physiologiques différents, et il y a également l’« effet de l’entourage », à savoir les effets simultanés des divers cannabinoïdes qui varient d’une souche à l’autre.

Je traiterai plus tard des données de l’enquête.

[93] La preuve révèle que la consommation de la marijuana à des fins médicales a à la fois un effet physique et un effet psychologique sur les patients. Le soulagement procuré est influencé en partie par le point de vue du patient et ne peut pas être froidement rejeté comme s’il s’agissait d’un type de placebo. Le manque d’accès à diverses souches ne semble pas avoir d’effet préjudiciable sur certains patients, y compris sur certains des demandeurs en l’espèce.

### B. *Marihuana Cultivation*

[94] Remo Colasanti was the plaintiffs' expert witness in cannabis cultivation. He opined on how to produce cannabis indoors in various ways in a residential area without interfering with neighbours' rights in relation to odour, public safety, fire and electrical safety and mould, and without risks to the producer and those around them. His evidence is given less weight than might otherwise be the case because he, like a number of "expert witnesses", was so committed to one side of the debate, that the objectivity which this Court needed was undermined. However, his evidence assisted the Court in relation to the details of how the cannabis plant is cultivated and provided context for some of the concerns asserted by the defendant to justify the MMPR's provisions. It also touched upon the prohibition against "growing one's own" marihuana.

[95] Cannabis needs light, water and nutrients to survive and grow. It can be grown outdoors or indoors. Lighting and physical space are the primary determinants for overall yield in indoor cannabis production, not the number of plants. Small amounts of cannabis can be produced in small spaces such as closets, grow tents and growth chambers.

[96] There are two primary stages in the plant's life cycle: vegetative growth and flowering. Each stage is characterized by differing amount of light. The sun provides the light needed to grow outdoors and in greenhouses. For indoor production, different types of lights are used including (a) fluorescent, (b) LED, and (c) high intensity lights designed for indoor plant cultivation.

[97] Colasanti testified that larger plants are less work and can produce the necessary amount of cannabis. He also opined that with the right lighting and physical

### B. *Culture de la marihuana*

[94] M. Remo Colasanti était le témoin expert des demandeurs en matière de culture du cannabis. Il a expliqué les différentes façons de produire du cannabis à l'intérieur dans un secteur résidentiel sans nuire aux droits des voisins en ce qui concerne les odeurs, la sécurité, la sécurité en matière d'incendie et d'électricité, les moisissures, et sans risque pour les producteurs et ceux qui les entourent. Son témoignage se voit accorder une importance moins grande que celle qui aurait normalement dû lui être accordée parce que, tout comme certains « témoins experts », il prenait fermement parti pour un côté ou l'autre de la question et l'objectivité dont la Cour avait besoin a été minée. Toutefois, son témoignage a éclairé la Cour au sujet des détails quant à la façon de cultiver le plant de cannabis et a fourni un contexte quant à certaines des inquiétudes évoquées par la défenderesse pour justifier les dispositions du RMFM. Dans son témoignage, il a également abordé la question de l'interdiction de « cultiver son propre cannabis ».

[95] Le cannabis a besoin de lumière, d'eau et de nutriments pour survivre et croître. Il peut être cultivé à l'extérieur ou à l'intérieur. L'éclairage et l'espace physique, et non pas le nombre de plants, sont les principaux éléments qui ont une incidence sur le rendement de la culture à l'intérieur du cannabis. De petites quantités de cannabis peuvent être produites dans des espaces étroits comme des placards, des tentes et des chambres de culture.

[96] Le cycle de vie de la plante comporte deux principales phases, à savoir la croissance végétative et la floraison. Chaque phase nécessite une quantité différente de lumière. Le soleil procure la lumière nécessaire pour la culture à l'extérieur et la culture en serre. En ce qui concerne la culture à l'intérieur, différents types de dispositifs d'éclairage sont utilisés, notamment a) l'éclairage au moyen de lampes fluorescentes, b) l'éclairage au moyen de lampes à DEL, et c) l'éclairage au moyen de lampes à haute densité conçues pour la culture de plantes à l'intérieur.

[97] M. Colasanti a affirmé dans son témoignage que les plants de taille plus importante demandent moins de travail et peuvent produire la quantité nécessaire de

space, an individual could obtain the same yield from 6 plants as from 600.

[98] He also gave evidence regarding the infamous (at least in this litigation) “Bloom Box”. The Bloom Box is an example of a self-contained hydroponic grow box that can be used to safely and inexpensively grow cannabis without odour and does not use excessive amounts of power. It costs \$3 300 plus tax. I find the purpose of this evidence was to illustrate that marihuana can be cultivated effectively, safely and cheaply without massive investment or the measures necessary to address the hazards associated with large growing operations.

[99] Dr. Thomas Baumann—the plaintiffs’ expert witness on horticulture—is a horticulturist and Professor of Agriculture at the University of the Fraser Valley. He provided an expert opinion with respect to general and specific issues or concerns involved in the production or cultivation of plants for food, enjoyment, health purposes, personal use or family use, and limitations thereon.

[100] On cultivation, Dr. Baumann states that the technology and equipment that exists today enables a person to grow any plant either outside (in soil or in greenhouses) or indoors, safely with respect to themselves and others, and without damage to the building or structure in which production takes place. Use of proper electrical connections, water management, environmental controls (humidity and temperature) and compliance with all laws and regulations is required no matter the kind of plant being produced. (The cost of cultivation is discussed below in affordability and access.)

cannabis. Il a également exprimé l’avis qu’avec un système d’éclairage et un espace physique appropriés, une personne peut obtenir le même rendement avec 6 plants que celui qu’il pourrait obtenir avec 600 plants.

[98] M. Colasanti s’est également exprimé sur la tristement célèbre (du moins dans le présent litige) « Bloom Box ». La Bloom Box est un exemple de boîte de culture hydroponique autonome qui peut être utilisée pour cultiver du cannabis de façon sécuritaire, économique et inodore, et ce, sans consommation d’une quantité excessive d’électricité. Elle coûte 3 300 \$, taxes en sus. Je conclus que ce témoignage avait pour but de démontrer que la marihuana peut être cultivée de façon efficace, sécuritaire et économique, sans qu’il soit nécessaire de faire un investissement important ou de prendre les mesures nécessaires pour contrer les risques liés aux cultures à grande échelle.

[99] M. Thomas Baumann, le témoin expert des demandeurs en matière d’horticulture, est horticulteur et professeur en agriculture à l’Université Fraser Valley. Il a fourni un avis d’expert relativement à des questions d’ordre général ou à des questions précises ou aux problèmes que posent la production ou la culture de plants à des fins alimentaires, récréatives, pour raisons de santé, pour usage personnel ou familial, et des limites auxquelles elles sont assujetties.

[100] En ce qui concerne la culture, M. Baumann affirme que la technologie et le matériel qui existent aujourd’hui permettent à une personne de cultiver n’importe quelle plante, dans le sol à l’extérieur, dans des serres, à l’intérieur, de façon sécuritaire, et ce, dans le respect de soi-même et d’autrui, et sans endommager l’immeuble ou la structure dans laquelle la production a lieu. L’emploi de branchements électriques appropriés, la gestion de l’eau, les contrôles de l’environnement (humidité et température), le respect de toutes les lois et de tous les règlements sont des conditions qui doivent être respectées, peu importe le type de plante qui est cultivée. (La question du coût de la culture est abordée dans les sections portant sur l’abordabilité et l’accès.)

### C. *Risk of Cultivation*

[101] The risk of cultivation of marihuana was a major plank in the defendant's case that any interference with section 7 rights was in accordance with principles of fundamental justice or otherwise justified in a free and democratic society (section 1).

The defendant canvassed the risks of cultivation through "expert" witnesses. By way of overview, it is necessary for the Court to provide some context for its consideration of social science and other "non-hard" science expert witnesses. Many "expert" witnesses were so imbued with a belief for or against marihuana—almost a religious fervour—that the Court had to approach such evidence with a significant degree of caution and scepticism.

[102] It is important to recognize the standard necessary for admission of expert opinion evidence (*Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 O.R. (3d) 190, at paragraph 50):

Courts must be vigilant to guard against such impermissible evidence. It is trite law that expert witnesses should not give opinion evidence on matters for which they possess no special skill, knowledge or training, nor on matters that are commonplace, for which no special skill, knowledge or training is required.

[103] In the leading case, *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (*Mohan*), the Supreme Court provided criteria on the admission of expert evidence that advances a novel scientific theory. Although the experts in the present trial did not advance a novel scientific theory, and the expert qualifications were not objected to during the course of the trial, it is still necessary to evaluate their probative value. Since *Mohan*, the courts have provided guidance on this evaluation.

[104] An expert witness should provide independent assistance to the court and should not assume the role of

### C. *Les risques comportés par la culture*

[101] Les risques comportés par la culture de la marihuana a été un élément important de l'argument de la défenderesse selon lequel toute atteinte aux droits garantis par l'article 7 était conforme aux principes de justice fondamentale ou pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique (article 1).

La défenderesse a analysé les risques que comporte la culture grâce à des témoins « experts ». Pour donner une vue d'ensemble, il est nécessaire que la Cour présente quelque peu le contexte pour son examen des opinions de spécialistes des sciences sociales et d'autres témoins experts en sciences « non exactes ». Étant donné que bon nombre des témoins « experts » avaient des convictions très fortes, voire presque religieuses, à l'égard de l'utilisation de la marihuana, que ce soit pour ou contre, la Cour a dû faire preuve de prudence et d'un certain scepticisme à l'égard de ces témoignages.

[102] Il est important de déterminer la norme applicable à l'admission de témoignages d'expert (*Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 O.R. (3d) 190, au paragraphe 50) :

[TRADUCTION] Les tribunaux doivent prendre soin d'écartier ces témoignages inadmissibles. Il est bien reconnu en droit que les témoins experts ne devraient pas formuler des opinions sur des sujets à l'égard desquels ils ne possèdent aucune compétence, connaissance ou formation particulières, ni sur des sujets courants qui n'exigent aucune compétence, connaissance ou formation particulière.

[103] Dans l'arrêt de principe *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 (*Mohan*), la Cour suprême a énoncé les critères applicables en matière d'admission des témoignages d'experts qui avancent une nouvelle théorie scientifique. Bien que les experts dans le présent procès n'aient pas avancé une nouvelle théorie scientifique et que leurs compétences n'aient pas été contestées durant le procès, il demeure néanmoins nécessaire d'évaluer leur valeur probante, et, depuis l'arrêt *Mohan*, les tribunaux ont donné des précisions quant à cette évaluation.

[104] Un témoin expert devrait fournir une aide indépendante au tribunal et ne devrait pas jouer le rôle d'un

an advocate (*Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62, at paragraphs 96–120). An expert should state the facts or assumptions upon which his or her opinion is based and should not omit to consider material facts which weaken his or her opinion. In *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 (*Abbey*), the Ontario Court of Appeal provided the following guidance when assessing the opinion of an expert witness in this context (at paragraphs 119 and 120):

As with scientifically based opinion evidence, there is no closed list of the factors relevant to the reliability of an opinion like that offered by Dr. Totten. I would suggest, however, that the following are some questions that may be relevant to the reliability inquiry where an opinion like that offered by Dr. Totten is put forward:

- \* To what extent is the field in which the opinion is offered a recognized discipline, profession or area of specialized training?
- \* To what extent is the work within that field subject to quality assurance measures and appropriate independent review by others in the field?
- \* What are the particular expert's qualifications within that discipline, profession or area of specialized training?
- \* To the extent that the opinion rests on data accumulated through various means such as interviews, is the data accurately recorded, stored and available?
- \* To what extent are the reasoning processes underlying the opinion and the methods used to gather the relevant information clearly explained by the witness and susceptible to critical examination by a jury?
- \* To what extent has the expert arrived at his or her opinion using methodologies accepted by those working in the particular field in which the opinion is advanced?
- \* To what extent do the accepted methodologies promote and enhance the reliability of the information gathered and relied on by the expert?

défenseur (*Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62, aux paragraphes 96 à 120). Un expert devrait exposer les faits ou les hypothèses sur lesquels son avis est fondé et ne doit pas omettre d'exposer les faits importants qui affaiblissent son opinion. Dans l'arrêt *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 (*Abbey*), la Cour d'appel de l'Ontario a donné les directives suivantes concernant l'appréciation de l'opinion d'un témoin expert dans ce contexte (aux paragraphes 119 et 120) :

[TRADUCTION] Comme dans le cas du témoignage d'opinion fondé sur la science, il n'existe pas de liste exhaustive des facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer la fiabilité d'une opinion comme celle qui a été offerte par M. Totten. Je suis toutefois d'avis que ce qui suit est des questions qui peuvent être pertinentes en ce qui concerne l'examen de la fiabilité lorsqu'une opinion comme celle de M. Totten est formulée :

- \* Dans quelle mesure le domaine relativement auquel l'opinion est offerte est une discipline reconnue, une profession ou un domaine de formation spécialisé?
- \* Dans quelle mesure le travail dans ce domaine est-il assujéti à des mesures d'assurance de la qualité et à un examen indépendant adéquat de la part d'autres personnes travaillant dans le même domaine?
- \* Quelles sont les compétences de l'expert au sein de cette discipline, cette profession ou ce domaine de formation spécialisé?
- \* Dans la mesure où l'opinion repose sur des données accumulées grâce à divers moyens comme des entrevues, les données ont-elles été fidèlement enregistrées, conservées, et sont-elles disponibles?
- \* Dans quelle mesure les processus de raisonnement qui sous-tendent l'opinion et les méthodes utilisées pour recueillir les renseignements pertinents ont été clairement expliquées par le témoin et sont susceptibles de faire l'objet d'un examen critique de la part d'un jury?
- \* Dans quelle mesure l'expert est-il arrivé à son opinion grâce à des méthodes acceptées par ceux qui travaillent dans le domaine relativement auquel l'opinion est formulée?
- \* Dans quelle mesure les méthodes acceptées favorisent et accroissent la fiabilité des renseignements recueillis et utilisés par l'expert?

- \* To what extent has the witness, in advancing the opinion, honoured the boundaries and limits of the discipline from which his or her expertise arises?
- \* To what extent is the proffered opinion based on data and other information gathered independently of the specific case or, more broadly, the litigation process?

The significance of testing the expert's methodologies against those accepted in the field was highlighted in *Kumho Tire Co.* at p. 152:

The objective of that requirement [the gatekeeper function] is to ensure the reliability and relevancy of expert testimony. *It is to make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the courtroom the same level of intellectual rigour that characterizes the practice of an expert in the relevant field.* [Emphasis added.]

[105] The Supreme Court most recently applied the *Abbey* framework and extensively commented on expert opinion evidence in *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (at paragraphs 22–24):

*Abbey* (ONCA) introduced helpful analytical clarity by dividing the inquiry into two steps. With minor adjustments, I would adopt that approach.

At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four *Mohan* factors (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert) and in addition, in the case of an opinion based on novel or contested science or science used for a novel purpose, the reliability of the underlying science for that purpose: *J.-L.J.*, at paras. 33, 35-36 and 47; *Trochym*, at para. 27; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 788-89 and 800-801. Relevance at this threshold stage refers to logical relevance: *Abbey* (ONCA), at para. 82; *J.-L.J.*, at para. 47. Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. Note that I would retain necessity as a threshold requirement: *D.D.*, at para. 57; see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 209-10; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, at para. 13; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, at para. 72.

- \* Dans quelle mesure le témoin, lorsqu'il a formulé l'opinion, a respecté les limites de la discipline de laquelle découlent ses compétences?
- \* Dans quelle mesure l'opinion formulée repose-t-elle sur des données et d'autres renseignements recueillis en faisant abstraction de l'affaire en cause ou, de façon plus générale, du processus judiciaire?

L'importance d'apprécier les méthodes utilisées par l'expert au regard des méthodes acceptées dans le domaine a été soulignée dans *Kumho Tire Co.*, à la page 152 :

L'objectif de cette tâche [la fonction de gardien] est de s'assurer de la fiabilité et de la pertinence du témoignage d'expert. On veut s'assurer qu'un expert, que son témoignage soit fondé sur des études professionnelles ou sur son expérience personnelle, fasse preuve en cour du même degré de rigueur intellectuelle dont doit faire preuve l'expert dans le domaine. [Non souligné dans l'original.]

[105] Tout récemment, dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, la Cour suprême a appliqué le cadre de l'arrêt *Abbey* et a formulé des commentaires détaillés sur le témoignage d'expert (aux paragraphes 22 à 24) :

L'arrêt *Abbey* (ONCA) a apporté des précisions utiles en scindant la démarche en deux temps. Je suis d'avis de l'adopter à peu de choses près.

Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. De plus, dans le cas d'une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée (*J.-L.J.*, par. 33, 35-36 et 47; *Trochym*, par. 27; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 788-789 et 800-801. Le critère de la pertinence, à ce stade, s'entend de la pertinence logique (*Abbey* (ONCA), par. 82; *J.-L.J.*, par. 47). Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Il est à noter qu'à mon avis, la nécessité demeure un critère (*D.D.*, par. 57; voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 2015), p. 209-210; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, par. 13; *R. c. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, par. 72.

At the second discretionary gatekeeping step, the judge balances the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks. The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the “reliability versus effect factor” (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about “relevance, reliability and necessity” being “measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion”: para. 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the “trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence”: para. 76.

[106] The Court went on to discuss the nature of an expert’s duty to the court and where it fits into the framework (at paragraphs 27 and 32):

One influential statement of the elements of this duty are found in the English case *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd’s Rep. 68 (Q.B.). Following an 87-day trial, Cresswell J. believed that a misunderstanding of the duties and responsibilities of expert witnesses contributed to the length of the trial. He listed in *obiter dictum* duties and responsibilities of experts, the first two of which have particularly influenced the development of Canadian law:

1. Expert evidence presented to the Court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation ....

2. An expert witness should provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his [or her] expertise . . . . An expert witness in the High Court should never assume the role of an advocate. [Emphasis added; citation omitted; p. 81.]

(These duties were endorsed on appeal: [1995] 1 Lloyd’s Rep. 455 (C.A.), at p. 496.)

...

Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en sopesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l’admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds. Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l’arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à « la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l’arrêt *Abbey*, lorsqu’il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d’expert qui satisfait aux conditions préalables à l’admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76).

[106] La Cour traite ensuite de la nature de l’obligation de l’expert envers le tribunal et d’où elle se situe dans le cadre (aux paragraphes 27 et 32) :

On trouve dans l’arrêt anglais *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd’s Rep. 68 (Q.B.), un énoncé des éléments de cette obligation qui fait autorité. Au terme d’un procès de 87 jours, le juge Cresswell a conclu qu’une méconnaissance des obligations et responsabilités des témoins experts avait contribué à prolonger le procès. Il a dressé, dans une remarque incidente, une liste des obligations et responsabilités des experts, dont les deux premiers points ont particulièrement influencé l’évolution du droit canadien :

[TRADUCTION]

1. Le témoignage de l’expert présenté à la Cour devrait être le produit indépendant de l’expert n’ayant subi quant à la forme ou au fond aucune influence dictée par les exigences du litige et être perçu comme tel ...

2. Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d’avis objectif et exempt de parti pris sur des questions relevant de son champ d’expertise [...] La personne qui témoigne comme expert devant la Haute Cour ne doit jamais s’arroger le rôle de défenseur. [Je souligne; référence omise; p. 81.]

(La Cour d’appel a confirmé ces obligations ([1995] 1 Lloyd’s Rep. 455 (C.A.), p. 496).)

[...]

Underlying the various formulations of the duty are three related concepts: impartiality, independence and absence of bias. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her: P. Michell and R. Mandhane, "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, at pp. 638-39. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation. Experts are generally retained, instructed and paid by one of the adversaries. These facts alone do not undermine the expert's independence, impartiality and freedom from bias.

As to admissibility or weight, the following comments were provided (at paragraphs 45 and 54):

Following what I take to be the dominant view in the Canadian cases, I would hold that an expert's lack of independence and impartiality goes to the admissibility of the evidence in addition to being considered in relation to the weight to be given to the evidence if admitted. That approach seems to me to be more in line with the basic structure of our law relating to expert evidence and with the importance our jurisprudence has attached to the gatekeeping role of trial judges. Binnie J. summed up the Canadian approach well in *J.-L.J.*: "The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility" (para. 28).

...

Finding that expert evidence meets the basic threshold does not end the inquiry. Consistent with the structure of the analysis developed following *Mohan* which I have discussed earlier, the judge must still take concerns about the expert's independence and impartiality into account in weighing the evidence at the gatekeeping stage. At this point, relevance, necessity, reliability and absence of bias can helpfully be seen as part of a sliding scale where a basic level must first be achieved in order to meet the admissibility threshold and thereafter continue to play a

Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services (P. Michell et R. Mandhane, « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, p. 638-639). Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert.

En ce qui concerne l'admissibilité ou le poids du témoignage, la Cour suprême a déclaré ce qui suit (aux paragraphes 45 et 54) :

Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du témoignage, s'il est admis. Cette façon de voir semble s'accorder davantage avec l'économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d'experts et l'importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l'optique canadienne dans l'arrêt *J.-L.J.* : « La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (p. 28).

[...]

La constatation que le témoignage de l'expert satisfait aux critères ne met pas fin à l'analyse. Conformément au cadre établi dans la foulée de l'arrêt *Mohan* dont nous avons discuté précédemment, le juge doit encore tenir compte des réserves émises quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert lorsqu'il évalue la preuve à l'étape où il exerce son rôle de gardien. Il peut être utile de concevoir la pertinence, la nécessité, la fiabilité et l'absence de parti pris comme autant d'éléments d'un examen en deux temps, qui entrent en ligne de compte à



role in weighing the overall competing considerations in admitting the evidence. At the end of the day, the judge must be satisfied that the potential helpfulness of the evidence is not outweighed by the risk of the dangers materializing that are associated with expert evidence.

[107] Finally, I note that opinion evidence is worthless and arguably irrelevant if there is an absence of factual foundation for the opinion (*R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paragraph 59).

[108] Bearing in mind these principles, the evidence of some of the “experts” on both sides will be given little or no weight. Some had their evidence shredded in cross-examination; this was particularly true of some of the defendant’s non-technical “experts”.

[109] The risks of cannabis production presented during the course of the litigation can appropriately be assessed in four separate categories: mould and other contamination; fire; home invasion, violence and diversion; and community impacts.

#### D. *Mould and Other Contamination*

[110] Dr. Miller was the defendant’s expert witness on mould. He is an expert on fungal physiology. He stated that marijuana plants release a significantly larger amount of moisture than most houseplants—in particular, one marijuana plant adds as much moisture as approximately seven to ten house plants. He outlined that the average residential dwelling in Canada was not constructed to deal with the humidity produced by hundreds of marijuana plants. If cultivation occurred in a multiunit residential building, in addition to mould damage, the chance of contaminants and odour transfer would be common.

[111] Dr. Miller stated that mould damage in houses can cause negative health impacts and that plants are

la première étape, celle qui sert à déterminer s’il est satisfait aux critères d’admissibilité, et jouent également un rôle à la deuxième, dans la pondération des considérations concurrentes globales relatives à l’admissibilité. Au bout du compte, le juge doit être convaincu que les risques liés au témoignage de l’expert ne l’emportent pas sur l’utilité possible de celui-ci.

[107] Enfin, je souligne que le témoignage d’opinion est sans valeur, et vraisemblablement aucunement pertinent, si l’opinion ne repose sur aucun fait (*R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, au paragraphe 59).

[108] Compte tenu de ces principes, les témoignages de certains « experts », dans chacun des deux camps, ne se verront accorder que peu, voire aucun poids. Certains ont vu leur témoignage réduit en pièces lors du contre-interrogatoire; cela fut particulièrement vrai dans le cas de certains « experts » non techniques présentés par la défenderesse.

[109] Les risques liés à la production de cannabis dont il a été fait état au cours du litige peuvent être évalués selon quatre catégories distinctes : les risques de moisissure et d’autre type de contamination; les risques d’incendie; les risques de braquage à domicile et de violence et de détournements; les incidences sur la collectivité.

#### D. *La moisissure et autre type de contamination*

[110] M. Miller était le témoin expert de la défenderesse en ce qui concerne la moisissure. Il est expert en physiologie fongique. Il a déclaré que les plantes de marijuana produisent une quantité beaucoup plus grande d’humidité que la plupart des plantes d’intérieur; une plante de marijuana produit la même quantité d’humidité qu’environ sept à dix plantes d’intérieur. Il a souligné que la maison d’habitation moyenne au Canada n’a pas été conçue pour résister à la quantité d’humidité produite par des centaines de plantes de marijuana. S’il y a culture dans un immeuble à logements multiples, en plus de dommages causés par la moisissure, les risques de contamination et d’émission d’odeur constituent des problèmes courants.

[111] M. Miller a déclaré que les dommages causés par la moisissure peuvent avoir des effets néfastes sur la

only one possible source of moisture (along with showers, cooking and other common domestic activities). Moisture problems can be addressed by “adding point source ventilation to remove excess moisture from growing plants” and by an “engineered solution”.

[112] Dr. Miller’s evidence establishes that mould, while an issue, is one which can be handled without undue difficulty or complexity.

[113] Mr. Schut—a rebuttal witness of the plaintiffs on mould remediation—was adduced as an expert in mould prevention techniques and technologies, and remediation of mould infested buildings. He is the manager of Enviromold, a company that specializes in preventing and controlling mould and remediating premises that have suffered from mould damage. He has inspected and been in charge of cleaning up and remediating over 50 marihuana grow operations in his 10-year career. In his view, there is no difference between growing 20 marihuana plants and 20 tomato plants in an indoor garden. A properly built indoor garden will address the humidity and ventilation issues that exist in a facility and in particular, in the room in which the production occurs. Such improvements upon the condition of a building or residence can be made by fixing any prior existing ventilation problems that might result in mould damage. In many respects, his evidence was consistent with Dr. Miller on the use of ventilation for remediation.

[114] Several other witnesses also addressed mould as an issue. It was acknowledged that different areas of the country, such as the Lower Mainland of British Columbia including the Fraser Valley, present greater mould issues than other regions given the prevalence of natural dampness.

It is a problem throughout the evidence that the evidence about the Lower Mainland predominated often

santé et que les plantes peuvent être source de moisissure (au même titre que les douches, la cuisine et autre activité domestique). Les problèmes de moisissure peuvent être réglés par l’[TRADUCTION] « installation d’un dispositif de ventilation ponctuelle qui élimine la moisissure causée par la culture de plantes » et par une « solution technique ».

[112] Dans son témoignage, M. Miller a affirmé que la moisissure, bien qu’elle soit un problème, peut être éliminée sans trop de difficulté par des moyens simples.

[113] M. Schut a été présenté par les demandeurs, dans le cadre de leur contre-preuve, comme étant un expert en techniques et technologies en matière de prévention de la moisissure et d’élimination de la moisissure dans les bâtiments infestés. Il est le directeur d’Enviromold, une société spécialisée en prévention et en contrôle de la moisissure et en traitement de bâtiments endommagés par de la moisissure. Au cours de ses 10 ans de carrière, il s’est occupé de l’inspection, du nettoyage et du traitement de 50 installations de culture de la marihuana. Selon lui, il n’y aucune différence entre cultiver 20 plants de marihuana et cultiver 20 plants de tomates dans un jardin intérieur. Une conception adéquate du jardin intérieur permettra de régler les problèmes d’humidité et de ventilation dans un bâtiment, en particulier dans la pièce où la culture a lieu. De telles améliorations peuvent être apportées à l’état d’un bâtiment ou d’une résidence en réglant les problèmes de ventilation existants qui peuvent entraîner l’apparition de moisissure et ainsi causer des dommages. À de nombreux égards, son témoignage concordait avec celui de M. Miller en ce qui concerne le recours à la ventilation comme solution au problème.

[114] Plusieurs autres témoins ont également soulevé la question de la moisissure. Il a été reconnu que certaines régions du pays, comme les basses-terres continentales, notamment la Vallée du Bas-Fraser, en Colombie-Britannique, sont plus exposées à des problèmes de moisissure que d’autres régions en raison du taux très élevé d’humidité.

Soulignons que les témoignages ont porté sur les basses-terres continentales, à l’exclusion presque totale

to the near exclusion of the rest of the country. However, the MMPR and its justification operates across the country.

[115] The evidence establishes that mould issues are often local in nature but more importantly are remediable—a matter which is more amenable to local regulation. It hardly justifies the type of regulation at issue.

#### E. *Fire*

[116] The defendant relied heavily on both the risk of fire and crime (home invasion and diversion) as its justification for the MMPR. On both these topics the defendant's experts exhibited a significant degree of bias against marijuana generally. There was a lack of objectivity both in data and analysis. If there was any "expertise", it was overshadowed by the lack of credibility of those witnesses.

[117] The defendant relied on the evidence of the Fire Chief for Surrey, British Columbia, Mr. Garis, to advance its position regarding fire risk in marijuana cultivation. He testified that inspections of MMAR residential growing operations in Surrey revealed widespread problems with respect to improper wiring and electrical panels, unpermitted structural modifications and the visible presence of mould. His report set out data compiled from inspections carried out at illicit and MMAR residential growing operations in Surrey.

[118] His evidence was seriously undermined in cross-examination and in the rebuttal expert evidence of the plaintiffs. Moreover, the evidence was not credible and was biased. As explained later, this Court cannot put any significant weight on his report.

[119] Mr. Moen, Fire Captain and Acting Battalion Chief of the City of Fort McMurray, was a rebuttal

des autres régions du pays. Toutefois, le RMFM et sa justification s'appliquent dans l'ensemble du pays.

[115] La preuve établit que les problèmes de moisissure sont souvent de nature régionale, mais, ce qui est plus important, c'est qu'ils peuvent être réglés; cela relève toutefois de la réglementation régionale. Cela ne justifie pas vraiment le type de règlement qui fait l'objet du présent litige.

#### E. *Incendie*

[116] La défenderesse s'est fortement appuyée sur le risque d'incendie et d'actes criminels (braquage à domicile et détournement) pour justifier le RMFM. Ses témoins experts ont, de façon générale, fait montre d'un degré important de partialité à l'encontre de la marijuana quant à ces deux sujets. Les données et l'analyse comportaient des lacunes sur le plan de l'objectivité. Le manque de crédibilité de ces témoins jette un doute sur leur « expertise », le cas échéant.

[117] La défenderesse s'est fondée sur le témoignage du chef du Service de protection des incendies de Surrey (Colombie-Britannique), M. Garis, pour prétendre que la culture de la marijuana entraîne un risque d'incendie. Ce dernier a relaté dans son témoignage que les inspections effectuées dans les lieux de culture conformes au RAMFM, à Surrey, ont révélé l'existence de problèmes répandus en ce qui a trait au caractère inadéquat du filage et des panneaux électriques, aux modifications structurelles non autorisées ainsi qu'à la présence visible de moisissures. Son rapport expose les données recueillies dans le contexte des inspections effectuées dans les résidences où la marijuana est cultivée, de manière illícite ou conformément au RAMFM, à Surrey.

[118] Le contre-interrogatoire et la contre-preuve présentée par les experts des demandeurs ont grandement miné son témoignage. De plus, son témoignage n'était pas crédible et était empreint de partialité. Comme il le sera expliqué plus loin, la Cour ne peut pas accorder un poids important à ce rapport.

[119] M. Moen, pompier-capitaine et chef de bataillon par intérim de la ville de Fort McMurray, a agi comme

witness of the plaintiffs. He is of the view that Chief Garis ignored alternative evidence or explanations for the cause of fires at illegal grow operations. The numbers of fires at all grow sites, which includes illegal sites, has stayed the same or gone down since the number of MMAR licensed growers has increased exponentially. According to Garis' own fire statistics, Moen was of the view there is no difference between the estimated fire risk of houses that have a licensed grow site and other houses in British Columbia.

[120] A theme that ran through some of the evidence of the defendant was that there was little or no difference between the risks from an illegal grow op and that of a properly licensed and code-compliant MMAR site. The statistical evidence does not support the conclusion that an illegal, covert operation would present the same risk as an open, legal operation.

[121] Mr. Boileau, a certified Red Seal journeyman electrician, was also a rebuttal witness of the plaintiffs. His expert opinion is that electrical contractors are able to (and do) perform electrical installations at indoor marijuana grow facilities under permit for holders of MMAR licences, and those installations are inspected in compliance with the *Safety Standards Act* (S.B.C. 2003), c. 39.

[122] The defendant's fire risk evidence was weak and inconsistent. I prefer the evidence of the plaintiffs.

#### F. *Home Invasion/Violence/Diversion*

[123] Corporal Shane Holmquist, a member of the RCMP's Coordinated Marijuana Enforcement Team, was the key so-called "expert" witness for the defendant. He provided evidence on mould and contamination,

témoin des demandeurs en contre-preuve. Il est d'avis que le chef Garis a fait fi des autres éléments de preuve ou explications se rapportant à la cause des incendies qui se sont déclarés sur les lieux de culture illicite. Le nombre d'incendies ayant eu lieu dans l'ensemble des sites de culture, lequel comprend les sites de culture illicite, est resté le même ou a diminué depuis l'accroissement exponentiel du nombre de producteurs autorisés au titre du RAMFM. M. Moen est d'avis, en se fondant sur les statistiques de M. Garis en matière d'incendie, qu'il n'y a aucune différence entre le risque d'incendie estimé dans les domiciles hébergeant un site de production autorisée et celui des autres domiciles en Colombie-Britannique.

[120] Un thème récurrent dans certains des éléments de preuve de la défenderesse est qu'il y avait peu ou pas de différence entre les risques découlant de production illicite et ceux afférents à la production autorisée en bonne et due forme au titre du RAMFM et conforme à la réglementation. La preuve statistique n'appuie pas la conclusion selon laquelle un lieu de production illicite clandestin est exposé au même risque qu'un lieu de production autorisée non clandestin.

[121] M. Boileau, un compagnon électricien détenant un certificat Sceau rouge, a aussi agi à titre de témoin en contre-preuve pour le compte des demandeurs. Selon son témoignage d'expert, les entrepreneurs en électricité sont capables d'installer l'équipement électrique (et ils le font) dans les lieux de production intérieurs de marijuana pour les détenteurs de permis au titre du MMAR, et cet équipement est inspecté conformément au *Safety Standards Act* (S.B.C. 2003), ch. 39.

[122] La preuve présentée par la défenderesse quant au risque d'incendie était faible et contenait des incohérences. Je préfère celle présentée par les demandeurs.

#### F. *Braquage à domicile/violence/détournement*

[123] Le caporal Shane Holmquist, membre de l'Équipe coordonnée de la lutte contre la marijuana, était le témoin clé soi-disant « expert » de la défenderesse. Il a témoigné au sujet des moisissures et de la

fire, home invasion and violence, diversion and community impacts.

[124] On home invasion and violence, what he described as his most “qualified” expertise, Holmquist stated that residential marihuana growing operations, whether legal or illicit, are at risk of home invasions and theft because of the monetary value of marihuana. There have been instances where “grow rips” have resulted in serious injuries to the occupants of the residence.

[125] On diversion, he stated that under the MMAR it was difficult for law enforcement to detect diversion because of the “cover” provided by the individuals’ authorizations to produce and possess.

[126] Holmquist was the most egregious example of the so-called expert discussed earlier in paragraph 101. He was shown, in cross-examination, to be so philosophically against marihuana in any form or use that his report lacked balance and objectivity. He possessed none of the qualifications of the usual expert witness. His assumptions and analysis were shown to be flawed. His methodologies were not shown to be accepted by those working in his field. The factual basis of his various opinions was uncovered as inaccurate. I can give this evidence little or no weight. It does not establish that there was a sound basis for the new regulatory scheme.

### G. *Community Impacts*

[127] The defendant relied on Larry Dybvig’s evidence (an expert on property values) to provide findings relating to the community impacts of personal cultivation. He is a professional appraiser. Specifically, Dybvig provided evidence on property values testifying that marihuana growing sites usually require by-law compliance,

contamination, des incendies, de la violence et de braquage à domicile, du détournement ainsi que des incidences dans la collectivité.

[124] En ce qui a trait aux braquages à domicile et à la violence, sujets qu’il a décrit comme étant ceux dans lesquels il est le plus « qualifié », M. Holmquist a déclaré que les résidences dans lesquelles il y a culture, licite ou illicite, de la marihuana sont exposées au risque de braquage à domicile et de cambriolage, en raison de la valeur pécuniaire de la marihuana. Il y existe des cas documentés dans lesquels les occupants de la résidence ont été gravement blessés à la suite de « vols de récolte ».

[125] En ce qui a trait au détournement, il a déclaré que, selon le régime du RAMFM, il est difficile pour les services d’application de la loi de déceler le détournement, parce que les autorisations de produire et de posséder « permettent de dissimuler » les autres activités.

[126] M. Holmquist constituait l’exemple le plus flagrant du soi-disant expert dont j’ai discuté précédemment au paragraphe 101. Son contre-interrogatoire a fait ressortir le fait qu’il était philosophiquement opposé à l’utilisation de la marihuana sous quelque forme que ce soit, et que son rapport contenait de sérieuses lacunes en ce qui a trait à l’équilibre et à l’objectivité. Il ne possédait aucune des qualifications que possèdent les témoins experts habituels. Il a été démontré que ses hypothèses et analyses étaient viciées et que ses méthodes n’étaient pas reconnues par les personnes œuvrant dans son domaine. Ses diverses opinions reposaient sur des fondements factuels inexacts. Il m’est loisible d’accorder peu ou pas de poids à son témoignage. Celui-ci n’établit pas l’existence d’un fondement solide à l’appui du nouveau régime réglementaire.

### G. *L’incidence sur la collectivité*

[127] La défenderesse s’est fondée sur le témoignage de M. Larry Dybvig (un expert en matière d’évaluation foncière) pour présenter des conclusions liées aux incidences sur la collectivité de la culture de marihuana à des fins personnelles. M. Dybvig est un évaluateur professionnel. Plus précisément, M. Dybvig a témoigné

inspection and remediation to deal with various problems caused by cultivating marihuana in homes not designed for that purpose. It is noted that his evidence only relates to illicit marihuana grow operations and therefore is irrelevant to this case.

[128] Mr. Wilkins, an insurance broker with LMG Insurance Brokers (the insurance company is Lloyds of London), was a rebuttal expert for the plaintiffs. He stated that in the course of his work between 2010 to the present, he has arranged for building insurance for approximately 300 MMAR cannabis growers who grow inside their residences, in outbuildings and at commercial properties. He provided expert evidence on the issue of insurability of legal MMAR sites, including risks of fire and theft at MMAR grow sites. He stated that the cannabis garden facilities he insures are properly and safely installed according to applicable by-laws and codes.

His evidence speaks to the workability of the MMAR in terms of community impacts. It also demonstrates that the MMAR sites did not pose the same problems as the illicit sites discussed by Dybvig.

#### H. *Other Witnesses*

[129] Eric Nash was both a fact witness and a rebuttal expert witness for the plaintiffs. His fact evidence included his personal cultivation history. In rebuttal, Nash provided opinions with respect to reports tendered from Corporal Holmquist, Chief Garis, John Miller and Larry Dybvig. Specifically, he commented on the 17 MMAR sites that he has visited and the 400 MMAR growers that he has communicated with. All these sites

à propos de l'évaluation foncière et il a relaté que les sites de production de marihuana doivent habituellement être conformes aux règlements municipaux, qu'ils peuvent faire l'objet d'inspections et de mesures afin de palier aux divers problèmes occasionnés par la culture de la marihuana dans des résidences qui n'ont pas été conçues à cette fin. La Cour constate que son témoignage porte uniquement sur les installations de production illícite de marihuana et qu'il n'est donc pas pertinent en l'espèce.

[128] M. Wilkins, un courtier d'assurance auprès de LMG Insurance Brokers (la compagnie d'assurance est la Lloyd's, dont le siège social est à Londres), est le témoin expert présenté par les demandeurs dans le cadre de leur contre-preuve. Il a mentionné que, dans le cadre de son travail entre 2010 et aujourd'hui, il a pris des dispositions pour faire assurer les bâtiments d'environ 300 producteurs de cannabis autorisés au titre du RAMFM; ceux-ci faisaient pousser du cannabis dans leurs résidences, dans des annexes ainsi que dans des immeubles commerciaux. Il a fourni une preuve d'expert quant aux questions de l'assurabilité des sites autorisés au titre du RAMFM, notamment sur les risques d'incendie et de cambriolage de ces sites. Il a mentionné que les installations de culture de cannabis assurées par sa firme sont aménagées en bonne et due forme, qu'elles sont sécuritaires et conformes à la réglementation municipale et aux codes applicables.

Son témoignage traite des aspects pratiques du RAMFM en ce qui a trait aux incidences sur la collectivité. Il démontre aussi que les sites autorisés au titre du RAMFM ne posaient pas les mêmes problèmes que les sites illicites dont M. Dybvig a fait mention dans son témoignage.

#### H. *Les autres témoins*

[129] M. Eric Nash était un témoin des faits ainsi qu'un témoin expert en contre-preuve pour les demandeurs. Son témoignage quant aux faits traitait entre autres de son historique personnel en matière de culture. En contre-preuve, M. Nash a livré un témoignage d'opinion en ce qui a trait aux rapports produits par le caporal Holmquist, le chef Garis, M. John Miller et M. Larry Dybvig. Plus précisément, il a formulé des commentaires

had professionally installed ventilation and electrical equipment, were clean and well maintained and had been inspected by municipal by-law officers. None of the sites had issues with mould, fire, security or otherwise. In his opinion, with professional advice and proper ventilation, installation and monitoring, indoor cannabis production can and does take place safely and securely in residential homes and properties under the MMAR. Based on his experience visiting illegal sites for criminal cases to provide an expert opinion, there is no comparison between illegal and legal grows. That evidence is consistent with other expert evidence accepted by the Court.

[130] Professor Susan Boyd provided an expert rebuttal report to the opinions given by Holmquist and Garis. She is a Distinguished Professor at the University of Victoria, where she teaches and conducts research within the Faculty of Human and Social Development. She is the co-author of the book *Killer Weed: Marijuana Grow Ops, Media and Justice* [Toronto: University of Toronto Press, 2014], in which she systematically studies and compares media and justice portrayals of cannabis use and production in Canada. In her report, Professor Boyd comprehensively details what proper research should entail. She stated that Mr. Garis and Corporal Holmquist did not have evidence for their conclusions.

Her conclusion is the same as this Court's, as seen earlier.

## VI. The Plaintiffs

[131] While the justification for the MMAR system is a vital part of this case, the evidence of the individual plaintiffs is important in comparing the rights infringement caused by the MMAR with its objective.

au sujet des 17 sites autorisés au titre du RAMFM qu'il a visités ainsi que des 400 producteurs autorisés au titre du RAMFM avec lesquels il a communiqué. Tous ces sites étaient munis d'équipements électrique et de ventilation installés par des professionnels, étaient propres et bien entretenus et avaient été inspectés par des agents de réglementation municipale. Aucun des sites n'avait de problème de moisissures, d'incendie, de sécurité ou autres. Selon lui, la production intérieure de cannabis autorisée au titre du RAMFM dans les maisons résidentielles et les immeubles peut être sécuritaire, moyennant des conseils professionnels, une ventilation, une installation et un suivi adéquats. À la lumière des visites de sites illicites qu'il a faites dans le cadre de causes criminelles afin de donner une opinion d'expert, il affirme qu'il est impossible de faire une comparaison entre la culture licite et la culture illicite. Cette preuve est compatible avec les autres témoignages d'expert acceptés par la Cour.

[130] La professeure Susan Boyd a produit en contre-preuve un rapport d'expert relatif aux témoignages d'opinions livrés par MM. Holmquist et Garis. Elle est professeure émérite à l'Université de Victoria, où elle enseigne et effectue de la recherche à la faculté du développement humain et social. Elle est coauteure du livre *Killer Weed : Marijuana Grow Ops, Media and Justice* [Toronto : University of Toronto Press, 2014], dans lequel elle étudie et compare de manière systématique le traitement médiatique et judiciaire au Canada en ce qui a trait à l'utilisation et à la production du cannabis. Dans son rapport, la professeure Boyd donne des détails exhaustifs à propos de ce qu'une recherche appropriée doit comprendre. Elle a énoncé que les conclusions de M. Garis et du caporal Holmquist n'étaient pas appuyées par la preuve.

Sa conclusion est la même que celle de la Cour, qui a déjà été mentionnée.

## VI. Les demandeurs

[131] Bien que la justification du régime mis en place par le RMFM constitue une partie cruciale de la présente affaire, les témoignages livrés par chacun des demandeurs sont importants pour comparer les violations des

droits occasionnées par le RMFM avec l'objectif de ce dernier.

*A. Neil Allard*

[132] Mr. Allard, a 60-year-old man, was declared permanently retired in 1999 after working with Veterans Affairs Canada. He is diagnosed with “Myalgic Encephalomyelitis”, a neuro-immune disorder, and clinical depression. He has used cannabis since 1998; it alleviates his pain and assists with his symptoms, such as headaches.

In 2004, Mr. Allard received his first ATP and its limits were based on a dosage level of 5 grams a day. Currently, he is prescribed a dosage of 20 grams of cannabis per day. He requires about 600 grams per month. He holds a PUPL and cultivates marihuana in his residence.

[133] At trial, he testified that his current daily use varies between 10 to 20 grams. His methods of consumption largely include vaporizing; however, he also juices and uses edibles and oils to meet his medical needs. Particularly, he finds that consuming cannabis juice (non-psychoactive) relieves his nausea, cramping and other gastro-intestinal symptoms and improves his energy and cognitive abilities. He uses cannabis oil topically to treat skin, back and body pain and itchiness.

[134] Mr. Allard grows approximately a dozen different strains. His evidence is that the number and type of strains changes over time due to him developing a tolerance. He also states that some of the strains that he has tried are ineffective in relieving symptoms and some strains make him feel worse. Further, knowing he has a continuous safe supply of cannabis reduces his stress and anxiety levels—he derives therapeutic benefit from cultivating including stress reduction and meditative benefit.

*A. Neil Allard*

[132] M. Allard, qui est âgé de 60 ans, a été déclaré retraité en permanence en 1999 après avoir travaillé pour Anciens Combattants Canada. Il a reçu un diagnostic d'« encéphalomyélite myalgique », un trouble neuro-immunitaire, ainsi que de dépression clinique. Il utilise le cannabis depuis 1998; cela lui permet d'atténuer sa douleur et ses symptômes, tels que les maux de tête.

En 2004, il a reçu sa première autorisation de possession, dont les limites étaient fondées sur une dose quotidienne de 5 grammes. M. Allard a actuellement une prescription pour une dose quotidienne de 20 grammes de cannabis. Il a besoin d'environ 600 grammes de marihuana par mois. Il détient une LPFP et il cultive la marihuana à sa résidence.

[133] Au procès, il a déclaré que sa consommation quotidienne varie entre 10 et 20 grammes. Ses méthodes de consommation comprennent surtout la vaporisation; cependant, il a aussi recours aux jus, aux produits comestibles et aux huiles pour satisfaire ses besoins médicaux. Plus particulièrement, il estime que la consommation de jus de cannabis (non psychoactive) le soulage de ses nausées, de ses crampes et autres symptômes gastro-intestinaux, et que cela lui donne plus d'énergie et améliore ses capacités cognitives. Il s'administre de l'huile de cannabis par voie topique pour traiter ses problèmes de peau, notamment les démangeaisons, ainsi que ses douleurs corporelles, notamment au dos.

[134] M. Allard cultive environ une douzaine de souches différentes. Il a affirmé dans son témoignage que la quantité et le type de souches varient avec le temps, du fait qu'il développe une certaine tolérance. Il affirme aussi que certaines des souches dont il a fait l'essai ne réussissent pas à le soulager de ses symptômes et que certaines souches aggravent même sa situation. De plus, le fait de savoir qu'il dispose d'un approvisionnement continu et sécuritaire de cannabis réduit ses degrés de stress et d'anxiété — il tire un avantage



thérapeutique de la culture, notamment en ce qui a trait à la réduction du stress et à la possibilité de méditer.

B. *Shawn Davey and Brian Alexander*

[135] Mr. Davey is 38 years old. In 2000, he was involved in a serious accident resulting in permanent brain injury that reduced his cognitive abilities. He experiences constant major pain, numbness and memory and balance problems. He has used cannabis since 2002; it relieves his pain without the side effects of prescription drugs.

[136] Together Mr. Davey and Brian Alexander, also an MMAR patient, cultivate cannabis in an outbuilding located on a leased agricultural land reserve. They are both PUPL holders.

[137] Since 2013, Mr. Davey's prescription for cannabis has been 25 grams per day. His initial dosage was 1 or 2 grams but that has increased through the years. He states that his dosage is high on the recommendation of his doctor, as he needs large quantities to make cannabis butter for his edibles. His evidence underscores that the amount of cannabis used bears a relationship to the method of consumption.

[138] Mr. Davey estimates that 90 percent of his cannabis intake is through edibles—cookies made from cannabis butter—because they relieve pain for longer periods of time and allow him to sleep through the night. He estimates that he uses his vaporizer or smokes approximately every half hour through the day and it provides rapid onset pain relief. He also uses the cannabis oil for topical applications for body pain and consumes cannabis tea on occasion. His evidence is consistent with that in *Smith*.

[139] Mr. Davey has used a variety of different strains and through trial and error, has found that one particular

B. *Shawn Davey et Brian Alexander*

[135] M. Davey est âgé de 38 ans. En 2000, il a été victime d'un grave accident, ce qui lui a occasionné des lésions permanentes au cerveau qui ont réduit ses capacités cognitives. Il est constamment aux prises avec d'importantes douleurs, des engourdissements ainsi que des problèmes de mémoire et d'équilibre. Il utilise le cannabis depuis 2002; cela soulage sa douleur, sans qu'il ait à subir les effets secondaires des médicaments sur ordonnances.

[136] Ensemble, M. Davey et Brian Alexander, qui est lui aussi un patient au titre du RAMFM, cultive le cannabis dans une annexe située sur des terres agricoles louées. Ils sont tous les deux titulaires d'une LPPF.

[137] Depuis 2013, la dose de cannabis prescrite à M. Davey est de 25 grammes par jour. Sa dose initiale était d'un ou deux grammes, mais cette dose a été accrue au fil des ans. Il affirme que sa dose est élevée, et ce, suivant la recommandation de son médecin, puisqu'il a besoin d'importantes quantités de cannabis pour en faire du beurre pour ses aliments. Son témoignage souligne que la quantité de cannabis utilisé est liée à la méthode de consommation.

[138] M. Davey estime que 90 p. 100 de sa consommation de cannabis se fait par l'ingestion de produits comestibles; il consomme notamment des biscuits faits avec du beurre de cannabis, parce qu'ils le soulagent de la douleur pendant de plus longues périodes et lui permettent de dormir la nuit. Il estime qu'il utilise son vaporisateur, ou qu'il fume, environ toutes les 30 minutes dans la journée et que cela lui procure un soulagement rapide de la douleur. Il utilise aussi l'huile de cannabis par voie topique pour régler les problèmes de douleur corporelle et il consomme du thé au cannabis à l'occasion. Son témoignage est compatible avec les faits dégagés dans l'arrêt *Smith*.

[139] M. Davey a utilisé une variété de souches différentes, et par essais et erreurs, il a découvert une souche

strain is especially effective for him. He did not find that ineffective strains worsen his condition. Davey derives therapeutic benefit from his involvement in the cultivation. His anxiety is reduced knowing what goes into his body.

*C. Tanya Beemish and Dave Hebert*

[140] Tanya Beemish is 27 years old. David Hebert, her common law spouse, is 32 years old. Ms. Beemish, who intended to appear at trial, was so ill that even alternatives to attendance in court, were not feasible. Her evidence, on consent, was presented by her common law spouse.

[141] Ms. Beemish has Type 1 Diabetes and a related complication of gastroparesis. Her symptoms include extreme nausea, continuous vomiting, pain, lack of appetite and sleeplessness. She states cannabis effectively treats her nausea and discomfort, stimulates her appetite, helps with her anxiety and depression and reduces the unpleasant negative effects of her other medications.

[142] Ms. Beemish is no longer able to work and since November 2013, she has spent most of her time hospitalized. She is not permitted to use medical marijuana in the hospital, which aggravates her suffering. The Manson order did not cover Ms. Beemish or Mr. Hebert, as they needed to relocate residences due to financial issues and could not meet the residency requirements of the MMAR.

[143] Prior to their relocation, Mr. Hebert held a DPPL and cultivated cannabis for Ms. Beemish. Ms. Beemish is authorized to use up to 5 grams a day. Her use depends on the severity of her symptoms and ranges from 2-15 grams.

[144] She consumes cannabis primarily by smoking and vaporizing, partly because eating is difficult in her condition. She also drinks cannabis juice. Mr. Hebert occasionally bakes Ms. Beemish brownies with cannabis

qui est particulièrement efficace dans sa situation. Il n'a pas jugé que les souches inefficaces empiraient son état. M. Davey tire des bienfaits thérapeutiques de la culture. Le fait de savoir ce qu'il consomme réduit son anxiété.

*C. Tanya Beemish et Dave Hebert*

[140] Tanya Beemish est âgée de 27 ans. David Hebert, son conjoint de fait, est âgé de 32 ans. M<sup>me</sup> Beemish avait l'intention de comparaître au procès, mais elle était tellement malade que même les solutions de rechange à la comparution à la Cour ne pouvaient être utilisées. Son témoignage, sur consentement, a été livré par son conjoint de fait.

[141] M<sup>me</sup> Beemish est atteinte de diabète de type 1 ainsi et elle souffre de complications liées à la gastroparésie. Elle souffre de nausées extrêmes, de vomissements continus, de douleurs, de manque d'appétit et d'insomnie. Elle affirme que le cannabis constitue un traitement efficace pour ses nausées et inconforts, que cela stimule son appétit, règle ses problèmes d'anxiété et de dépression et réduit les effets désagréables de ses autres médicaments.

[142] M<sup>me</sup> Beemish n'est plus capable de travailler depuis novembre 2013; depuis, elle a passé la plupart de son temps à l'hôpital. On ne lui permet pas d'utiliser la marijuana à des fins médicales à l'hôpital, ce qui aggrave ses souffrances. L'ordonnance rendue par le juge Manson ne visait pas M<sup>me</sup> Beemish ni M. Hebert, puisqu'ils ont dû déménager en raison de problèmes financiers et qu'ils ne répondaient pas aux exigences de résidence du RAMFM.

[143] Avant leur déménagement, M. Hebert détenait une LPPD et cultivait du cannabis pour M<sup>me</sup> Beemish. M<sup>me</sup> Beemish est autorisée à utiliser jusqu'à 5 grammes par jour. Son utilisation dépend de la gravité de ses symptômes et varie entre 2 et 15 grammes.

[144] Elle consomme du cannabis surtout par inhalation et par vaporisation, partiellement en raison du fait qu'il lui est difficile de manger dans son état. Elle boit aussi du jus de cannabis. M. Hebert cuisine parfois des

butter; however, this is rare as solid foods are difficult for Ms. Beemish to consume.

[145] Mr. Hebert grew six strains for Ms. Beemish and documented their effectiveness. Her most effective strain is “whiteberry” along with “blueberry”. The other strains were not ineffective. Whiteberry is a difficult strain to purchase on the black market and is the most expensive.

[146] The Court accepts each of the plaintiffs’ evidence as true. They established their need for medical marihuana and the benefits from its use in different forms of consumption. They confirm, if only anecdotally, the benefits of different strains. They also establish the importance of easy access to their own medical marihuana, assurance of its supply, control over their health care and therapeutic benefit from cultivation.

[147] They also establish that many of these benefits under the MMAR are lost to them under the MMPR, and the adverse effects they feel from the MMPR. These adverse effects such as access, include as well matters of affordability and availability.

#### D. *Affordability*

[148] The expert evidence of Professor Grootendorst and Professor Walsh provided context for the application of cost in the access to medical marihuana analysis. The parties had extremely divergent analyses of the costs. In sum, the defendant, considering the medically agreed upon dosages, concluded that affordability was not an issue for the plaintiffs; the plaintiffs provided a detailed chart illustrating the cost for each plaintiff based on varying dosages and prices concluding that even at 5 grams a day at \$5 per gram, two of the three plaintiffs would be significantly adversely impacted.

brownies au beurre de cannabis pour M<sup>me</sup> Beemish; cependant, il le fait que rarement, parce que M<sup>me</sup> Beemish a de la difficulté à consommer de la nourriture solide.

[145] M. Hebert a fait pousser six souches pour M<sup>me</sup> Beemish et il a consigné des notes quant à leur efficacité. Les souches les plus efficaces pour sa conjointe sont « whiteberry » et « blueberry ». Les autres souches n’étaient pas inefficaces. Il est difficile d’acheter de la marihuana de souche whiteberry sur le marché noir, et il s’agit aussi de la souche la plus dispendieuse.

[146] La Cour reconnaît comme étant véridiques les témoignages de chacun des demandeurs. Ils établissent qu’ils ont besoin de la marihuana à des fins médicales, qu’ils tirent des bienfaits de son utilisation, quel que soit le mode de consommation. Ils confirment, si ce n’est que de manière anecdotique, les avantages procurés par différentes souches. Ils soulignent aussi l’importance de l’existence d’un accès facile à leur propre marihuana à des fins médicales, d’un approvisionnement fiable, du contrôle sur leur santé et des bienfaits de nature thérapeutique que leur procure la culture de la marihuana.

[147] Selon leur témoignage, bon nombre de ces avantages dont ils bénéficiaient au titre du RAMFM n’existeraient plus sous le régime du RMFM, et ce nouveau régime leur causerait des effets préjudiciables. Ces effets préjudiciables comprennent notamment l’accès ainsi que les questions liées à l’abordabilité et à la disponibilité.

#### D. *L’abordabilité*

[148] Les témoignages d’experts livrés par le professeur Grootendorst et le professeur Walsh ont donné du contexte en ce qui a trait au facteur des coûts dans l’analyse relative à l’accès à la marihuana à des fins médicales. Les parties sont arrivés à des résultats très différents dans leur analyse des coûts. En résumé, la défenderesse, compte tenu des doses prescrites aux demandeurs par le médecin, a conclu que l’abordabilité ne constituait pas un problème pour eux; ces derniers ont produit un tableau détaillé illustrant le coût, pour chacun d’entre eux, en fonction de différentes doses et

[149] Dr. Zachary Walsh, PhD., R. Psych is an assistant professor at the Department of Psychology of the University of British Columbia, Okanagan Campus. In his evidence, he references a study he conducted entitled: *Cannabis Access for Medical Purposes: Patient Characteristics, Patterns of Use and Barriers to Access* (CAMPS survey), which involved drafting a detailed survey and collecting the results from 628 medical cannabis patients. It was not a clinical trial. He also refers to two articles he co-authored and published.

[150] While the study was designed to characterize medical cannabis users and their experience accessing medical cannabis, it is the largest study of medical users in Canada to date. The rationale for the study rested in part on the observation that rates of registration in the MMAR were well below estimates of medical cannabis use. The researchers felt that this discrepancy reflected factors that warranted further examination and highlighted potential barriers to access. Overall, those with the worst health had greater levels of barriers related to affordability. Financial saving was among the most widely noted motives for self-production.

[151] Importantly, Dr. Walsh assessed affordability in the CAMPS survey in two categories: (1) the patient's ability to pay for the amount of cannabis that he or she needed to address his or her medical needs; and, (2) the extent to which people had to choose between their medicine and the other necessities of life. During examination, Dr. Walsh stated that affordability is not an absolute ability to afford based on the amount of money one has—it would be the type of choices and lifestyle constraints that would be implied by the cost.

de différents prix. Selon ce tableau, une dose de seulement 5 grammes par jour à 5 \$ le gramme, aurait une incidence défavorable très importante sur le plan financier pour deux des trois demandeurs.

[149] M. Zachary Walsh, titulaire d'un doctorat et psychologue agréé, est professeur adjoint au département de psychologie au campus d'Okanagan de l'Université de la Colombie-Britannique. Dans son témoignage, il renvoie à une étude qu'il a effectuée et qui s'intitule : *Cannabis Access for Medical Purposes : Patient Characteristics, Patterns of Use and Barriers to Access* (l'étude sur l'ACFM). Cette étude comportait un sondage détaillé réalisé grâce à la cueillette de données auprès de 628 patients utilisant le cannabis à des fins médicales. Il ne s'agissait pas d'un essai clinique. M. Walsh a également renvoyé à deux articles publiés dont il est coauteur.

[150] Bien que l'étude ait été conçue en vue de décrire les utilisateurs de cannabis à des fins médicales ainsi que leurs expériences en ce qui a trait à l'accès au cannabis à des fins médicales, il s'agit de la plus importante étude portant sur les utilisateurs à des fins médicales au Canada. La justification de la réalisation de l'étude reposait en partie sur l'observation selon laquelle les taux d'inscription au titre du RAMFM étaient bien en deçà du nombre estimé d'utilisateurs de cannabis à des fins médicales. Les chercheurs estimaient que cet écart s'expliquait par des facteurs qui justifiaient un examen supplémentaire et qui faisaient ressortir l'existence de possibles obstacles à l'accès. Globalement, plus la santé d'une personne était mauvaise, plus l'abordabilité constituait un problème. La réalisation d'économies était l'un des motifs les plus souvent mentionnés en ce qui concerne la justification de l'autoproduction.

[151] Il est important de souligner que M. Walsh, dans l'étude sur l'ACFM, a examiné la question de l'abordabilité sous deux angles : 1) la capacité financière du patient de se procurer la quantité de cannabis dont il a besoin, et 2) la mesure dans laquelle certaines personnes devaient faire un choix entre leur médicament et leurs autres besoins essentiels. Au cours de l'interrogatoire, M. Walsh a dit que son étude ne portait pas sur la capacité absolue d'une personne de se procurer du cannabis en fonction de l'argent dont elle dispose — elle portait

[152] Amongst other conclusions, the CAMPS survey indicated that the lowest income groups have the most difficulty affording medicine. A large number of those people choose between obtaining their medicine and other necessities. The people with the poorest health have the greatest difficulty affording their medicine and are the most likely to choose between their medicine and other necessities.

[153] This would make those with the poorest health the most vulnerable to the unregulated pricing regime under the MMPR.

[154] With regards to access and the source of cannabis, almost 1/3 of the respondents in the CAMPS survey reported to be self-producing, of whom 50 percent were licensed to produce for personal use. Among self-producers, the most important reason for self-producing was quality (39 percent), followed by price (36 percent), avoiding the black market (29 percent), selection of specific strain of cannabis (24 percent) and safety (12 percent). It was noted that most medical cannabis users continue to obtain their cannabis from an illicit source.

[155] Professor Grootendorst is an associate professor at the University of Toronto, Faculty of Pharmacy. His research and teaching focus on health economics. He expects the price of commercially sourced medical marijuana to decline over time. This expectation is conditional on the size of the market for medical marijuana supplied by LPs growing sufficiently large over time. He discussed several possible scenarios depending on the fraction of users who do not procure their medical marijuana from LPs. Although Professor Grootendorst had limited knowledge of cannabis supply, access,

davantage sur les contraintes liées aux types de choix et aux contraintes sur le style de vie que les coûts pourraient entraîner.

[152] Entre autres conclusions, l'étude sur l'ACFM démontrait que les personnes ayant les revenus les plus faibles ont plus de difficultés, d'un point de vue financier, à se procurer leur médicament. Nombre d'entre elles devaient faire un choix entre leur médicament et leurs autres besoins essentiels. Les personnes dont la santé était moins bonne étaient celles qui avaient le moins les moyens d'acheter leur médicament et étaient celles qui étaient le plus susceptibles de devoir faire un choix entre le médicament et les autres besoins essentiels.

[153] Cela aurait pour effet de rendre ceux et celles n'ayant pas une bonne santé plus susceptibles de subir les conséquences engendrées par le régime de déréglementation des prix instauré par le RMFM.

[154] En ce qui a trait à l'accès et à la source du cannabis, presque le tiers des répondants au sondage effectué dans l'étude sur l'AMFM ont déclaré produire eux-mêmes leur cannabis; la moitié d'entre ceux-ci étaient autorisés à produire à des fins personnelles. Parmi les personnes produisant leur propre cannabis, le motif le plus important qu'elles ont invoqué pour justifier leur production est d'abord la qualité (39 p. 100), puis le prix (36 p. 100), le fait d'éviter le marché noir (29 p. 100), le choix d'une souche spécifique de cannabis (24 p. 100) et la sécurité (12 p. 100). Il a été relevé que la plupart des utilisateurs de cannabis à des fins médicales continuent de se procurer leur cannabis auprès d'une source illicite.

[155] Le professeur Grootendorst est professeur associé à la faculté de pharmacie de l'Université de Toronto. Sa recherche et ses cours mettent l'accent sur les aspects économiques de la santé. Il s'attend à ce que le prix de la marijuana à des fins médicales commerciale baisse avec le temps. Cette éventualité est conditionnelle à la taille du marché de la marijuana à des fins médicales est à une production suffisamment importante de la part des producteurs autorisés. Il a discuté de plusieurs scénarios possibles, en fonction de la proportion des utilisateurs qui ne se procurent pas leur marijuana à des fins

cultivation and the legislative regime, his evidence is useful when considering affordability and access generally.

[156] Professor Grootendorst's evidence considered the different costs to the user of cultivation, including private costs (comprised of money costs and opportunity costs) and external costs. With respect to LPs, he stated that the average production costs over time will lower because of learning by doing, lower prices for skilled labour, economies of scale and technological innovation. He cautions that this cost reduction could be affected if patients are exempted from the MMAR and continue to cultivate on their own. It is noted that he is not aware of the percentage of users who cultivate versus purchase and did not have specific knowledge of the industry or its nuances.

[157] Professor Grootendorst's evidence is somewhat speculative. The lowering of costs of medical marijuana essentially assumes an open and competitive market. Grootendorst's assumptions of competitive behaviour are suspect in the MMPR structure which limits suppliers through a licence system. Absent some form of price controls, the limited number of licensed suppliers can set the price of medical marijuana with few competitive restraints—an aspect of access.

médicales auprès de producteurs autorisés. Bien que les connaissances du professeur Grootendorst soient limitées en ce qui a trait au cannabis, qu'il s'agisse de questions liées à l'approvisionnement en cannabis, à l'accès au cannabis, à la culture du cannabis et aux régimes législatifs, son témoignage est utile de façon générale à l'égard des questions d'abordabilité et d'accès.

[156] Dans son témoignage, le professeur Grootendorst a examiné les différents coûts que doit assumer l'utilisateur en ce qui a trait à la culture, notamment les coûts privés, lesquels comprennent les coûts financiers et les coûts d'opportunité, ainsi que les coûts externes. Il a affirmé, en ce qui concerne les producteurs autorisés, que les coûts moyens de production diminueront au fil du temps, en raison de l'apprentissage par la pratique, de la baisse des coûts de main-d'œuvre qualifiée, des économies d'échelle et de l'innovation technologique. Il souligne toutefois que cette exception pourrait être compromise si des patients sont exemptés de l'application du RAMFM et continuent de produire leur propre cannabis. La Cour doit toutefois faire remarquer que le professeur ne connaissait pas le pourcentage d'utilisateurs qui cultivent leur propre marijuana, par opposition à ceux qui l'achètent, et qu'il ne possédait pas de connaissances bien précises au sujet de l'industrie ou de ses nuances.

[157] Le témoignage du professeur Grootendorst est quelque peu conjectural. L'hypothèse de la baisse des coûts de la marijuana à des fins médicales repose essentiellement sur l'existence d'un marché ouvert et concurrentiel. Les hypothèses de M. Grootendorst au sujet des comportements concurrentiels sont quelque peu douteuses, dans la mesure où le régime mis en place par le RMFM limite le nombre de fournisseurs grâce à un système de licence. En l'absence d'une certaine forme de contrôle des prix, le nombre limité de fournisseurs autorisés peut avoir pour conséquence que ceux-ci fixent le prix de la marijuana à des fins médicales, sans aucune contrainte attribuable à la concurrence — qui est un élément important de l'accès.

*E. Access/Availability*

[158] Mike King, a fact witness of the plaintiffs, contacted 15 LPs and recorded the number of strains they produce, the price range in dollars per gram, the availability of new client accounts and the requirements to qualify for compassionate pricing for each LP.

[159] The plaintiffs state that a fair summary of his findings is that availability of medical marihuana from LPs is sporadic, with many either out of stock or not accepting new customers. He found that while some offered discounted pricing, the availability of such pricing varied widely and was limited by various criteria. This evidence is accepted as of the time Mr. King conducted his survey. Other evidence suggests that these issues were moving targets with no certainty as to pricing for medical marihuana.

[160] Mr. Jason Wilcoz and Ms. Danielle Lukiv were plaintiff witnesses who provided affidavit evidence on the correspondence they received from MMAR patients. I would give their evidence little weight and find that the issues around the MMAR are more adequately addressed by the other evidence.

[161] Jamie Shaw, the president and CEO of the Canadian Association of Medical Cannabis Dispensaries (CAMCD), a non-profit society registered in Ontario, and the Communications Coordinator for the B.C. Compassion Club Society (BCCCS), a non-profit society in British Columbia, provided evidence on dispensaries.

[162] Although dispensaries were not a focus of the parties' submissions, I find Ms. Shaw's evidence to be extremely important as dispensaries are at the heart of cannabis access. Particularly, she states that with the pronouncement of the proposed regulation, consultation

*E. L'accès et la disponibilité*

[158] M. Mike King, un témoin des faits présenté par les demandeurs, a communiqué avec 15 producteurs autorisés et il a consigné, pour chacun d'entre eux, le nombre de souches qu'ils produisent, l'éventail des prix par gramme, la possibilité d'ouvrir de nouveaux comptes clients et les exigences qui doivent être satisfaites pour être admissible aux prix de compassion.

[159] Les demandeurs affirment qu'il est possible de faire un résumé juste des conclusions de M. King de la manière suivante : l'approvisionnement en marihuana à des fins médicales auprès des producteurs autorisés est sporadique, soit en raison du fait qu'elle est en rupture de stock ou que ces producteurs n'acceptent pas de nouveaux clients. M. King a souligné que, bien que certains producteurs autorisés offraient des rabais, ceux-ci n'étaient pas toujours applicables et étaient limités par divers critères. Ce témoignage est accepté, mais par rapport au moment où M. King avait effectué son étude. Les autres éléments de preuve donne à penser que ces questions étaient des variables en l'absence de certitude relativement à l'établissement des prix de la marihuana à des fins médicales.

[160] M. Jason Wilcoz et M<sup>me</sup> Danielle Lukiv ont témoigné pour le compte des demandeurs et ils ont produit une preuve par affidavit concernant les commentaires qu'ils avaient reçus de la part des patients au titre du RAMFM. J'accorde peu de poids à ces affidavits et je conclus que les autres éléments de preuve traitent de manière plus adéquate des questions relatives au RMFM.

[161] M<sup>me</sup> Jamie Shaw, la présidente-directrice générale de l'Association canadienne de dispensaires de cannabis médical (ACDCM), un organisme sans but lucratif enregistré en Ontario, et le coordonnateur des communications du B.C. Compassion Club Society (BCCCS), un organisme sans but lucratif de Colombie-Britannique, a témoigné au sujet des dispensaires.

[162] Bien que les dispensaires n'aient pas été l'objet central des observations des parties, je conclus que le témoignage de M<sup>me</sup> Shaw est extrêmement important, parce que les dispensaires sont essentiels à l'accès au cannabis. Elle a notamment énoncé que l'adoption du

was denied and a number of dispensaries closed in 2012 and 2013 due to the potential that the new system would not serve their membership. However, in March 2014, the number of dispensaries was estimated at 36. Over the last year, this number has increased exponentially and is now estimated at around 103 across Canada.

[163] Although not legal under any past or previous medical marijuana regulations, current trends in dispensary growth suggest a connection between the restrictions to access under the MMPR and the need for patients to obtain their medical marijuana from illicit sources.

#### F. *Cost of Cultivation*

[164] It is not disputed that cultivation is also a cost that impedes access. The plaintiffs gave evidence on their personal financial ability to cultivate and purchase their consumption requirements.

[165] Cultivation of cannabis involves a calculation of the yield expected from the plant and the growing stage of each plant. One may have numerous plants with a small yield or few plants with a large yield. Mr. Allard is currently authorized to produce 98 plants. His method of cultivation yields approximately 28 grams per plant. He is currently growing 23 plants and has grown up to 75 plants at one time, 20–30 of which were clones (all at different stages of growth).

[166] Mr. Allard estimates that his total financial cost for all the equipment and construction at his three different cultivation sites totaled \$35 000. His expenses to cultivate his cannabis are \$230 per month. He can currently finance his cultivation with some financial freedom; however, his income will decrease when he turns 65 and it is accepted that this financial freedom

projet de règlement a eu pour conséquence que les services de consultation n'étaient plus offerts et qu'un certain nombre de dispensaires avaient fermé leurs portes en 2012 et en 2013 en raison de la possibilité que le nouveau système ne soit pas utile à leurs membres. Cependant, en mars 2014, on estimait à 36 le nombre de dispensaires, et depuis la dernière année, ce nombre s'est accru de manière exponentielle et on estime qu'actuellement, il existe 103 dispensaires à l'échelle du Canada.

[163] Les tendances actuelles en ce qui a trait à l'accroissement du nombre de dispensaires, et ce, même si ces derniers n'étaient pas licites au titre des anciens règlements applicables en matière de marijuana à des fins médicales, donnent à penser qu'il existe un lien entre les limites à l'accès prévues par le RMFM et le besoin, pour les patients, de se procurer leur marijuana à des fins médicales de manière illicite.

#### F. *Les coûts liés à la culture de la marijuana*

[164] Il n'est pas contesté que la culture entraîne des coûts, lesquels constituent aussi un obstacle à l'accès. Les demandeurs ont témoigné au sujet de leur capacité financière personnelle de cultiver et d'acheter la quantité de cannabis qu'ils doivent consommer.

[165] La culture du cannabis nécessite un calcul du rendement prévu et du stade de croissance de chacun des plants. Un producteur peut avoir un nombre élevé de plants à faible rendement ou un petit nombre de plants à fort rendement. M. Allard est actuellement autorisé à produire 98 plants. Sa méthode de culture lui permet de produire environ 28 grammes par plant. Il cultive 23 plants et le nombre maximal de plants qu'il a cultivés à un moment donné était de 75; 20 à 30 de ces plants étaient des clones (ils étaient tous à des étapes de croissance différentes).

[166] M. Allard estime que l'ensemble de l'équipement et la construction des trois différents sites de culture de marijuana lui ont coûté 35 000 \$. La culture de cannabis lui coûte 230 \$ par mois. Il dispose actuellement d'une certaine marge de manœuvre sur le plan financier qui lui permet de financer ses activités de culture; cependant, son revenu diminuera lorsqu'il



will no longer exist. Considering his daily dosage of 20 grams per day, at a hypothetical price of \$5 a gram, the cost under the MMPR would exceed his current total tax pension income.

[167] Mr. Davey and Mr. Alexander estimate that the production costs amount to between \$1 and \$2 dollars per gram. The initial setup cost was \$27 040 and Mr. Davey spends \$750 a month. Mr. Alexander estimates that the outbuilding would likely have cost between \$50 000 and \$60 000 to build.

[168] These plaintiffs argue that to purchase this current dosage from an LP at \$5 per gram would cost Mr. Davey \$3 750 a month. A high quality strain would cost him \$7 500 a month. His current monthly income is approximately \$5 100 and his current monthly expenses including cultivation total \$3 747.

[169] Mr. Hebert stated his monthly production cost was about \$110 and his set up cost was \$4 225.97. He produced on average 130 grams per month. Currently, Mr. Hebert buys a specific strain from the black market at a discounted rate of \$4-5 per gram and this is adequate because Ms. Beemish's consumption is restricted due to her hospital stay. It is accepted that at this rate and consumption amount, they would be able to access a LP; however, the desired strain is not available at that price.

[170] Other witnesses commented on the cost of setting up a small, efficient, safe cannabis garden in a dwelling and concluded that it could be done for about \$2 000.

[171] Overall, with respect to affordability, I find that it is a barrier to access. The scope of this barrier is not easily qualified as the definition of affordability reflects the individualized nature of such determination. On

atteindra l'âge de 65 ans et il est convenu qu'il ne disposera alors plus de cette marge de manœuvre sur le plan financier. Compte tenu de sa dose quotidienne, qui s'élève à 20 grammes par jour, ainsi que d'un prix hypothétique de 5 \$ par gramme, les coûts de sa consommation au titre du RMFM seront supérieurs à son revenu total de retraite actuel.

[167] MM. Davey et Alexander estiment que leurs coûts de production par gramme se situent entre 1 \$ et 2 \$. Ils ont dépensé 27 040 \$ pour leur installation initiale et M. Davey dépense 750 \$ par mois à titre de frais. M. Alexander estime que la construction de l'annexe aurait probablement coûté entre 50 000 \$ et 60 000 \$.

[168] Ces demandeurs prétendent que l'achat de cannabis auprès d'un producteur autorisé, au coût de 5 \$ le gramme, coûterait à M. Davey 3 750 \$ par mois, compte tenu de sa dose actuelle. Une souche de haute qualité lui coûterait 7 500 \$ par mois. Actuellement, son revenu mensuel est d'environ 5 100 \$ et ses dépenses, y compris celles liées à la culture de la marijuana, s'élèvent à 3 747 \$.

[169] M. Hebert a mentionné que ses coûts de production mensuels étaient d'environ 110 \$ et que ses coûts d'installation s'étaient élevés à 4 225,97 \$. Il a produit en moyenne 130 grammes par mois. Actuellement, M. Hebert achète sur le marché noir une souche bien précise, et ce, à prix réduit, soit à 4 ou 5 \$ le gramme, et ce prix est convenable, parce que la consommation de M<sup>me</sup> Beemish est réduite en raison de son séjour à l'hôpital. Il est convenu que, compte tenu du prix et de la quantité consommée, ils pourraient acheter auprès d'un producteur autorisé; cependant, la souche recherchée n'est pas offerte en vente à ce prix.

[170] D'autres témoins ont formulé des commentaires au sujet du coût d'installation d'un petit jardin efficace et sécuritaire de cannabis dans une habitation, ils ont convenu que cela pourrait être effectué moyennant 2 000 \$.

[171] Globalement, en ce qui a trait à l'abordabilité, je conclus qu'elle constitue un obstacle à l'accès. Il est difficile de déterminer l'importance de cet obstacle, parce que la définition d'abordabilité varie selon les

access, the evidence adduced was similar to affordability, where a detailed factual finding cannot be made. It can be concluded, however, that there is no guarantee that quality and strain availability at price flexibility (discount pricing) will be accessible when needed.

## VII. Analysis

### A. *Section 7 Rights and Interests*

[172] Any interpretation of section 7 is to be generous and liberal. The Supreme Court has stated that a “rights enhancing” approach is to be conducted when assessing these rights. It should also be noted that to trigger Charter protections, the effects on the interests under section 7 must be more than trivial—they must be serious (*Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791 (*Chaoulli*), at paragraph 123).

[173] The plaintiffs argue that the MMPR takes away the ability of the patient to produce cannabis for themselves compelling them to purchase from a LP, whether or not the LP has adequate supply or the required strains, and whether the patient can afford it. This places patients in the position of having to choose between their liberty and their health in order to have access to an adequate supply of medicine.

[174] A critical restriction under the MMPR (in addition to the usage restriction to dried marihuana) is that medical marihuana patients must purchase their marihuana from LPs and that is the only legal access option.

[175] Additionally, the plaintiffs submit that section 7 permits the government to regulate commercial behaviour in this area but does not permit the government to criminalize individual non-commercial patient conduct

moyens de chaque personne. En ce qui concerne l'accès, la preuve était similaire à celle produite au sujet de l'abordabilité, de sorte qu'il est impossible de tirer une conclusion détaillée au regard des faits. On peut cependant conclure qu'il n'est pas toujours possible de se procurer, à prix réduit, le cannabis recherché en terme de qualité et de souche.

## VII. Analyse

### A. *Les droits garantis par l'article 7*

[172] Toute interprétation de l'article 7 doit être large et libérale. La Cour suprême du Canada a déclaré qu'il convient d'adopter une méthode « favorisant les droits » lors de l'appréciation des droits garantis par l'article 7. Il convient aussi de mentionner que, pour que les protections offertes par la Charte soient applicables, l'incidence sur les intérêts protégés par l'article 7 doit être sérieuse, et non pas triviale (*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 (*Chaoulli*), au paragraphe 123).

[173] Les demandeurs prétendent que le RMFM enlève au patient la possibilité de produire son propre cannabis, ce qui le contraint à acheter son cannabis auprès d'un producteur autorisé, peu importe que ce dernier dispose ou non de stocks adéquats ou des souches dont il a besoin, et peu importe la question de savoir si le patient est capable de payer le prix demandé. Tout cela a pour effet de mettre les patients dans une position où ils doivent choisir entre leur liberté et leur santé pour avoir accès à un approvisionnement adéquat quant à leur médicament.

[174] Une limite cruciale prévue par le RMFM (en plus celles portant sur l'usage de la marihuana séchée) est celle selon laquelle les patients qui consomment de la marihuana à des fins médicales doivent se procurer leur marihuana auprès de producteurs autorisés, et qu'il s'agit là du seul moyen licite d'y avoir accès.

[175] De plus, les demandeurs font valoir que l'article 7 autorise le gouvernement à réglementer les pratiques commerciales dans ce domaine, mais qu'il ne l'autorise pas à criminaliser les activités non commerciales des

such as personal production of cannabis-based products.

(1) Liberty Interest

(a) *Law*

[176] In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), the majority of the Supreme Court interpreted the scope of this right, broadly stating that although an individual has the right to make fundamental personal choices free from state interference, such personal autonomy is not synonymous with unconstrained freedom (paragraph 54). In that case, freedom from the type of anxiety, stress and stigma suffered by the respondent in a 30-month delay in the processing of a human rights complaint was not elevated to the stature of a constitutionally protected section 7 right.

[177] One of the most cogent statements on the right to liberty is found in *Morgentaler* where Wilson J., at page 166, held that the right to liberty, “properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.” It also guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives.

[178] The jurisprudence in respect of medical marijuana has established that the prohibition against marijuana engages section 7 liberty interests. The scheme of regulating access to medical marijuana must properly address that liberty interest.

[179] In *Parker*, the Court considered the liberty interest in two ways: first, the threat of criminal prosecution and possible imprisonment; and second, the right to make a decision of fundamental importance, including the choice of medication to alleviate the effects of an illness with life-threatening consequences.

patients, comme la production de produits à base de cannabis pour consommation personnelle.

1) Le droit à la liberté

a) *Le droit applicable*

[176] Dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (*Blencoe*), les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont statué que la portée de ce droit pouvait être résumée largement de la manière suivante : même si une personne a le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l’État, cette autonomie personnelle n’est pas synonyme de liberté illimitée (au paragraphe 54). Dans cette affaire, il a été jugé que ce type d’anxiété, de stress et de stigmatisation dont l’intimé a souffert en raison d’un délai de 30 mois dans le traitement d’une plainte en matière de droits de la personne, n’étaient pas visé par le droit que lui garantit l’article 7.

[177] L’un des énoncés les plus saillants en ce qui a trait au droit à la liberté se trouve dans l’arrêt *Morgentaler*, à la page 166, où la juge Wilson a statué que le droit à la liberté « bien interprété, confère à l’individu une marge d’autonomie dans la prise de décisions d’importance fondamentale pour sa personne ». Ce droit garantit aussi à chaque personne une marge d’autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant à sa vie privée.

[178] La jurisprudence se rapportant à la marijuana à des fins médicales a établi que l’interdiction de la marijuana met en jeu le droit à la liberté protégé par l’article 7. Le régime de réglementation de l’accès à la marijuana à des fins médicales doit donc tenir compte de ce droit à la liberté.

[179] Dans l’arrêt *Parker*, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné le droit à la liberté sous deux angles : premièrement, la menace de poursuite criminelle et la possibilité d’emprisonnement, et deuxièmement, le droit de prendre une décision d’importance fondamentale, y compris le choix du médicament visant à alléger les effets d’une maladie pouvant entraîner la mort.

[180] Expanding on *Parker*, the Court in *Hitzig* held that a liberty interest was at risk in the context of this medical exemption due to the threat of criminal prosecution and imprisonment arising from the need to possess and use. The risk manifested itself in several ways, including barriers to access and eligibility hurdles, as well as the consequences of straying outside the conditions set for possession for those who had an ATP. In other words, the scheme itself stood between individuals and their right to make fundamentally important personal decisions, unimpeded by state action interfering with the right to liberty (*Hitzig*, at paragraph 91):

As *R. v. Parker*, *supra* points out, the liberty interest of these individuals can be considered in two ways. First, viewed more narrowly, their right to liberty is at risk in the context of this medical exemption due to the threat of criminal prosecution and imprisonment arising from their need to possess and use marihuana for medi[c]al purposes. This risk manifests itself in several ways. The risk clearly exists for those who do not have an ATP because they cannot clear the eligibility hurdles set up by the *MMAR*. It also exists for those with medical need who do not have an ATP for any other reason (although in each case that other reason may be a factor in assessing compliance with the principles of fundamental justice). Further, even for those with an ATP, this aspect of the liberty interest is at risk should they stray outside the conditions set for their possession by the *MMAR*. For example, the *MMAR* authorize an ATP holder to possess marihuana, but only in a strictly limited quantity, beyond which there is no exemption.

(b) *Positions—Summary*

[181] The plaintiffs submit that criminalizing personal production of medical cannabis is a severe infringement on autonomy that deprives them of control over their bodily integrity “free from” state interference. Further, the removal of personal production as a supply option will inevitably leave patients unable to afford sufficient

[180] La Cour d’appel de l’Ontario a renchéri sur l’arrêt *Parker* lorsqu’elle a statué, dans l’arrêt *Hitzig*, que le droit à la liberté était à risque dans le contexte de cette exemption pour motifs médicaux dont il était question, en raison de la menace de poursuite criminelle et d’emprisonnement découlant de la nécessité de posséder et d’utiliser de la marihuana. Le risque se manifeste de plusieurs manières, y compris les obstacles à l’accès et à l’admissibilité, et, pour ceux disposant d’une autorisation de posséder, la possibilité de s’écarter des conditions établies en ce qui a trait à la possession et d’en subir les conséquences. En d’autres termes, le régime lui-même s’interposait entre les personnes et leur droit de prendre des décisions d’importance fondamentale sans qu’une mesure de l’État fasse obstruction à l’exercice de ce droit (*Hitzig*, au paragraphe 91) :

[TRADUCTION] Comme l’arrêt *R. c. Parker*, précité, le souligne, le droit à la liberté de ces personnes peut être envisagé de deux manières. Premièrement, dans une perspective plus étroite, leur droit à la liberté est à risque dans le contexte de cette exemption pour des motifs médicaux, en raison des menaces de poursuite criminelle et d’emprisonnement qui découlent de leur besoin de posséder et d’utiliser de la marihuana pour des fins médicales. Ce risque se manifeste de plusieurs manières. Le risque existe clairement pour les personnes n’ayant pas une autorisation de possession, parce qu’elles ne peuvent pas respecter les critères d’admissibilité établis par le RAMFM. Le risque existe pour les personnes ayant des besoins médicaux qui n’ont pas d’autorisation de posséder pour toute autre raison (quoique, dans chaque cas, cette autre raison peut être un facteur dans l’examen de la conformité avec les principes de justice fondamentale). De plus, même pour les personnes disposant d’une autorisation de possession, cet aspect du droit à la liberté est à risque dans l’éventualité où elles décident de s’écarter des conditions de possession établies par le RAMFM. Par exemple, le RAMFM autorise le détenteur d’une autorisation de possession de posséder de la marihuana, mais uniquement en quantité strictement limitée, au delà de laquelle il n’existe aucune exemption.

b) *Le résumé des positions des parties*

[181] Les demandeurs font valoir que la criminalisation de la production personnelle de cannabis à des fins médicales constitue une grave violation de l’autonomie, laquelle les empêche de contrôler leur intégrité corporelle « sans » entrave de la part de l’État. De plus, le fait d’enrayer la production personnelle comme possible

quantities of medicine, constituting “state action that causes physical and psychological suffering”. The plaintiffs submit that for some patients, this may either hasten or lead to their death.

[182] Specifically, the plaintiffs submit that the personal production of medical cannabis involves individual autonomy, dignity and the right to make fundamental personal choices free from state interference, thereby impacting or engaging liberty.

[183] They go on to state that the consumption of cannabis for medical purposes implicates the section 7 right to security of the person because imposing criminal consequences on medical marijuana consumers creates serious state-induced psychological stress. (This is more appropriately a security interest argument.)

[184] The constitutionally viable exemption to provide reasonable access to medically approved patients was determined by the courts to include the right to produce for oneself, and this led to the MMAR enabling personal production in order to achieve that reasonable access.

[185] The defendant denies that the MMAR engages the plaintiffs’ personal decision liberty interest because the issues of lack of affordability or access to suitable strains under the LP regime does not engage the liberty interest. The defendant denies that matters of individual autonomy, dignity and the right to make fundamental choices are engaged by the MMAR.

[186] Canada acknowledges only that the MMAR engages the plaintiffs’ liberty interest in the limited sense that they do face the possibility of being sanctioned with imprisonment if they choose to cultivate

source d’approvisionnement aura inévitablement pour conséquence que des patients n’auront pas les moyens de se procurer une quantité suffisante de médicament, ce qui constituera [TRADUCTION] « une mesure étatique qui cause des souffrances physiques et psychologiques ». Les demandeurs prétendent que cela pourrait, dans le cas de certains patients, précipiter leur mort.

[182] Plus précisément, les demandeurs soutiennent que la production de cannabis personnel à des fins médicales favorise l’autonomie et la dignité, qu’elle confère le droit de prendre des décisions personnelles d’importance fondamentale libres de toute entrave de l’État et que, par conséquent, elle met en cause le droit à la liberté.

[183] Ils affirment ensuite que la consommation de cannabis à des fins médicales met en cause le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7, parce que l’imposition de conséquences de nature pénale aux consommateurs de marijuana à des fins médicales occasionne, à ces derniers, un important stress psychologique attribuable aux mesures de l’État (il s’agit plutôt d’un argument ayant trait au droit à la sécurité).

[184] Les tribunaux judiciaires ont établi que l’exemption viable sur le plan constitutionnel qui consiste à fournir un accès raisonnable aux patients ayant fait l’objet d’une approbation médicale comprend le droit de produire, pour soi-même, de la marijuana, et cela a conduit au RAMFM, qui autorise la production personnelle afin de procurer cet accès raisonnable.

[185] La défenderesse réfute la thèse selon laquelle le RAMFM met en jeu le droit des demandeurs à la liberté de prendre une décision personnelle, parce que les questions de manque d’abordabilité ou d’accès à des souches convenables dans le cadre du régime des producteurs autorisés ne mettent pas en cause le droit à la liberté. La défenderesse nie que le RMFM met en cause des questions d’autonomie de la personne, de dignité et de droit de faire des choix fondamentaux.

[186] Le Canada reconnaît uniquement que le RMFM met en jeu le droit à la liberté des demandeurs, mais dans le sens restreint où ils sont bel et bien exposés au risque d’être condamnés à l’emprisonnement s’ils choisissent

their own marihuana or buy it from the black market as opposed to availing themselves of the lawful option to purchase from LPs. These activities are criminal offences under the CDSA.

(c) *Analysis*

[187] In my view, the liberty interest is engaged in two distinct ways—the right not to have one’s physical liberty endangered by the risk of imprisonment and the right to make decisions of fundamental personal importance. Previous jurisprudence has established that choice of medication including cannabis to alleviate the effects of an illness with life-threatening consequences is a decision of fundamental personal importance. In relation to this particular state action, the MMPR, I find that the analysis can be conducted in three different ways.

[188] Firstly, following the *Hitzig* analysis, liberty is at risk for those who cannot access the LP regime if they cultivate or purchase outside the regime for any reason, including affordability, dosage and strain preference, as they risk conviction and imprisonment. The risk is also manifested if they stray outside the conditions set for their possession by the MMPR—possessing more than 150 grams.

[189] Secondly, the scheme stands between the plaintiffs and their right to make this decision of fundamental importance unimpeded by state action. Decisions of fundamental importance, particularly in the medical context, were most recently canvassed in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 (at paragraph 67):

The law has long protected patient autonomy in medical decision-making. In *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, a majority of this Court, per Abella J. (the dissent not disagreeing on this point), endorsed the “tenacious relevance in our legal system of the principle that competent individuals are — and should be — free to

de cultiver leur propre marihuana ou s’ils l’achètent sur le marché noir, plutôt que de l’acheter en toute légalité auprès des producteurs autorisés. Ces activités sont des infractions criminelles au titre de la LRCDAS.

c) *Analyse*

[187] Selon moi, le droit à la liberté est en jeu, et ce, de deux différentes manières. Le droit que sa liberté physique ne soit pas mise en danger en raison du risque d’emprisonnement et le droit de prendre des décisions personnelles d’importance fondamentale. La jurisprudence a établi que le choix d’un médicament, y compris le cannabis, visant à effets d’une maladie dont les conséquences peuvent être mortelles constitue une décision personnelle d’importance fondamentale. Je conclus que l’analyse peut être effectuée de trois manières en ce qui concerne la mesure étatique bien précise qu’est le RMFM.

[188] Tout d’abord, suivant l’analyse de l’arrêt *Hitzig*, le droit à la liberté des personnes qui ne peuvent avoir accès au régime de producteurs autorisés est à risque s’ils cultivent de la marihuana ou en achètent à l’extérieur du cadre du régime pour quelque raison que ce soit, notamment l’abordabilité, la préférence quant à la souche et la dose, parce qu’ils s’exposent à une déclaration de culpabilité et à une peine d’emprisonnement. Le risque existe également s’ils s’écartent des conditions de possession énoncées dans le RMFM — soit une possession de plus de 150 grammes.

[189] Deuxièmement, le régime s’interpose entre les demandeurs et leur droit de prendre une décision d’importance fondamentale sans entrave de la part de l’État. Les décisions d’importance fondamentale, particulièrement dans un contexte médical, ont été récemment analysées dans l’arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 (au paragraphe 67) :

Le droit protège depuis longtemps l’autonomie du patient dans la prise de décisions d’ordre médical. Dans *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à enfants et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, notre Cour, dont l’opinion majoritaire a été rédigée par la juge Abella (la dissidence ne porte pas sur ce point), a reconnu la « solide pertinence qui, dans notre système juridique,

make decisions about their bodily integrity” (para. 39). This right to “decide one’s own fate” entitles adults to direct the course of their own medical care (para. 40): it is this principle that underlies the concept of “informed consent” and is protected by s. 7’s guarantee of liberty and security of the person (para. 100; see also *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.)). As noted in *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), the right of medical self-determination is not vitiated by the fact that serious risks or consequences, including death, may flow from the patient’s decision. It is this same principle that is at work in the cases dealing with the right to refuse consent to medical treatment, or to demand that treatment be withdrawn or discontinued: see, e.g., *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); and *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. Sup. Ct.). [Emphasis added.]

[190] The case law decided under the MMAR applies to the analysis of the MMAR’s constitutionality as the case law addressed the limitations and prohibitions imposed on medical marijuana including the cultivation, distribution and use, finding such limitations to engage section 7 rights. The limitations in the MMAR are more impeding than the MMAR in prohibiting home growth, invalidating PURL and DPPLs and limiting the amount an individual is authorized to possess.

[191] While the patient is presented with a means of access, the simple interference with making a decision about bodily integrity and medical care has been held to trench on liberty. As held in *Hitzig*, at paragraph 93:

Here, as in *Parker*, there is no doubt that the decision by those with the medical need to do so to take marijuana to treat the symptoms of their serious medical conditions is one of fundamental personal importance. While this

caractérise le principe selon lequel les personnes mentalement capables peuvent — et doivent pouvoir — prendre en toute liberté des décisions concernant leur intégrité corporelle » (par. 39). Ce droit de « décider de son propre sort » permet aux adultes de dicter le cours de leur propre traitement médical (par. 40) : c’est ce principe qui sous-tend la notion de « consentement éclairé » et qui est aussi protégé par la garantie de liberté et de sécurité de la personne figurant à l’art. 7 (para. 100; voir aussi *R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Comme on l’a souligné dans *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), les risques ou conséquences graves, y compris la mort, que peut entraîner la décision du patient ne permettent aucunement de porter atteinte au libre choix en matière médicale. C’est ce même principe qui s’applique dans les affaires relatives au droit de refuser de consentir à un traitement médical, ou d’en exiger le retrait ou l’interruption : voir, p. ex., *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); et *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec* [1992] R.J.Q. 361 (C.S.). [Non souligné dans l’original.]

[190] Les décisions rendues sous le régime du RAMFM s’appliquent à l’analyse de la constitutionnalité du RMFM étant donné que la jurisprudence applicable portait sur les restrictions et les interdictions imposées à l’égard de la marijuana à des fins médicales, à sa culture, à sa distribution et à sa consommation, et qu’elle a conclu que de telles restrictions portaient atteinte aux droits garantis par l’article 7. Les restrictions imposées par le RMFM sont plus contraignantes que celles imposées par le RAMFM en ce qui concerne l’interdiction de cultiver de la marijuana dans les résidences, la révocation des licences de production à des fins personnelles (LPPF) et des licences de production à titre de personne désignée (LPPD) ainsi qu’en ce qui concerne la limitation de la quantité qu’une personne est autorisée à posséder.

[191] Bien que des moyens d’accès soient fournis au patient, la moindre ingérence dans la prise d’une décision concernant l’intégrité physique et les soins médicaux a été jugée comme étant une atteinte à la liberté. Ainsi, la Cour d’appel de l’Ontario a formulé les observations suivantes dans l’arrêt *Hitzig*, au paragraphe 93 :

[TRADUCTION] En l’espèce, tout comme dans la décision *Parker*, il ne fait aucun doute que la décision des personnes qui ont besoin de consommer de la marijuana à des fins médicales afin de traiter les symptômes

scheme of medical exemption accords them a medical exemption, it does so only if they undertake an onerous application process and can comply with its stringent conditions. Thus, the scheme itself stands between these individuals and their right to make this fundamentally important personal decision unimpeded by state action. Hence the right to liberty in this broader sense is also implicated by the *MMAR*. [Emphasis added.]

[192] The plaintiffs argue that there is a right to direct the course of one's medical treatment and not have it imposed by the government, either directly or by way of delegation. It is accepted that those taking medical marijuana to treat symptoms of their serious medical condition are making a decision of fundamental importance. Although this decision is not prohibited, it is restricted by the *MMPR* and it is that restriction that engages the liberty interest. The reason the restriction is not trivial is due to the underlying context of medical decision making.

[193] It is important to acknowledge that the decision of fundamental importance, the subject decision, is about the access to marijuana for medical purposes, and that access, while not prohibited, is restricted. The issue is the scope of the restrictions to access. The analysis does not concern the decision to cultivate or to access cannabis for medical purposes illicitly.

[194] Justice Strayer stated in *Sfetkopoulos*, at paragraph 10, that "liberty" comprehends the right to make decisions of fundamental personal importance including the right to choose on medical advice to use marijuana for treatment of serious conditions, and that right implies a right of access to such marijuana. It would also include the right not to have one's physical liberty endangered by the risk of imprisonment from having such access illicitly. At the time of both *Sfetkopoulos* and *Hitzig*, there was a regime in place to access marijuana legally, and similar to the case at hand, that regime had limitations. The limitations were assessed at the second stage of the section 7 analysis.

associés à leurs graves problèmes de santé est d'une importance personnelle fondamentale. Bien que ce régime d'exemption pour des raisons médicales leur accorde des exemptions à cet égard, il ne s'applique que si ces personnes suivent un processus de demande onéreux et si elles peuvent se conformer à ses conditions strictes. Ainsi, le régime lui-même s'interpose entre ces personnes et leur droit de prendre une décision d'une importance personnelle fondamentale sans qu'il soit entravé par des mesures de l'État. Par conséquent, le droit à la liberté dans ce sens large est également visé par le *RAMFM*. [Non souligné dans l'original.]

[192] Les demandeurs soutiennent qu'une personne a le droit de décider de son traitement médical et qu'il ne doit pas lui être imposé par le gouvernement, directement ou par voie de délégation. Il est reconnu que les personnes qui consomment de la marijuana pour traiter les symptômes associés à leurs graves problèmes de santé prennent une décision d'une importance fondamentale. Bien que cette décision ne soit pas interdite, elle est restreinte par le *RMFM* et c'est cette restriction qui met en cause le droit à la liberté. La raison pour laquelle la restriction n'est pas insignifiante tient au contexte sous-jacent à la prise de décisions médicales.

[193] Il est important de reconnaître que la décision d'une importance fondamentale, la décision visée, concerne l'accès à la marijuana à des fins médicales et cet accès, bien qu'il ne soit pas interdit, est restreint. La question à trancher concerne la portée de la restriction à l'accès. L'analyse ne porte pas sur la décision de cultiver le cannabis à des fins médicales ou d'y avoir accès illégalement.

[194] Le juge Strayer a fait observer, dans l'arrêt *Sfetkopoulos*, au paragraphe 10, que la « "liberté" » comprend le droit de prendre des décisions qui sont fondamentalement importantes d'un point de vue personnel. Cela s'entend aussi du droit de choisir, en fonction d'un avis médical, d'utiliser la marijuana comme traitement pour un grave problème de santé, et ce droit sous-entend le droit à l'accès à la marijuana. Il comprend aussi le droit d'une personne de ne pas voir sa liberté physique mise en danger par le risque d'être emprisonnée pour avoir obtenu de la marijuana illégalement. Au moment où l'arrêt *Sfetkopoulos* et la décision *Hitzig* ont été rendus, il existait un régime permettant



[195] Third and most convincingly, the individuals are restricted under the MMPR to purchasing from a LP. The decision to cultivate cannabis for medical purposes or purchase cannabis from the black market, such as a store front dispensary, could result in criminal prosecution. Any offence that includes incarceration in the range of possible sanctions engages liberty (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 515). Both parties are in agreement that, at the least, the liberty interest is engaged due to the threat of criminal prosecution and incarceration if the plaintiffs or approved patients decide to access their marihuana outside the regulatory regime.

The maximum penalty for producing cannabis is 14 years in prison.

[196] The above analysis of the MMPR's engagement of the liberty interest is consistent with the Supreme Court's recent decision in *Smith*—although that case dealt with the MMAR and more narrowly focused on the prohibitions on the means of consumption. The Court held that:

- (a) the prohibition on possession of cannabis derivatives infringes *Smith's* liberty interest by exposing him to the threat of imprisonment on conviction under subsection 4(1) or 5(2) of the CDSA; and
- (b) the prohibition limits liberty by foreclosing reasonable medical choices through the threat of criminal prosecution.

The plaintiffs have made their case that their liberty interests are engaged by the MMPR regime.

d'avoir accès à la marihuana légalement et, tout comme en l'espèce, ce régime comportait des restrictions. Les restrictions ont été examinées à la deuxième étape de l'analyse de l'article 7.

[195] Troisièmement, ce qui est plus important encore, il est interdit aux personnes, sous le régime du RMFM, d'acheter du cannabis auprès d'un producteur autorisé. La décision de cultiver le cannabis à des fins médicales ou de l'acheter sur le marché noir, tel qu'un comptoir de vente, pourrait entraîner des poursuites pénales. Toute infraction dont l'incarcération constitue l'une des sanctions possibles met en cause le droit à la liberté (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 515). Les deux parties conviennent, qu'à tout le moins, le droit à la liberté entre en jeu en raison de la menace de poursuites pénales et d'incarcération si les demandeurs ou les patients autorisés décident de se procurer leur marihuana en dehors du régime réglementaire.

La peine maximale prévue pour la production de cannabis est un emprisonnement de 14 ans.

[196] L'analyse qui précède concernant l'atteinte portée au droit à la liberté par le RMFM est conforme au récent arrêt *Smith* de la Cour suprême du Canada — bien que celui-ci porte sur le RAMFM et qu'il soit étroitement centré sur les interdictions relatives aux moyens de consommation. La Cour suprême du Canada a tiré les conclusions suivantes :

- a) L'interdiction de posséder des dérivés du cannabis porte atteinte au droit à la liberté de M. *Smith* en l'exposant au risque d'être incarcéré s'il est reconnu coupable en application du paragraphe 4(1) ou du paragraphe 5(2) de la LRCDDAS.
- b) L'interdiction limite le droit à la liberté des patients en les privant de la possibilité de faire des choix médicaux raisonnables en raison de la menace de poursuites pénales.

Les demandeurs ont réussi à établir que le régime du RMFM portait atteinte à leur droit à la liberté.

## (2) Security Interest

(a) *Law*

[197] The security of the person will only be violated where the state interferes in profoundly intimate and personal choices (*Blencoe*, at paragraphs 83 and 86). This interest is comprised of both physical integrity and psychological integrity.

[198] On physical integrity, the Supreme Court's statement in *Morgentaler* is often referenced—the security of the person will be engaged by deprivation by means of a criminal sanction of access to medication reasonably required for the treatment of a medical condition that threatens life or health. In *Parker*, the Court specifically stated that the choice of medication to alleviate the effects of an illness with life-threatening consequences is a decision of fundamental personal importance.

[199] The security of the person interest is engaged, even independently of criminal sanction, by the establishment of a regulatory regime which restricts access to marihuana. This was true of the MMAR and is true of the MPMR. The Ontario Court of Appeal in *Hitzig* articulated this principle as follows (at paragraphs 95 and 104):

In this case, the *MMAR*, with their strict conditions for eligibility and their restrictive provisions relating to a source of supply, clearly present an impediment to access to marihuana by those who need it for their serious medical conditions. By putting these regulatory constraints on that access, the *MMAR* can be said to implicate the right to security of the person even without considering the criminal sanctions which support the regulatory structure. Those sanctions apply not only to those who need to take marihuana but do not have an ATP or who cannot comply with its conditions. They also apply to anyone who would supply marihuana to them unless that person has met the limiting terms required to obtain a DPL. As seen in *Rodriguez v. British Columbia (A.G.)*, [1993] 3 S.C.R. 519, a criminal sanction applied to another who would

## 2) Le droit à la sécurité

a) *Le droit*

[197] Ce n'est que dans des cas où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'une personne qu'il y aura violation du droit à la sécurité de la personne (*Blencoe*, aux paragraphes 83 et 86). Ce droit vise à la fois l'intégrité physique et l'intégrité psychologique.

[198] En ce qui concerne l'intégrité physique, les observations formulées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler* sont souvent citées : il est porté atteinte au droit à la sécurité de la personne si des sanctions pénales lui sont imposées parce qu'elle a eu accès à des médicaments raisonnablement nécessaires pour le traitement d'un état pathologique qui représente un danger pour la vie ou la sécurité. Dans la décision *Parker*, la Cour d'appel de l'Ontario a expressément souligné que le choix d'un médicament fait par une personne pour atténuer les effets d'une maladie qui met sa vie en danger est une décision qui revêt une importance personnelle fondamentale.

[199] Le droit à la sécurité de la personne est mis en cause, même indépendamment du risque de sanctions pénales, par l'établissement d'un régime réglementaire qui restreint l'accès à la marihuana. Tel était le cas sous le régime du RAMFM et il en est ainsi sous le régime du RMFM. La Cour d'appel de l'Ontario a énoncé ce principe de la manière suivante dans la décision *Hitzig* (aux paragraphes 95 et 104) :

[TRADUCTION] En l'espèce, le RAMFM, compte tenu de ses conditions d'admissibilité strictes et de ses dispositions restrictives concernant les sources d'approvisionnement, constitue manifestement un obstacle à l'accès à la marihuana par les personnes qui en ont besoin pour leurs graves problèmes de santé. En soumettant l'accès à ces contraintes réglementaires, on peut dire que le RAMFM met en cause le droit à la sécurité de la personne même si on ne tient pas compte des sanctions pénales qui appuient ce régime réglementaire. Ces sanctions ne s'appliquent pas seulement aux personnes qui ont besoin de consommer de la marihuana, mais qui n'ont pas d'autorisation de possession ou qui ne peuvent pas respecter ses conditions. Elles s'appliquent aussi à toute personne qui leur fournirait de la marihuana à moins

assist an individual in a fundamental choice affecting his or her personal autonomy can constitute an interference with that individual's security of the person. Thus, we conclude that the *MMAR* implicate the right of security of the person of those with the medical need to take marihuana.

...

Even apart from these criminal sanctions for non-compliance, the *MMAR* constitute significant state interference with the human dignity of those who need marihuana for medical purposes. To take the medication they require they must apply for an ATP, comply with the detailed requirements of that process, and then attempt to acquire their medication in the very limited ways contemplated by the *MMAR*. These constraints are imposed by the state as part of the justice system's control of access to marihuana. As such, they are state actions sufficient to constitute a deprivation of the security of the person of those who must take marihuana for medical purposes. They are state actions within the administration of justice that stand between those in medical need and the marihuana they require. [Emphasis added.]

(b) *Positions—Summary*

[200] The plaintiffs submit that security of the person is engaged because it encompasses personal autonomy involving control over one's bodily integrity, free from state interference, such as interference with an individual's physical or psychological integrity, causing physical or serious psychological suffering.

[201] With respect to the security interest, the defendant states that the *MMPR* does not engage this interest for the same reasons it does not engage fundamental decision making—it is the plaintiffs' attitude toward LPs rather than their ability to access the cannabis under the *MMPR* that is at the heart of this challenge, not their lack of affordability or suitable strains under the regime.

que la personne ait satisfait aux conditions exigées pour obtenir une licence de production à titre de personne désignée. Comme cela ressort de l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519, une sanction pénale infligée à une personne qui aide une autre personne relativement à un choix fondamental touchant son autonomie personnelle peut constituer une atteinte à la sécurité de cette personne. Ainsi, nous concluons que le *RAMFM* met en jeu le droit à la sécurité des personnes qui ont besoin de consommer de la marihuana à des fins médicales.

[...]

Même indépendamment de ces sanctions pénales pour cause d'inobservation, le *RAMFM* constitue une atteinte importante que l'État porte à la dignité humaine des personnes qui ont besoin de consommer de la marihuana à des fins médicales. Pour prendre les médicaments dont elles ont besoin, elles doivent demander une autorisation de possession, respecter les exigences détaillées de ce processus et tenter d'acquérir leurs médicaments selon les façons très limitées prévues par le *RAMFM*. Ces contraintes sont imposées par l'État dans le contexte du contrôle exercé par le système de justice quant à l'accès à la marihuana. Par conséquent, ces mesures de l'État sont suffisantes pour constituer une atteinte à la sécurité des personnes qui doivent consommer de la marihuana à des fins médicales. Ces mesures prises par l'État dans le cadre de l'administration de la justice s'interposent entre les personnes ayant des besoins médicaux et la marihuana dont elles ont besoin. [Non souligné dans l'original.]

b) *Les points de vue — Résumé*

[200] Les demandeurs soutiennent que la sécurité de la personne est mise en jeu parce qu'elle comprend l'autonomie personnelle, qui consiste en la maîtrise de l'intégrité de sa personne, sans aucune intervention de l'État, telle qu'une atteinte à la sécurité physique ou psychologique d'une personne, causant des souffrances physiques ou des souffrances psychologiques graves.

[201] Pour ce qui est du droit à la sécurité de la personne, la défenderesse soutient que le *RMFM* ne met pas en jeu ce droit pour les mêmes raisons pour lesquelles il ne met pas en jeu une prise de décision d'importance fondamentale. C'est l'attitude des demandeurs à l'égard des producteurs autorisés plutôt que la possibilité qu'ils ont d'avoir accès au cannabis sous le régime du *RMFM* qui est au cœur de la présente

contestation, non pas le fait que le cannabis ne soit pas à leur portée ou qu'ils n'ont pas accès aux souches appropriées.

(c) *Analysis*

[202] The *Hitzig* analysis applies to this case, albeit the regime in *Hitzig*—the MMAR—is distinguishable from the MMPR. The common and significant factor is that constraints are imposed in both regimes. In *Hitzig*, in addition to the patients having no legal source of supply, many long term users of medical marijuana were unable to produce their own and could not obtain a designate to produce it for them.

[203] In the present case, one cannot cultivate for oneself or purchase the marijuana from a supplier that is not registered as a LP. As a result of these restrictions, if one cannot access a LP for any reason, that person's security is engaged as there would be no access to their medication resulting in physical or psychological suffering.

The defendant's specific concerns about choice in relation to access considering dosage and strain and affordability are dealt with below.

(3) Affordability and Access Discussion

[204] Affordability as a barrier to accessing cannabis for medical purposes was a major issue in this case raised by the plaintiffs, rebutted by the defendant and therefore must be addressed. As the litigation developed, its importance plateaued. The cost of purchasing from LPs and the cost of personal cultivation have very little to do with the engagement of liberty and security interests except as it relates to the economic dimensions of access. This case is about the restriction on access

c) *Analyse*

[202] L'analyse effectuée dans l'arrêt *Hitzig* s'applique à l'espèce, bien qu'il soit possible d'établir une distinction entre le régime applicable dans l'arrêt *Hitzig*, soit le RAMFM, et le RMFM. Le facteur commun et important est que les deux régimes prévoient des contraintes. Dans l'arrêt *Hitzig*, outre l'absence d'une source d'approvisionnement licite pour les patients, de nombreux utilisateurs de longue date de la marijuana à des fins médicales n'étaient pas capables de produire leur propre marijuana et ne pouvaient pas obtenir l'autorisation de la faire produire par un producteur autorisé.

[203] En l'espèce, une personne ne peut pas cultiver de la marijuana pour elle-même ni l'acheter d'un fournisseur qui ne détient pas une licence de producteur autorisé. En raison de ces restrictions, si une personne ne peut pas avoir accès à un producteur autorisé pour quelque raison que ce soit, la sécurité de la personne est mise en jeu étant donné qu'elle n'aura pas accès à ses médicaments, ce qui causera des souffrances physiques ou psychologiques.

Les préoccupations exprimées par la défenderesse au sujet du choix en ce qui a trait à l'accès, compte tenu de la dose, de la souche et de l'abordabilité sont analysées dans les lignes qui suivent.

3) Analyse portant sur l'abordabilité et l'accès

[204] La question des coûts d'achat élevés, lesquels constituent un obstacle à l'accès au cannabis à des fins médicales, est une question cruciale qui a été soulevée en l'espèce par les demandeurs et qui a été réfutée par la défenderesse et qui, par conséquent, doit être examinée. À mesure que le litige a évolué, son importance a atteint un plateau. Les coûts d'achat auprès des producteurs autorisés et la culture personnelle n'ont pas grand-chose à voir avec la mise en cause des droits à la

imposed by the MMPR regime. Costs are a consequence of the regime; not an independent grounds.

[205] This is not a case about economic interests. Specifically, the plaintiffs are not requesting to place a positive obligation on the government to subsidize the cost of accessing cannabis for medical purposes. As stated earlier, this is not a case about the entitlement to inexpensive medication.

[206] However, the interests have an economic dimension due to restriction of access caused by affordability. Although affordability (as defined by both Dr. Walsh and Dr. Grootendorst) encompasses a choice, this choice is only necessary due to state action, which must be Charter compliant. It is not a lifestyle choice or a preference choice as argued by the defendant.

[207] A choice argument was put forward by the government in *PHS*, where it argued that any negative health risks drug users may suffer if Insite is unable to provide them with health services, are not caused by the CDSA's prohibition on possession of illegal drugs, but rather are the consequences of the drug users' decision to use illegal drugs (paragraph 97). The relevant portion of the Supreme Court's response is found at paragraphs 103–105:

The third way to view Canada's choice argument is as a matter of government policy. Canada argues that the decision to allow supervised injection is a policy question, and thus immune from *Charter* review.

The answer, once again, is that policy is not relevant at the stage of determining whether a law or state action limits a *Charter* right. The place for such arguments is when considering the principles of fundamental justice or at the s. 1 stage of justification if a *Charter* breach has been established.

liberté et à la sécurité étant donné qu'ils ont trait aux dimensions économiques de l'accès. La présente affaire concerne la restriction imposée par le régime du RMFM quant à l'accès. Les coûts sont une conséquence du régime, non pas un motif indépendant.

[205] La présente affaire ne porte pas sur une question d'intérêts de nature économique. En particulier, les demandeurs ne cherchent pas à imposer au gouvernement l'obligation positive de subventionner les coûts d'accès au cannabis à des fins médicales. Comme je l'ai déjà souligné, la présente affaire ne porte pas sur une question d'admissibilité à des médicaments peu coûteux.

[206] Toutefois, les droits comportent une dimension économique en raison de la restriction à l'accès causée par les coûts d'achat élevés. Bien que l'abordabilité (telle qu'elle est définie tant par M. Walsh que par M. Grootendorst) comporte un choix, ce choix n'est nécessaire qu'en raison des mesures prises par l'État, qui doivent être conformes à la Charte. Il ne s'agit pas d'un choix de style de vie ni d'une préférence comme l'affirme la défenderesse.

[207] Un argument sur l'exercice d'un choix a été avancé par le gouvernement dans l'arrêt *PHS*, dans lequel il a été soutenu que les risques pour la santé que courraient les toxicomanes si Insite était incapable de leur fournir des services de santé, ne découlaient pas de l'interdiction de possession de drogues illégales établie par la LRCDas, mais plutôt de la décision des toxicomanes de consommer des drogues illégales (au paragraphe 97). Voici les passages pertinents de la réponse de la Cour suprême du Canada, aux paragraphes 103 à 105 :

Le troisième volet de l'argument du Canada sur l'exercice d'un choix envisage la question sous l'angle de la politique générale du gouvernement. Le Canada soutient que la décision de permettre les injections supervisées relève de la politique générale du gouvernement et est de ce fait soustraite à un examen fondé sur la *Charte*.

Encore une fois, la politique générale n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure législative ou un acte de l'État restreint un droit garanti par la *Charte*. Ce genre d'argument est plutôt pris en compte à l'étape de l'examen de la conformité avec les principes de justice fondamentale ou, si une violation de

The issue of illegal drug use and addiction is a complex one which attracts a variety of social, political, scientific and moral reactions. There is room for disagreement between reasonable people concerning how addiction should be treated. It is for the relevant governments, not the Court, to make criminal and health policy. However, when a policy is translated into law or state action, those laws and actions are subject to scrutiny under the Charter: Chaoulli, at para. 89, *per* Deschamps J., at para. 107, *per* McLachlin C.J. and Major J., and at para. 183, *per* Binnie and LeBel JJ.; *Rodriguez*, at pp. 589-90, *per* Sopinka J. The issue before the Court at this point is not whether harm reduction or abstinence-based programmes are the best approach to resolving illegal drug use. It is simply whether Canada has limited the rights of the claimants in a manner that does not comply with the *Charter*. [Emphasis added.]

[208] Similar to *PHS*, the issue before this Court is not whether the MMPR is the best policy; it is whether the restrictions imposed by the MMPR limit the plaintiffs in a manner that is Charter compliant. The defendant argues that the plaintiffs are able to afford the cannabis with the LP regime. Their strain preference is not supported medically and therefore the LP regime adequately facilitates this access. As a result, the MMPR does not engage liberty or security interests except by the concession mentioned earlier.

[209] The Court does not find the defendant's arguments to be sound. It is argued that the evidence does not establish that purchasing marijuana in medically appropriate amounts is prohibitively expensive for anyone. This is a skewed assumption for two reasons. First, the Court is not to determine what is expensive and what is not. It is to determine whether affordability is a barrier to access and whether affordability is inherently about a choice. If this choice involves access to medicine, the case law establishes that the choice is of fundamental personal importance.

la *Charte* a été établie, à celle de la justification exigée par l'article premier.

La consommation de drogues illégales et la dépendance à celles-ci est une question complexe qui suscite diverses réactions sur les plans social, politique, scientifique et moral. Des personnes raisonnables peuvent ne pas s'entendre sur la façon de traiter la dépendance. C'est aux gouvernements habilités à le faire, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé. Toutefois, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte : Chaouilli, par. 89, la juge Deschamps; par. 107, la juge en chef McLachlin et le juge Major, et par. 183, les juges Binnie et LeBel; *Rodriguez*, p. 589-590, le juge Sopinka. La question dont est saisie la Cour à ce stade-ci n'est pas de savoir lesquels des programmes de réduction des méfaits ou de ceux fondés sur l'abstinence constituent le meilleur moyen de résoudre le problème de la consommation de drogues illégales. Il s'agit simplement de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une manière qui contrevient à la *Charte*. [Non souligné dans l'original.]

[208] Tout comme dans l'arrêt *PHS*, la question dont la Cour est saisie n'est pas de savoir si le RMFM constitue la meilleure politique. Il s'agit de savoir si les restrictions imposées par le RMFM aux demandeurs sont conformes à la Charte. La défenderesse soutient que dans le cadre du régime des producteurs autorisés les demandeurs ont les moyens d'acheter le cannabis. Leur préférence quant à la souche n'est pas étayée sur le plan médical et, par conséquent, le régime des producteurs autorisés facilite adéquatement cet accès. Ainsi, le RMFM ne met pas en cause la liberté ou la sécurité, à l'exception de la concession dont il a été déjà fait mention.

[209] La Cour n'estime pas que les arguments de la défenderesse sont fondés. Il est soutenu que les éléments de preuve n'établissent pas que les coûts d'achat de la marijuana, en quantités appropriées sur le plan médical, sont excessivement élevés pour qui que ce soit. Il s'agit d'une supposition qui est erronée pour deux raisons. Premièrement, la Cour n'a pas à établir ce qui est cher et ce qui ne l'est pas. La Cour établit si ces coûts d'achat constituent un obstacle à l'accès et si la question de l'abordabilité est intrinsèquement une question de choix. Si ce choix comprend l'accès à des médicaments, la

[210] Secondly, this assumption implies that the average MMAR patient, who is currently authorized to consume approximately 18 grams a day, will suffice on 1 to 5 grams a day. This conclusion cannot be made by the Court because such a conclusion ignores the evidence on tolerance, method of consumption and other personal characteristics and needs of the individual. The Court is in no position to establish the maximum dosages which should be made available.

[211] It is unnecessary to debate whether the plaintiffs' preference of one strain versus another is medically established. There is enough anecdotal evidence that the type of strain affects the patients' choice in treating their illnesses. Additionally, there is enough evidence that currently, the LP regime may not have an adequate supply of a patient's dose amount in their preference of strain.

[212] The plaintiffs have established that the MMRP has undermined the health and safety of medical marijuana users by diminishing the quality of their health care through severe restrictions on access to medical marijuana. It is the restriction that engages section 7 interests.

[213] Overall, the question is whether these limitations are in accordance with the principles of fundamental justice. It is clear that section 7 liberty and security of the person rights are both engaged.

#### B. *Principles of Fundamental Justice*

[214] As stated in *Carter*, at paragraph 71, section 7 does not promise that the state will never interfere with a person's life, liberty or security of the person; rather,

jurisprudence établit que le choix est une question personnelle d'importance fondamentale.

[210] Deuxièmement, la supposition susmentionnée donne à penser que, pour le patient moyen visé par le régime du RAMFM, qui est actuellement autorisé à consommer environ 18 grammes par jour, une dose de 1 à 5 grammes par jour sera suffisante pour lui. La Cour ne peut pas tirer pareille conclusion parce qu'elle ne tient pas compte de la preuve concernant la tolérance, la méthode de consommation, et d'autres caractéristiques et besoins propres à la personne. La Cour n'est pas en mesure d'établir les doses maximales qui devraient être prescrites.

[211] Il n'est pas nécessaire de débattre la question de savoir si la préférence des demandeurs à l'égard d'une souche par rapport à une autre est justifiée sur le plan médical. Il existe suffisamment d'éléments de preuve empiriques selon lesquels le type de souche a des conséquences sur le choix du patient quant au traitement de sa maladie. En outre, il existe suffisamment d'éléments à caractère anecdotique selon lesquels, actuellement, le régime des producteurs autorisés ne permet peut-être pas au patient de se procurer le cannabis de son choix afin de s'administrer la dose dont il a besoin.

[212] Les demandeurs ont établi que le RMFM a compromis la santé et la sécurité des personnes qui consomment de la marijuana à des fins médicales en abaissant la qualité des soins médicaux qui leur sont offerts par des restrictions sévères quant à l'accès à la marijuana à des fins médicales. Il s'agit de la restriction qui met en cause les droits garantis par l'article 7.

[213] Dans l'ensemble, la question qui nous occupe consiste à savoir si les restrictions en question sont conformes aux principes de justice fondamentale. Il est manifeste que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne prévus à l'article 7 sont tous les deux en cause.

#### B. *Principes de justice fondamentale*

[214] Comme on l'a fait observer dans l'arrêt *Carter*, au paragraphe 71, l'article 7 garantit non pas que l'État ne portera pas atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité

the state will not do so in a way that violates the principles of fundamental justice.

(1) Objective of the Legislation

[215] All three principles of fundamental justice compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), at paragraph 123). The Supreme Court has cautioned against defining the objective too broadly as it becomes difficult to say that means used to further it are overbroad or disproportionate. In *Bedford*, the Court held that the object of the prohibition should be confined to measures directly targeted by the law.

[216] The objective of the CDSA was defined in *PHS*, at paragraph 129, adopting *R. v. Malmö-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571 (*Malmö-Levine*), as the protection of health and public safety. This objective was also adopted by the Supreme Court in *Smith*. In *Smith*, the object of the restriction to dried marijuana was defined as simply "the protection of health and safety" (at paragraph 24).

[217] The defendant submitted that the objective of the MMPR is the protection of health and safety of patients who are medically qualified to consume cannabis for medical purposes.

[218] The defendant submits that the MMPR's RIAS states [at page 3429] that the overall objective of the regulation is "to reduce the risks to public health, security and safety of Canadians, while significantly improving the way in which individuals access marijuana for medical purposes" (Court underlining). More specifically, by treating marijuana like other prescription medications in Canada, the MMPR is intended to address many, if not all, of the significant negative consequences that resulted from the MMAR. It attempts to provide access to dried marijuana for medical purposes in a way that minimizes the health and safety risks associated with its production and consumption.

de la personne, mais que l'État ne le fera pas en violation des principes de justice fondamentale.

1) Objectif de la loi

[215] Les trois notions de la justice fondamentale supposent la comparaison de l'atteinte aux droits causée par la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), au paragraphe 123). La Cour suprême du Canada a déclaré qu'il ne fallait pas donner une définition trop large de l'objectif, car il devient difficile de dire si les moyens utilisés pour l'atteindre sont excessifs ou disproportionnés. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'objet de l'interdiction devait être limité aux mesures directement visées par la loi.

[216] L'objectif de la LRCDAS a été défini dans l'arrêt *PHS*, au paragraphe 129, comme étant la protection de la santé et de la sécurité publique, soit la même définition qui a été donnée dans l'arrêt *R. c. Malmö-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 (*Malmö-Levine*). Cette définition a également été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Smith* où l'objet de la restriction portant sur la marijuana séchée a été défini comme étant simplement « la protection de la santé et de la sécurité » (au paragraphe 24).

[217] La défenderesse a soutenu que l'objectif du RMFM est de protéger la santé et la sécurité des patients qui sont admissibles à consommer du cannabis à des fins médicales.

[218] La défenderesse affirme que le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation du RMFM déclare [à la page 3429] que l'objectif global du règlement est de « réduire le risque pour la santé et la sécurité publiques et pour la sécurité des Canadiens, tout en améliorant de façon considérable la manière dont les particuliers ont accès à la marijuana à des fins médicales » (non souligné dans l'original). Plus précisément, en traitant la marijuana comme les autres médicaments d'ordonnance au Canada, le RMFM vise à remédier à bon nombre des conséquences néfastes importantes, voire toutes, qui ont découlé du RAMFM. Il tente de donner accès à la marijuana séchée à des fins médicales d'une



[219] Although the Supreme Court recently stated that the objective of the CDSA is the protection of health and safety, the objective of the MMPR is more specific and I agree with the definition provided by the defendant. This definition does not alter the objective of the CDSA; the MMPR supports the application of the Act.

[220] In sum, the objective has two parts, as discussed in closing submissions; one is the reduction of the risk to public health and safety, and the other is to improve the way in which a person who needs marijuana gains access to cannabis.

[221] It is important to note that the second part of the objective can be viewed as a direct comparison to the old regime. The MMPR was said by the defendant to address many, if not all, of the significant negative consequences that resulted from the MMAR.

## (2) Section 1 v. Section 7

[222] The objective of the prohibition is the same in both sections 1 and 7 analyses and therefore, similar to *Smith* and the other marijuana cases, the evidence should be considered at the section 7 stage (*Smith*, at paragraph 29):

The remaining question is whether the Crown has shown this violation of s. 7 to be reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. As explained in *Bedford*, the s. 1 analysis focuses on the furtherance of the public interest and thus differs from the s. 7 analysis, which is focused on the infringement of the individual rights: para. 125. However, in this case, the objective of the prohibition is the same in both analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Like the courts below, we conclude that the infringement of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Charter*.

façon qui minimise les risques pour la santé et la sécurité liés à sa production et à sa consommation.

[219] Bien que la Cour suprême du Canada ait récemment fait observer que l'objectif de la LRCDS est la protection de la santé et de la sécurité, l'objectif du RMFM est plus précis et je souscris à la définition donnée par la défenderesse. Cette définition n'altère en rien l'objectif de la LRCDS. Le RMFM appuie l'application de la Loi.

[220] En somme, l'objectif comporte deux parties, comme il a été mentionné dans les observations finales, dont l'une est la réduction du risque pour la santé et la sécurité publiques et l'autre est l'amélioration de la manière dont une personne qui a besoin de marijuana a accès au cannabis.

[221] Il est important de souligner que la seconde partie de l'objectif peut être considérée comme une comparaison directe avec l'ancien régime. La défenderesse a déclaré que le RMFM vise à remédier à bon nombre, sinon la totalité, des conséquences néfastes qui découlaient du RAMFM.

## 2) Article premier et article 7

[222] L'objectif de l'interdiction est le même dans l'analyse fondée sur l'article premier et dans l'analyse fondée sur l'article 7 et, par conséquent, à l'instar de l'arrêt *Smith* et d'autres causes portant sur la marijuana, les éléments de preuve devraient être examinés à l'étape de l'article 7 (arrêt *Smith*, au paragraphe 29) :

Il nous reste à déterminer si le ministère public a démontré que cette violation de l'art. 7 est raisonnable et si sa justification peut se démontrer au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué dans l'arrêt *Bedford*, l'analyse fondée sur l'article premier se concentre sur la protection de l'intérêt public et diffère donc de l'analyse fondée sur l'art. 7, qui est axée sur la violation de droits individuels (par. 125). Cependant, l'objectif de l'interdiction en l'espèce est le même dans les deux analyses : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S.103). À l'instar des

juridictions inférieures, nous concluons que l'atteinte portée à l'art. 7 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[223] This issue was fully canvassed in *Bedford* (at paragraphs 124–129):

This Court has previously identified parallels between the rules against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality under s. 7 and elements of the s. 1 analysis for justification of laws that violate *Charter* rights. These parallels should not be allowed to obscure the crucial differences between the two sections.

Section 7 and s. 1 ask different questions. The question under s. 7 is whether the law's negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law's purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law's purpose. Under s. 1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s. 1, but it plays no part in the s. 7 analysis, which is concerned with the narrower question of whether the impugned law infringes individual rights.

As a consequence of the different questions they address, s. 7 and s. 1 work in different ways. Under s. 1, the government bears the burden of showing that a law that breaches an individual's rights can be justified having regard to the government's goal. Because the question is whether the broader public interest justifies the infringement of individual rights, the law's goal must be pressing and substantial. The "rational connection" branch of the s. 1 analysis asks whether the law was a rational means for the legislature to pursue its objective. "Minimal impairment" asks whether the legislature could have designed a law that infringes rights to a lesser extent; it considers the legislature's reasonable alternatives. At the final stage of the s. 1 analysis, the court is required to weigh the negative impact of the law on people's rights against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are judged both qualitatively and quantitatively. Unlike individual claimants, the Crown is well

[223] La question a été examinée en détail dans l'arrêt *Bedford* de la manière suivante (aux paragraphes 124 à 129) :

Notre Cour a déjà établi des parallèles entre les règles qui interdisent le caractère arbitraire, la portée excessive ou la disproportion totale au regard de l'art. 7 et les éléments de l'analyse, fondée sur l'article premier, de la justification d'une disposition qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Ces parallèles ne doivent pas permettre d'occulter les différences cruciales entre ces deux articles.

L'article 7 et l'article premier appellent des questions différentes. Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet. Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier, mais elle ne joue aucun rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 7, qui se soucie seulement de savoir si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel.

En raison des considérations différentes qui président à leur application, l'art. 7 et l'article premier opèrent différemment. Suivant l'article premier, il incombe à l'État de démontrer que la disposition attentatoire peut être justifiée par l'objectif du législateur. Parce que la question est celle de savoir si l'intérêt public général justifie l'atteinte aux droits individuels, l'objectif doit être urgent et réel. Le volet de l'analyse fondée sur l'article premier qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » consiste à déterminer si, pour le législateur, la disposition représente un moyen rationnel d'atteindre son objectif. Le volet relatif à l'« atteinte minimale » établit si le législateur aurait pu concevoir une disposition moins attentatoire; il s'intéresse aux solutions de rechange raisonnables qui s'offrent au législateur. À l'étape finale de l'analyse fondée sur l'article premier, le tribunal soupèse l'effet préjudiciable de la disposition sur les droits des personnes et son effet bénéfique sur la réalisation de son objectif dans l'intérêt public supérieur. L'effet est

placed to call the social science and expert evidence required to justify the law's impact in terms of society as a whole.

By contrast, under s. 7, the claimant bears the burden of establishing that the law deprives her of life, liberty or security of the person, in a manner that is not connected to the law's object or in a manner that is grossly disproportionate to the law's object. The inquiry into the purpose of the law focuses on the nature of the object, not on its efficacy. The inquiry into the impact on life, liberty or security of the person is not quantitative — for example, how many people are negatively impacted — but qualitative. An arbitrary, overbroad, or grossly disproportionate impact on one person suffices to establish a breach of s. 7. To require s. 7 claimants to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government's s. 1 burden on claimants under s. 7. That cannot be right.

In brief, although the concepts under s. 7 and s. 1 are rooted in similar concerns, they are analytically distinct.

It has been said that a law that violates s. 7 is unlikely to be justified under s. 1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 96-98). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s. 1 of the *Charter* cannot be discounted.

[224] Considering the commentary in *Bedford*, it is necessary to evaluate the evidence at the second stage of section 7 due to the manner in which evidence was adduced in this trial. If the Court was to consider the evidence in section 1, the section 7 analyses would be incomplete as the health and safety issues as they pertain to the public are relevant to the objective of the MMPR. This complicates the burden of proof issue; however, the result is the same either way, as the evidence is the same applied in either section.

apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. À la différence d'un demandeur individuel, l'État est bien placé pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d'experts qui justifient les répercussions d'une disposition sur l'ensemble de la société.

En revanche, l'art. 7 oblige le demandeur à démontrer que la disposition porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui est sans lien avec l'objet de la disposition ou qui est totalement disproportionnée à celui-ci. La détermination de l'objet s'attache à sa nature et non à son efficacité. La détermination de l'effet sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas quantitative, mais qualitative. On ne se demande donc pas combien de personnes subissent un effet préjudiciable. Il suffit d'un effet arbitraire, excessif ou totalement disproportionné sur une seule personne pour établir l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7. Obliger la personne qui invoque l'art. 7 à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier, ce qui ne saurait être acceptable.

En résumé, bien que l'art. 7 et l'article premier fassent intervenir des notions qui s'originent de préoccupations semblables, ils commandent des analyses distinctes.

On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la MVA*, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

[224] Compte tenu des observations formulées dans l'arrêt *Bedford*, il est nécessaire d'apprécier la preuve à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article 7 en raison de la manière dont elle a été produite en l'espèce. Si la Cour devait analyser la preuve dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, l'analyse fondée sur l'article 7 serait incomplète étant donné que les questions de santé et de sécurité qui concernent le public sont pertinentes quant à l'objectif du RMFM. Cela complique la question du fardeau de la preuve. Toutefois,

## (3) Arbitrariness

(a) *Law*

[225] The most recent statement of the Court on this principle is in *Carter*, at paragraph 83:

The principle of fundamental justice that forbids arbitrariness targets the situation where there is no rational connection between the object of the law and the limit it imposes on life, liberty or security of the person: *Bedford*, at para. 111. An arbitrary law is one that is not capable of fulfilling its objectives. It exacts a constitutional price in terms of rights, without furthering the public good that is said to be the object of the law.

[226] In *Morgentaler*, the effect of the law actually contravened the objective of the law. In *Chaoulli*, the four-judge majority found that the prohibition was arbitrary because there was no real connection on the facts between the effect and the objective of the law. In *PHS*, the Minister's decision was contrary to the objectives of the drug possession laws.

[227] Arbitrariness was elaborated on in *Bedford*, at paragraph 111:

Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law's purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person (Stewart, at p. 136). A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. Thus, in *Chaoulli*, the law was arbitrary because the prohibition of private health insurance was held to be unrelated to the objective of protecting the public health system.

le résultat est le même dans un cas comme dans l'autre, puisque la preuve qui est appliquée est la même en ce qui concerne l'une ou l'autre disposition.

## 3) Le caractère arbitraire

a) *Le droit*

[225] La Cour suprême du Canada a formulé dans l'arrêt *Carter*, au paragraphe 83, les observations les plus récentes sur ce principe :

Le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire vise l'absence de lien rationnel entre l'objet de la loi et la limite qu'elle impose à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne : *Bedford*, par. 111. Une loi arbitraire est une loi qui ne permet pas la réalisation de ses objectifs. Elle porte atteinte à des droits reconnus par la Constitution sans promouvoir le bien public que l'on dit être l'objet de la loi.

[226] Dans l'arrêt *Morgentaler*, l'effet de la loi contrevenait bel et bien à l'objectif de la loi. Dans l'arrêt *Chaoulli*, la majorité composée de quatre juges a conclu que l'interdiction était arbitraire parce que, d'après les faits, il n'y avait pas de lien véritable entre l'effet et l'objectif de la loi. Dans l'arrêt *PHS*, la décision du ministre était contraire aux objectifs des lois qui régissent la possession de drogue.

[227] La question relative au caractère arbitraire a été élaborée de la manière suivante dans l'arrêt *Bedford*, au paragraphe 111 :

Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (Stewart, p. 136). La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. Ainsi, dans *Chaoulli*, la Cour juge les dispositions arbitraires parce qu'interdire l'assurance maladie privée n'a aucun rapport avec l'objectif de protéger le système de santé public.

(b) *Positions—Summary*

[228] The plaintiffs submit that the impugned restrictions compel patients, under the threat of criminal sanction to (a) purchase from LPs irrespective of their individual ability to do so; (b) possess artificially limited quantities of medicine thus denying them the ability to travel for work or pleasure, or requiring them to make multiple orders per month from LPs; and (c) ingest the medicinal compounds in unnecessarily restrictive, less effective and more harmful ways.

[229] The plaintiffs argue that the restrictions are arbitrary because they will cause, not prevent, harm to health and safety. The evidence at trial failed to show that public safety will be advanced in any significant way by the removal of the ability to lawfully and safely continue to personally produce medical cannabis. Further, the evidence demonstrated that in so doing, the defendant will put the health and safety of some patients at risk because the exemption proposed by the MMPR will not allow plaintiffs access to adequate supplies of medicine.

[230] Specifically, patient health and safety will be harmed because (a) patients will either go without sufficient medicine or be impoverished or break the law to produce it; (b) patients, fearful of criminal charges, will no longer have their production sites inspected for safety and will go back underground as they did in the period before being able to obtain licensing, causing risks of harm to public health and safety; (c) patients are forced under the threat of criminal sanction to consume medicine in less effective and more harmful ways; and (d) as patients will be criminalized for possessing reasonable quantities of medicinal cannabis, they must either go without or continually order/replenish their supply, leading to gaps in supply.

b) *Les points de vue — Résumé*

[228] Les demandeurs soutiennent que les restrictions contestées obligent les patients, sous peine de sanctions pénales, a) à acheter leur médicament auprès de producteurs autorisés peu importe qu'il leur soit possible ou non de le faire; b) à posséder des quantités artificiellement limitées de médicaments, ce qui les prive de la possibilité de faire des voyages d'affaires ou d'agrément, ou les oblige à passer tous les mois de nombreuses commandes auprès de producteurs autorisés; c) à ingérer des composés médicinaux de façons inutilement restrictives, peu efficaces et plus dommageables.

[229] Les demandeurs avancent que les restrictions sont arbitraires, parce qu'elles auront des effets néfastes sur la santé et la sécurité, plutôt que de les prévenir. La preuve présentée à l'audience n'a pas réussi à établir que la sécurité du public sera améliorée d'une manière importante si on enlève la possibilité de continuer à produire personnellement, en toute légalité et de façon sécuritaire, du cannabis à des fins médicales. En outre, la preuve a démontré qu'en agissant ainsi, la défenderesse mettra en péril la santé et la sécurité de certains patients à risque parce que l'exemption proposée par le RMFM ne permettra pas aux demandeurs d'avoir accès à un approvisionnement suffisant en médicaments.

[230] Plus précisément, il sera porté atteinte à la santé et à la sécurité des patients parce que a) les patients n'auront pas assez de médicaments, seront appauvris ou violeront la loi pour produire les médicaments dont ils ont besoin; b) les patients, par crainte de sanctions pénales, ne soumettront plus les sites de production à des contrôles de sécurité et retourneront à la clandestinité comme c'était le cas à l'époque où ils ne pouvaient pas obtenir de licence, ce qui mettra en péril la santé et la sécurité du public; c) les patients sont forcés, par crainte de sanctions pénales, de consommer des médicaments de manières moins efficaces et plus nuisibles; d) étant donné que la possession de quantités raisonnables de cannabis à des fins médicales par les patients sera criminalisée, ceux-ci devront s'en passer ou continuellement se réapprovisionner, ce qui occasionnera des ruptures dans leur approvisionnement.

[231] The defendant states that the restriction on personal cultivation is not arbitrary because it is a rational response to the genuine health and safety concerns associated with the residential cultivation of marihuana for medical purposes. Extensive evidence before the Court is of the real risks associated with the personal cultivation of medical marihuana. Several of the plaintiffs' witnesses concede that unless properly constructed and inspected, the cultivation of medical marihuana in residential dwellings can be a risky, unsafe endeavour. Others concede that some medical cannabis growers abused their personal and designated production licences by diverting their cannabis to the illicit market.

[232] Several of the defendant's experts address these various risks and abuses in their reports and provide cogent examples of the problems that may arise in home cultivation sites. Further, the evidence from international medical marihuana regimes suggest a trend away from home cultivation in favour of commercial production because of the risks and abuses associated with the personal production of medical marihuana.

(c) *Analysis*

[233] Both parties' submissions on the issue of arbitrariness do not hit the mark. The defendant has mischaracterized the evidence and disregarded the admissions on cross-examination. Although the plaintiffs have not proved their statements or directed the Court to any evidence on their assertions, I find the restriction in the MMPR to bear no connection to the objective of the law.

[231] La défenderesse déclare que la restriction relative à la culture personnelle n'est pas arbitraire parce qu'il s'agit d'une réponse rationnelle aux préoccupations légitimes en matière de santé et de sécurité liées à la culture résidentielle de la marihuana à des fins médicales. La Cour est saisie de nombreux éléments de preuve démontrant qu'il existe des risques réels en ce qui concerne la culture personnelle de la marihuana à des fins médicales. Plusieurs témoins des demandeurs conviennent que, en l'absence d'aménagements et d'inspections appropriés, la culture de la marihuana à des fins médicales dans des maisons d'habitation peut constituer une entreprise périlleuse et dangereuse. D'autres ont reconnu que certaines personnes qui cultivent le cannabis à des fins médicales utilisent de manière abusive leur licence de production à des fins personnelles et leur licence de production à titre de producteurs désignés en détournant leur production de cannabis vers le marché illicite.

[232] Bon nombre des experts présentés par la défenderesse font mention de ces risques et abus dans leurs rapports et donnent des exemples convaincants des problèmes qui pourraient se produire dans des sites de culture situés dans des résidences. En outre, la preuve soumise relativement à des régimes concernant la marihuana à des fins médicales qui existent ailleurs dans le monde indique que la culture résidentielle est de plus en plus délaissée au profit de la production commerciale en raison des risques et abus liés à la production personnelle de la marihuana à des fins médicales.

c) *Analyse*

[233] Les observations formulées par les deux parties sur le caractère arbitraire n'ont pas réglé la question. La défenderesse a mal qualifié les éléments de preuve et n'a pas tenu compte des admissions faites en contre-interrogatoire. Bien que les demandeurs n'aient pas prouvé leurs déclarations ou renvoyé la Cour à des éléments de preuve concernant leurs affirmations, je conclus que la restriction prévue par le RMFM n'a aucun lien avec l'objectif de la loi.

[234] First, considering how the MMPR impacts each plaintiff, the effects of the restrictions are contrary to the objective of the MMPR to improve access.

[235] Second, there is no real connection between restricting access to cannabis for medical purposes to purchasing from LPs and the objectives of reducing risks to health and safety and improving access. The health and safety concerns that the law purports to disparage were not established and there was inadequate evidence to conclude that access was overall improved. In fact, access was further restricted.

(d) *Impact on the Plaintiffs*

[236] Access to cannabis for medical purposes is not improved for the plaintiffs under the MMPR. By limiting their access to purchasing from LPs, the health and safety of the plaintiffs is also diminished. Although I find that the plaintiffs might not be forced to resort to the black market and break the law, the MMPR force them to choose between their medication and other basic necessities without a rational connection to the objective.

[237] At his current consumption under the MMPR, Mr. Allard would be spending his entire income on cannabis for medical purposes, which would impact his health and safety. Without the restricted access of the MMPR, he is able to access his medication without impacting his health and safety. This is one example of the consequences which flow from the restricted access under the MMPR.

The same analysis applies to Mr. Davey, who would be spending over 70 percent of his income (at \$5 a gram, \$3 750 a month and his monthly income is \$5100) on purchasing cannabis, negatively impacting his health and safety and also reducing his capacity to provide for his other health needs.

[234] Premièrement, compte tenu de la manière dont le RMFM a des incidences sur chaque demandeur, les effets des restrictions sont contraires à l'objectif du RMFM, qui est d'améliorer l'accès.

[235] Deuxièmement, il n'existe aucun lien réel entre la limitation de l'accès au cannabis à des fins médicales en rendant obligatoire l'achat auprès de producteurs autorisés et l'objectif de réduction des risques pour la santé et la sécurité et d'amélioration de l'accès. L'existence des problèmes de santé et de sécurité que la loi prétend décrier n'a pas été établie et les éléments de preuve produits ne permettaient pas de conclure que l'accès a été amélioré dans l'ensemble. En réalité, l'accès a été restreint davantage.

d) *Les incidences sur les demandeurs*

[236] L'accès des demandeurs au cannabis à des fins médicales n'a pas été amélioré sous le régime du RMFM. La restriction selon laquelle les demandeurs doivent acheter auprès de producteurs autorisés entraîne aussi une détérioration de la santé et de la sécurité des demandeurs. Bien que j'aie conclu que les demandeurs pourraient ne pas être contraints de se tourner vers le marché noir et de violer la loi, le RMFM les oblige à choisir entre leur médicament et d'autres besoins fondamentaux sans qu'il y ait un lien rationnel avec l'objectif.

[237] Compte tenu de sa consommation actuelle, M. Allard utiliserait, selon le régime du RMFM, tout son revenu pour acheter du cannabis à des fins médicales, ce qui aurait une incidence sur sa santé et sa sécurité. En l'absence de la restriction à l'accès prévue par le RMFM, il est capable d'avoir accès à son médicament sans incidence sur sa santé et sa sécurité. Il s'agit d'un exemple des conséquences qui découlent de la restriction à l'accès prévue par le RMFM.

La même analyse s'applique à M. Davey, qui consacrerait plus de 70 p. 100 de son revenu (à 5 \$ par gramme, soit 3 750 \$ par mois, et son revenu mensuel est de 5 100 \$) à l'achat de cannabis, ce qui aurait une incidence néfaste sur sa santé et sa sécurité, et réduirait aussi sa capacité à combler d'autres besoins en matière de santé.

[238] At 5 grams a day, her prescribed amount, if Ms. Beemish purchased from an LP at \$5 a gram, it would exceed her monthly income. It is likely, however, that Ms. Beemish might qualify for one of the discounts for low income or disabled individuals. Such discounts are not guaranteed nor imposed by regulation. Further, Ms. Beemish finds that a particular strain is more effective for treatment and this positively impacts her health. The MMPR regime does not guarantee this strain even if she consistently qualified for some subsidized form of LP programs. Consuming a less-effective strain would negatively affect her health and safety. Without the restriction, she was able to access the most beneficial medication for her health.

(e) *Response to Defendant's Position*

[239] With respect to health and safety risks, the defendant submits that the witnesses provided cogent evidence to illustrate the risks associated with cannabis growing operations.

[240] I find that the evidence was insufficient and largely did not distinguish between legal cannabis growing operations under the MMAR and illegal growing operations. Additionally, there was limited, if any, expert evidence that convincingly asserted that these risks exist across the country and to a magnitude that mandates state interference.

[241] For fire risk as noted earlier, the defendant relies on the expert evidence of Len Garis, the Fire Chief of Surrey, British Columbia. This evidence is unreliable for many reasons. Most importantly, this witness was not credible and was biased. He was an active public advocate against cannabis cultivation. His report provided no analysis or context for the Court to accurately judge the purported fire risks. Instead, it was painfully obvious that his entire study was motivated to support

[238] Si, à 5 grammes par jour, soit la dose qui lui a été prescrite, M<sup>me</sup> Beemish achetait d'un producteur autorisé à 5 \$ le gramme, le coût de son achat serait supérieur à son revenu mensuel. Toutefois, il est probable que M<sup>me</sup> Beemish puisse être admissible à l'un des rabais qui sont accordés aux personnes à faibles revenus ou aux personnes handicapées. De tels rabais ne sont ni garantis ni imposés par règlement. En outre, M<sup>me</sup> Beemish estime qu'une souche particulière est plus efficace pour son traitement et que cela a une incidence favorable sur sa santé. Le régime du RMFM ne garantit pas l'accès à cette souche même si elle fait régulièrement l'objet d'une certaine forme de subvention des programmes des producteurs autorisés. Le fait de consommer une souche moins efficace aurait une incidence néfaste sur sa santé et sa sécurité. Avant la restriction, elle était capable d'avoir accès au médicament qui était le plus bénéfique pour sa santé.

e) *La réponse au point de vue de la défenderesse*

[239] En ce qui concerne les risques en matière de santé et de sécurité, la défenderesse soutient que les témoins ont présenté des éléments de preuve convaincants pour illustrer les risques liés aux activités de culture de cannabis.

[240] Je conclus que la preuve était insuffisante et que, pour l'essentiel, elle ne faisait pas de distinction entre les activités de culture de cannabis autorisées par le RAMFM et les activités de culture illicite. En outre, la preuve d'expert démontrant de manière convaincante que les risques en question existent dans l'ensemble du pays et qu'ils sont d'une ampleur qui commande l'intervention de l'État était limitée, voire inexistante.

[241] Pour ce qui est du risque d'incendie, comme je l'ai déjà souligné, la défenderesse se fonde sur le témoignage d'expert présenté par Len Garis, le chef du service des incendies de Surrey, en Colombie-Britannique. Ce témoignage n'est pas fiable, et ce, pour de nombreuses raisons. Fait plus important, le témoin n'était pas crédible et avait un parti pris. C'était un activiste publiquement opposé à la culture du cannabis. Son rapport ne comportait aucune analyse ni aucun contexte de



a cause—his own personal view against residential growing operations.

[242] During Mr. Garis' testimony, it was acknowledged that the risk of kitchen fires is higher than the risk of fires caused by residential cannabis cultivation (the Fire Commissioner Office fire statistics did not include a single fire at a legal medical cannabis production site between 2001 and 2012). He provided very little information on legal cultivation operations and focused his entire evidence on Surrey, British Columbia. Finally, he admitted that if a certified electrician carried out the modifications necessary at a production site, the alleged risk can be addressed.

[243] Although the defendant relies on Ms. Ritchot's evidence of other cities, who conducted similar but vastly smaller studies, no context is provided for the Court to adequately assess the studies and thus little weight is given to this evidence.

[244] The plaintiffs' rebuttal witness, Mr. Boileau, provided useful evidence that contextualized this risk under the MMAR regime. If in compliance with the *Safety Standards Act*, electrical installations at legal indoor marijuana grow facilities by MMAR licence holders are just as safe as any other electrical installation at any other type of facility.

[245] For the specific health issue of toxic mould, the defendant relied on the expert evidence of Dr. Miller. Dr. Miller noted that each marijuana plant added as much moisture to a house as approximately seven to ten houseplants. He specifically expressed concern with growing in a multi-unit residential building. The plaintiffs' witnesses, Mr. Schut, Mr. Colasanti and Mr. Nash, stated that proper steps must be taken to remove the excess moisture. I find that although mould appears to

nature à permettre à la Cour d'apprécier avec exactitude les risques d'incendie allégués. Il n'était que trop évident que toute son étude visait à soutenir une cause : son opposition à la culture résidentielle de cannabis.

[242] Durant le témoignage de M. Garis, on a reconnu que le risque de feux de cuisson est plus élevé que le risque d'incendie causé par la culture résidentielle de cannabis (selon les statistiques du Fire Commissioner Office, entre 2001 et 2012, il n'y a eu aucun feu dans une installation de production autorisée de cannabis à des fins médicales). M. Garis a fourni peu d'information sur les installations de culture autorisée du cannabis, et la totalité de la preuve qu'il a présentée avait trait à Surrey, en Colombie-Britannique. Finalement, il a admis que la question du risque allégué pourrait être réglée si un électricien qualifié apportait les modifications nécessaires à l'installation de production.

[243] La défenderesse se fonde sur le témoignage fourni par M<sup>me</sup> Ritchot au sujet d'autres villes qui ont mené des études similaires, mais de beaucoup moins grande envergure, sans toutefois fournir un contexte permettant à la Cour d'évaluer adéquatement les études et, par conséquent, peu de poids est accordé à ce témoignage.

[244] Le témoin en contre-preuve des demandeurs, M. Boileau, a fourni un témoignage utile qui a permis de situer ce risque dans le contexte du régime prévu par le RAMFM. Si elles sont conformes au *Safety Standards Act*, les installations électriques dans les installations de culture intérieure autorisée de marijuana appartenant à des titulaires de licences accordées en vertu du RAMFM sont aussi sécuritaires que n'importe quelles autres installations électriques dans tout autre type d'établissement.

[245] En ce qui a trait au problème en matière de santé posé par la moisissure toxique, la défenderesse s'est fondée sur le témoignage d'expert de M. Miller. Celui-ci a souligné que chaque plante de marijuana engendrait dans une maison autant d'humidité que sept à dix plantes d'intérieur, environ. Il s'est dit particulièrement préoccupé par la question des cultures qui ont lieu dans des immeubles à logements multiples. Les témoins des demandeurs, MM. Schut, Colasanti et Nash, ont déclaré

be a valid concern, the evidence demonstrates that the concern is extinguished with a proper ventilation system.

[246] On risk arising from the monetary value of marihuana, there was no evidence of actual theft or related risk. The defendant's argument was speculative at best, relying on the street value of marihuana at \$5-\$10 per gram.

[247] Regarding the potential criminal abuses of MMAR licence holders, the evidence did not establish that this was a warranted risk. Importantly, I do not rely on any evidence by Corporal Holmquist as his examples were exposed under cross-examination as incomplete. The limited incidents listed in his report cannot support his conclusions as they are not fully researched, lack important details and are not contextually analysed. His conclusions are result-oriented and exhibit a biased analysis.

[248] The defendant also argues that the restriction is consistent with international medical marihuana regimes. Concerns about diversion to the illegal market led to the development of the specific regimes in different countries. I note that the evidence at trial confirmed that each country was continuously changing their structures and administration to address the needs of patients requiring medical marihuana while the drug remains a banned substance federally.

[249] Canada, like some of the countries referred to in evidence, is a signatory to a number of international drug control conventions (see *Hitzig*, at paragraphs 32 and 33). However it is not particularly helpful for this Court to focus on the systems in place in other countries

de des mesures appropriées doivent être prises afin de supprimer l'excès d'humidité. Je conclus que le risque de moisissure semble être une préoccupation légitime, mais que les éléments de preuve démontrent que celle-ci peut être éliminée grâce à un système de ventilation adéquat.

[246] En ce qui concerne les risques découlant de la valeur pécuniaire de la marihuana, aucune preuve de vol ni aucune analyse des risques n'ont été présentées. L'argument de la défenderesse était au mieux hypothétique, et fondé sur un prix de revente de la marihuana se situant entre 5 et 10 \$ le gramme.

[247] En ce qui concerne l'utilisation possible à des fins criminelles par des détenteurs de licences accordées en vertu du RAMFM, la preuve n'a pas permis d'établir qu'il s'agissait d'un risque justifié. Il est important de souligner que je ne me fonde aucunement sur le témoignage du Caporal Holmquist, car les exemples qu'il a donnés ont été jugés comme étant incomplets durant le contre-interrogatoire. Le faible nombre d'incidents mentionnés dans son rapport ne peuvent étayer les conclusions qu'il a formulées, puisqu'ils n'ont pas fait l'objet d'une recherche exhaustive, qu'ils ne sont pas suffisamment détaillés et qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une analyse contextuelle. Ses conclusions sont orientées vers le résultat et dénotent une analyse empreinte de partialité.

[248] La défenderesse fait également valoir que la restriction est conforme aux régimes internationaux en matière de marihuana à des fins médicales. Les préoccupations relatives au détournement vers le marché illicite ont mené à l'élaboration de régimes particuliers dans différents pays. Je souligne que la preuve présentée au procès a confirmé que chaque pays changeait continuellement ses structures et sa gestion afin de répondre aux besoins des patients requérant de la marihuana à des fins médicales, alors que la drogue demeure une substance interdite à l'échelle fédérale.

[249] Le Canada, comme certains des pays mentionnés dans la preuve, est signataire d'un certain nombre de conventions internationales sur le contrôle des drogues (voir l'arrêt *Hitzig*, aux paragraphes 32 et 33). Il n'est toutefois pas particulièrement utile que la Cour mette

as the policies and legal structures in place are vastly different region by region. Importantly, there was limited evidence of the concerns of non-commercial publicly regulated cannabis cultivation. The issues in this case are governed by Charter obligations, not international ones.

[250] I do not find the treatment of cannabis consistent with other plant-based medicines. Although the *Natural Health Products Regulations*, SOR/2003-196 (NHPR), state that natural health products cannot contain a controlled substance, it is beneficial to recognize that the NHPR regulate the sale of these products to the public, not the personal cultivation and subsequent consumption of them.

[251] Additionally, despite the stated objective of treating medical marijuana as a medicine, the MMPR does not treat marijuana for medical purposes in the same way as other psychoactive drugs. It is not regulated through the FDA drug approval process and is not subject to the controls on safety and efficacy. The defendant conceded that there are no “lethal doses” associated with the drug unlike other drugs.

[252] Taking the evidence in comparison to the objective of the MMPR outlined in the RIAS, the only consequence of the MMPR remaining largely unchallenged is that of government cost savings. The regulatory cost burden has significantly been transferred to the LPs. Cost savings, while a legitimate policy goal, cannot, in this case, trump the plaintiffs’ Charter rights and form a Charter-compliant justification for the MMPR.

[253] Overall, viewed from the different perspectives, the law is arbitrary as the limits it imposes on section 7 interests bear no rational connection to its objective.

l’accent sur les systèmes qui ont été mis en place dans d’autres pays, puisque les politiques et les structures juridiques diffèrent grandement d’une région à l’autre. Qui plus est, une preuve limitée a été présentée concernant les préoccupations relatives à la culture non commerciale de cannabis réglementée par le pouvoir public. Les questions en litige en l’espèce sont régies par les obligations imposées par la Charte.

[250] J’estime que le traitement dont le cannabis fait l’objet est différent de celui dont font l’objet les autres plantes médicinales. Le *Règlement sur les produits de santé naturels*, DORS/2003-196 (RPSN) prévoit que les produits de santé naturels ne doivent pas contenir de substance désignée, mais il convient de souligner que le RPSN réglemente la vente de produits de santé naturels au public et non la culture de produits de santé naturels à des fins personnelles et leur consommation ultérieure.

[251] En outre, l’objectif déclaré est de considérer la marijuana à des fins médicales comme étant un médicament, mais le RMFM ne traite pas celle-ci de la même façon que les autres médicaments psychotropes. La marijuana n’est pas assujettie au processus d’approbation de la LAD et n’est pas assujettie aux contrôles de sécurité sur l’innocuité et l’efficacité. La défenderesse a reconnu que la marijuana a des effets néfastes, mais il a également été reconnu qu’aucune « dose létale » n’y est associée, comme c’est le cas pour les autres drogues.

[252] Si on compare la preuve à l’objectif du RMFM, énoncé dans le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR), la seule conséquence découlant du fait que le RMFM demeure largement incontesté est que le gouvernement réalise des économies. Le fardeau des coûts liés à réglementation a, dans une large mesure, été transféré aux PA. Les économies de coûts constituent un objectif stratégique légitime, mais elles ne peuvent pas, en l’espèce, avoir préséance sur les droits des demandeurs garantis par la Charte et constituer une justification de dérogation à la Charte en ce qui a trait au RMFM.

[253] En général, considéré sous les différents angles, l’objectif de la loi est arbitraire, car la limite qu’il impose à l’égard des droits prévus à l’article 7 n’a aucun lien

Considering the plaintiffs' situations, the MMPR does not reduce risk to their health and safety, nor does it improve their access to cannabis. In response to the defendant's primary defense that health and safety risks of cultivation are reduced by the MMPR, the evidence does not qualify this risk. Many of the risks purported to be significant were not proved to exist, including fire, home invasion/violence/diversion and community impacts.

[254] The law is therefore arbitrary.

(4) Overbreadth

(a) *Law*

[255] *Carter* states the following on overbreadth (at paragraph 85):

The overbreadth inquiry asks whether a law that takes away rights in a way that generally supports the object of the law, goes too far by denying the rights of some individuals in a way that bears no relation to the object: *Bedford*, at paras. 101 and 112-13. Like the other principles of fundamental justice under s. 7, overbreadth is not concerned with competing social interests or ancillary benefits to the general population. A law that is drawn broadly to target conduct that bears no relation to its purpose "in order to make enforcement more practical" may therefore be overbroad (see *Bedford*, at para. 113). The question is not whether Parliament has chosen the least restrictive means, but whether the chosen means infringe life, liberty or security of the person in a way that has no connection with the mischief contemplated by the legislature. The focus is not on broad social impacts, but on the impact of the measure on the individuals whose life, liberty or security of the person is trammelled. [Emphasis added.]

[256] The Supreme Court in *Bedford* provided helpful guidance on this principle (at paragraphs 112–113 and 118–119):

Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes some conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary in part. At its

rationnel avec celui-ci. Compte tenu de la situation des demandeurs, le RMFM ne réduit par les risques auxquels ils sont imposés en matière de santé et de sécurité, et ne rend pas plus facile leur accès au cannabis. Pour répondre au principal moyen de défense invoqué par la défenderesse, à savoir que les risques en matière de santé et de sécurité comportés par la culture sont réduits par le RMFM; la preuve ne donne aucune précision quant à ce risque. L'existence de bon nombre des risques censément importants n'a pas été établie, notamment le risque d'incendie, de braquage à domicile, de violence, de détournement et les incidences sur la collectivité.

[254] Par conséquent, la loi est arbitraire.

4) Portée excessive

a) *La loi*

[255] En ce qui a trait à la portée excessive, l'arrêt *Carter* précise ce qui suit (au paragraphe 85) :

L'analyse de la portée excessive consiste à déterminer si une loi qui nie des droits d'une manière généralement favorable à la réalisation de son objet va trop loin en niant les droits de certaines personnes d'une façon qui n'a aucun rapport avec son objet : *Bedford*, par. 101 et 112-113. Tout comme les autres principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7, la notion de portée excessive ne s'attache pas à des intérêts sociaux divergents ou aux avantages accessoires pour la population en général. Une loi rédigée en termes généraux pour viser un comportement qui n'a aucun lien avec son objet « afin de faciliter son application » peut donc avoir une portée excessive (voir *Bedford*, par. 113). Il ne s'agit pas de savoir si le législateur a choisi le moyen le moins restrictif, mais de savoir si le moyen choisi porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d'une manière qui n'a aucun lien avec le mal qu'avait à l'esprit le législateur. On ne met pas l'accent sur des répercussions sociales générales, mais sur l'incidence de la mesure sur les personnes dont la vie, la liberté ou la sécurité est restreinte. [Non souligné dans l'original.]

[256] La Cour suprême, dans l'arrêt *Bedford*, a apporté un éclairage utile quant à ce principe (aux paragraphes 112, 113 et 118, 119) :

Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise certains actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors en

core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and some, but not all, of its impacts. For instance, the law at issue in *Demers* required unfit accused to attend repeated review board hearings. The law was only disconnected from its purpose insofar as it applied to permanently unfit accused; for temporarily unfit accused, the effects were related to the purpose.

Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*.

...

An ancillary question, which applies to both arbitrariness and overbreadth, concerns how significant the lack of correspondence between the objective of the infringing provision and its effects must be. Questions have arisen as to whether a law is arbitrary or overbroad when its effects are *inconsistent* with its objective, or whether, more broadly, a law is arbitrary or overbroad whenever its effects are *unnecessary* for its objective (see, e.g., *Chaoulli*, at paras. 233-34).

As noted above, the root question is whether the law is inherently bad because there is *no connection*, in whole or in part, between its effects and its purpose. This standard is not easily met. The evidence may, as in *Morgentaler*, show that the effect actually undermines the objective and is therefore “inconsistent” with the objective. Or the evidence may, as in *Chaoulli*, show that there is simply no connection on the facts between the effect and the objective, and the effect is therefore “unnecessary”. Regardless of how the judge describes this lack of connection, the ultimate question remains whether the evidence establishes that the law violates basic norms because there is *no connection* between its effect and its purpose. This is a matter to be determined on a case-by-case basis, in light of the evidence. [Italics in original; underlining added.]

partie arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et certains de ses effets, mais pas tous. Par exemple, dans *Demers*, le texte législatif en cause exigeait que l'accusé inapte comparaisse périodiquement devant la commission d'examen. Il n'était dissocié de son objet que dans la mesure où il s'appliquait à un accusé inapte en permanence; ses effets étaient liés à l'objet dans le cas de l'accusé temporairement inapte.

L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[...]

Une question accessoire, qui touche à la fois le caractère arbitraire et la portée excessive, concerne l'ampleur que doit revêtir l'absence de correspondance entre l'objectif de la disposition attentatoire et ses effets. On s'est demandé si une disposition était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets étaient *incompatibles* avec son objectif ou si, de manière générale, elle était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets *n'étaient pas nécessaires* à la réalisation de son objectif (voir, p. ex., *Chaoulli*, par. 233-234).

Rappelons qu'il s'agit fondamentalement de déterminer si la disposition en cause est intrinsèquement mauvaise du fait de l'*absence de lien*, en tout ou en partie, entre ses effets et son objet. Satisfaire à cette norme n'est pas chose aisée. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, la preuve peut démontrer que l'effet compromet en fait la réalisation de l'objectif et qu'il est donc « incompatible » avec celui-ci. Il peut aussi ressortir de la preuve, comme dans *Chaoulli*, qu'il n'y a tout simplement pas de lien entre l'effet et l'objectif, de sorte que l'effet « n'est pas nécessaire ». Peu importe la manière dont le juge qualifie cette absence de lien, la question demeure au fond de savoir si la preuve établit que la disposition viole des normes fondamentales du fait de l'*absence de lien* entre son effet et son objet. Il faut statuer en fonction du dossier et de la preuve. [Italiques dans l'original; soulignement ajouté.]

[257] In sum, the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objectives.

(b) *Positions—Summary*

[258] The plaintiffs submit that in this case, the defendant conceded at trial that the impugned restrictions apply to persons whose conduct did not implicate the objectives of protecting health and safety. None of the patient witnesses engage in diversion, and there was no evidence that any had suffered any harm to either their health or safety, or caused any harm to public health or safety, as a result of their cannabis cultivation and consumption. Health Canada was unable to produce any significant records of any such problems generally throughout the history of the MMAR.

The plaintiffs' factual argument is accurate.

[259] If the evidence of possible harms associated with personal production of cannabis and cannabis-based medicines is accepted, the blanket prohibition catches people outside of the class of persons who are suffering and/or causing such harms and is, therefore, overbroad. The blanket prohibition on production, possessing more than 150 grams and consuming forms other than dried marihuana is not proven to be connected to the objective of protecting health and safety.

[260] The evidence establishes that the great majority of patients were able to produce their own cannabis as medicine without any threat to their own health and safety or that of the public. It follows that the limitation on their rights is not connected to the objective of protecting public safety and health. The law punishes everyone who produces cannabis as medicine for themselves, possesses more than 150 grams or possesses/produces cannabis-based medicines without distinguishing between those who do so safely and securely without any risk to public safety or health.

[257] En somme, la loi a une portée excessive et vise certains actes qui n'ont aucun lien avec ses objectifs.

b) *Les points de vue — Résumé*

[258] Les demandeurs font valoir en l'espèce que la défenderesse a admis lors du procès que les restrictions contestées s'appliquent aux personnes dont les actes n'avaient aucun lien avec les objectifs consistant à protéger la santé et la sécurité. Aucun des patients qui ont témoigné ne participe à un détournement, et rien ne démontrait que l'un d'entre eux avait subi un préjudice quant à sa santé ou à sa sécurité ou avait causé un préjudice quant à la santé et à la sécurité publiques parce qu'il cultive et consomme du cannabis. Santé Canada n'a pas été en mesure de présenter de dossier important démontrant que de tels problèmes se sont produits depuis que le RAMFM existe.

L'argument factuel des demandeurs est juste.

[259] Si la preuve que la production de cannabis à des fins personnelles et la production de médicaments contenant du cannabis peuvent causer des préjudices est acceptée, l'interdiction générale vise des personnes qui n'appartiennent pas à la catégorie des personnes qui subissent de tels préjudices ou qui en causent et, par conséquent, elle a une portée excessive. Il n'a pas été prouvé que l'interdiction générale relative à la production, à la possession de plus de 150 grammes et à la consommation de marihuana sous des formes autres que la marihuana séchée a un lien avec l'objectif qui consiste à protéger la santé et la sécurité.

[260] La preuve démontre que la grande majorité des patients ont été en mesure de produire leur propre cannabis à des fins médicales, sans que cela ne comporte de risque pour leur santé ou leur sécurité ou celles du public. Il s'ensuit que la restriction de leurs droits n'a pas de lien avec l'objectif qui consiste à protéger la sécurité et la santé publiques. La loi punit quiconque produit pour soi du cannabis à des fins médicales, quiconque a en sa possession plus de 150 grammes de cannabis ou quiconque a en sa possession ou produit des médicaments à base de cannabis, sans établir de distinction avec la

[261] In response, the defendant states that it is only required to establish that the personal cultivation of cannabis gives rise to a reasoned apprehension of harm and the evidence of harms set out goes far beyond that standard. Additionally, the defendant states that the plaintiffs do not dispute that the personal residential cultivation of medical marijuana entails some inherent risk and the extensive health and safety precautions for commercial LPs are necessary. The aforementioned undermines the contention that the restriction on personal cultivation is overly broad.

[262] The defendant submits that it has implemented a complex regulatory regime, and the public health and safety objectives of that regime cannot be achieved in the context of home cultivation. The defendant further submits that it is simply not possible to determine who is a “good” or “bad” grower without an elaborate system of regulatory and inspection requirements.

[263] The defendant submits that home cultivation requires an expansive and complex regime and without such regime, the inherent risks would persist. Thus the demand is a plea for a *de facto* subsidization of personal production and such positive obligations are not protected by the Charter.

[264] There is evidence with respect to the extraordinary cost associated with Health Canada’s inspection of a handful of the MMAR residential growing operations. If the medical marijuana program continues to grow at its current pace, it is reasonable to expect tens of thousands of additional home growing operations will materialize. In order to inspect these sites, Health Canada would have to hire numerous inspectors, increasing the cost of the regime. The defendant also references the costs of inspections to local municipalities to ensure compliance with by-laws. This cost is submitted to be borne by the Canadian public. Even if inspections

personne qui le fait de façon sécuritaire, sans que cela ne comporte un risque pour la santé et la sécurité du public.

[261] En réponse, la défenderesse fait valoir qu’il suffit seulement d’établir que la culture du cannabis à des fins personnelles soulève une crainte raisonnable de préjudice et la preuve concernant les préjudices énoncée va bien au-delà de cette norme. En outre, la défenderesse affirme que les demandeurs ne contestent pas que le fait que la culture personnelle, à domicile, de la marijuana à des fins médicales comporte un risque intrinsèque et que les précautions exhaustives de sécurité et de santé concernant les PA sont nécessaires. Ce qui précède mine l’allégation selon laquelle la restriction de la culture à des fins personnelle est d’une portée excessive.

[262] La défenderesse prétend qu’elle a mis en œuvre un régime réglementaire complexe, et que les objectifs de santé et de sécurité publiques visés par ce régime ne peuvent être atteints dans le contexte de la culture à domicile. La défenderesse prétend de plus qu’il est tout simplement impossible de décider qui est un « bon » ou un « mauvais » producteur en l’absence d’un système élaboré ou d’exigences réglementaires en matière d’inspection.

[263] La défenderesse fait valoir que la culture à domicile nécessite un régime complexe et exhaustif et que, en l’absence d’un tel régime, les risques intrinsèques continueraient d’exister. Par conséquent, la demande constitue un plaidoyer en faveur d’un subventionnement *de facto* de la production personnelle, et de telles obligations positives ne sont pas protégées par la Charte.

[264] Il existe des éléments de preuve en ce qui a trait aux frais exceptionnels liés à l’inspection, par Santé Canada, du petit nombre d’installations de culture résidentielles autorisées au titre du RAMFM. Si le programme de marijuana à des fins médicales continue de croître à son rythme actuel, il est raisonnable de s’attendre à ce que des dizaines de milliers d’installations de culture à domicile soient mises sur pied. Pour procéder à l’inspection de ces lieux, Santé Canada devrait engager de nombreux inspecteurs, ce qui aurait pour effet d’accroître les coûts du régime. La défenderesse fait également référence aux coûts que les municipalités devraient

were economically or logistically feasible, there are still privacy issues that may present hurdles to such inspections.

[265] In contrast to the difficulties of inspecting personal production sites, the regulatory oversight of LPs is achievable and Health Canada conducts four different types of inspections at these facilities.

[266] Relying on the goodwill and best efforts of individual growers to adhere to appropriate health and safety protocols is not a viable means by which a stable, consistent and safe medicine can be produced. Rigorous regular testing conducted by trained individuals is necessary to detect the presence of microbial contaminants and address other safety concerns.

(c) *Analysis*

[267] If this Court was to accept that there was some rational connection between the purposes of the law and some, but not all, of its impacts, the restriction would still be overbroad. As explained in the arbitrary analysis, there is no rational connection between the object of the law and the limits it imposes; however, it can be argued that eliminating cultivation essentially eliminates all risk associated with that activity and thus, there is a rational connection between the objective and this impact. The Court addresses this argument below.

[268] Firstly, although there was evidence of MMPR participants and the LP market growing, there was no direct evidence on how the law has improved access compared to the MMAR. It may be reasonable to assume, given the previous decisions of the Court in *Sftekopoulos* and *Beren* that some individual patients benefit from the LP regime, as they can avoid the time commitment necessary for cultivation and are not limited to purchasing from Health Canada. However, there is no evidence

assumer afin de s'assurer que les règlements municipaux sont respectés. On soutient que ces coûts seront assumés par la population canadienne. Même si ces inspections étaient faisables sur le plan économique ou logistique, la question de la protection de la vie privée serait toujours susceptible de constituer un obstacle à de telles inspections.

[265] Contrairement aux difficultés que pose l'inspection des sites de production personnelle, la surveillance réglementaire des PA est réalisable, et Santé Canada effectue quatre différents types d'inspection dans ces installations.

[266] Se fier à la bonne volonté des producteurs et des efforts qu'ils déploient pour se conformer aux protocoles appropriés en matière de santé et de sécurité ne constitue pas un moyen valable de s'assurer que des médicaments stables, uniformes et sécuritaires seront produits. Il est essentiel que des examens rigoureux soient effectués sur une base régulière par des personnes qualifiées afin de détecter la présence de contaminants microbiens et de régler les autres problèmes en matière de sécurité.

c) *Analyse*

[267] Si la Cour devait conclure qu'il y a un certain lien rationnel entre les objectifs de la loi et certaines de ses incidences, la restriction serait toujours considérée comme étant trop large. Comme il a été expliqué dans l'analyse relative au caractère arbitraire, il n'existe aucun lien rationnel entre l'objet visé par la loi et les limites qu'elle impose; cependant, on peut faire valoir que l'élimination de la culture élimine essentiellement tous les risques liés à cette activité et, par conséquent, il existe un lien rationnel entre l'objectif et cette incidence. La Cour examine plus loin cet argument.

[268] Premièrement, bien que la preuve ait démontré que le nombre de participants au RMFM et que le marché des producteurs autorisés s'accroît, aucune preuve directe n'a été présentée quant à la façon dont la loi a amélioré l'accès par rapport au RAMFM. Il peut être raisonnable de supposer, compte tenu des décisions antérieures de la Cour (*Sftekopoulos* et *Beren*), que certains patients profitent du régime relatif aux producteurs autorisés, puisqu'ils n'ont pas à consacrer le temps



to qualify this assumption as an improvement in access over the previous regime.

[269] Secondly, with respect to health and safety, the defendant extensively relies on the cost of inspections necessary to reduce risk if cultivation was permitted. I find that this cost consideration, if necessary to discuss, is to be engaged at the section 1 stage. To the extent that the Court considers the cost of the regime when justifying an infringement, it does so with scepticism. The reason for scepticism—the all too easy position that budgets trump rights—is well set out in the following paragraph (*Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paragraph 72):

The result of all this, it seems to me, is that courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints. To do otherwise would devalue the *Charter* because there are *always* budgetary constraints and there are *always* other pressing government priorities. Nevertheless, the courts cannot close their eyes to the periodic occurrence of financial emergencies when measures must be taken to juggle priorities to see a government through the crisis. It cannot be said that in weighing a delay in the timetable for implementing pay equity against the closing of hundreds of hospital beds, as here, a government is engaged in an exercise “whose sole purpose is financial”. The weighing exercise has as much to do with social values as it has to do with dollars. In the present case, the “potential impact” is \$24 million, amounting to more than 10 percent of the projected budgetary deficit for 1991-92. The delayed implementation of pay equity is an extremely serious matter, but so too (for example) is the layoff of 1,300 permanent, 350 part-time and 350 seasonal employees, and the deprivation to the public of the services they provided. [Italics in original.]

[270] Thirdly, if the risks to health and safety are accepted, particularly mould, fire and potential criminal

nécessité par la culture et ne sont pas obligés de s’approvisionner uniquement auprès de Santé Canada. Cependant, aucune preuve ne permet de qualifier ce postulat d’amélioration de l’accès par rapport au régime antérieur.

[269] Deuxièmement, en ce qui concerne la santé et la sécurité, la défenderesse invoque amplement les coûts des inspections qui doivent être faites, si la culture est autorisée, afin de réduire le risque. J’estime que cet examen des coûts, s’il convient de le faire, doit avoir lieu au cours de la première étape. Dans la mesure où la Cour tient compte de la question des coûts du régime lorsqu’il s’agit de justifier une atteinte, elle fait montre de scepticisme. La raison pour laquelle il convient de faire montre de scepticisme, le point de vue trop facile selon lequel les budgets l’emportent sur les droits, est bien énoncée au paragraphe suivant (*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, au paragraphe 72) :

Il s’ensuit, me semble-t-il, que les tribunaux continueront de faire montre d’un grand scepticisme à l’égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la *Charte*. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la *Charte* étant donné qu’il y a *toujours* des restrictions budgétaires et que le gouvernement a *toujours* d’autres priorités urgentes. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités. On ne saurait affirmer qu’en évaluant, comme il l’a fait en l’espèce, un retard dans l’échéancier établi pour réaliser l’équité salariale en fonction de la fermeture de centaines de lits d’hôpitaux, le gouvernement entreprend une démarche « dont le seul objectif est d’ordre financier ». L’évaluation qu’il fait porte autant sur des valeurs sociales que sur des questions d’argent. Dans le cas qui nous occupe, l’« effet possible » est une somme de 24 millions de dollars qui représente plus de 10 pour 100 du déficit budgétaire prévu pour 1991-1992. Le retard dans la réalisation de l’équité salariale est quelque chose d’extrêmement grave, mais c’est également le cas (par exemple) de la mise à pied de 1 300 employés permanents, de 350 employés à temps partiel et de 350 employés saisonniers, et lorsqu’il est question de priver le public de leurs services. [Italiques dans l’original.]

[270] Troisièmement, si les risques pour la santé et la sécurité sont reconnus, particulièrement en ce qui

abuse, the restriction has no connection to outdoor cultivation as the evidence adduced was largely in the context of indoor cultivation at residential dwellings. More obviously, the restriction catches those whose health and safety were never at risk. Additionally, indoor cultivation issues can be addressed. As mentioned above, the restriction is contrary to both elements of the objective.

[271] Therefore, in addition to being arbitrary, the law is overbroad.

(5) Grossly Disproportionate

(a) *Law*

[272] The Supreme Court in *Bedford* stated the following with respect to gross disproportionality (at paragraphs 120–122):

Gross disproportionality asks a different question from arbitrariness and overbreadth. It targets the second fundamental evil: the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported. The rule against gross disproportionality only applies in extreme cases where the seriousness of the deprivation is totally out of sync with the objective of the measure. This idea is captured by the hypothetical of a law with the purpose of keeping the streets clean that imposes a sentence of life imprisonment for spitting on the sidewalk. The connection between the draconian impact of the law and its object must be entirely outside the norms accepted in our free and democratic society.

Gross disproportionality under s. 7 of the *Charter* does not consider the beneficial effects of the law for society. It balances the negative effect on the individual against the purpose of the law, not against societal benefit that might flow from the law. As this Court said in *Malmo-Levine*:

In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types

concerne la moisissure, les incendies et une possible utilisation de nature criminelle, la restriction n'a aucun lien avec la culture extérieure puisque la preuve présentée avait trait en grande partie à la culture résidentielle intérieure. De façon évidente, la restriction englobe ceux dont la santé et la sécurité n'ont jamais été exposées à des risques. De plus, les problèmes de la culture intérieure peuvent être réglés. Comme il a déjà été mentionné, cela est contraire aux deux éléments de l'objectif.

[271] Donc, en plus d'être arbitraire, la loi a une portée excessive.

5) Disproportion totale

a) *La loi*

[272] La Cour suprême, dans l'arrêt *Bedford*, a déclaré ce qui suit au sujet de la disproportion totale (aux paragraphes 120 à 122) :

La disproportion totale s'attache à d'autres éléments que ceux considérés pour le caractère arbitraire et la portée excessive. Elle vise la seconde faille fondamentale, à savoir le fait que les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. La règle qui exclut la disproportion totale ne s'applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif de la mesure. Pour illustrer cette idée, prenons l'hypothèse d'une loi qui, dans le but d'assurer la propreté des rues, infligerait une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque cracherait sur le trottoir. Le lien entre les répercussions draconiennes et l'objet doit déborder complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique.

L'analyse de la disproportion totale au regard de l'art. 7 de la *Charte* ne tient pas compte des avantages de la loi pour la société. Elle met en balance l'effet préjudiciable sur l'intéressé avec l'objet de la loi, et non avec l'avantage que la société peut retirer de la loi. Comme le dit notre Cour dans *Malmo-Levine* :

Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application

of social and economic harms that generally have no place in s. 7. [para. 181]

Thus, gross disproportionality is not concerned with the number of people who experience grossly disproportionate effects; a grossly disproportionate effect on one person is sufficient to violate the norm. [Italics in original; underlining added.]

(b) *Positions—Summary*

[273] The plaintiffs submit that the state does not have a legitimate interest in prohibiting medicinal marijuana patients from producing medicine for their own personal consumption, possessing more than 150 grams or choosing modes of ingestion other than smoking the dried cannabis. Even if those interests are legitimate, the criminalization of the conduct is far too extreme of a response.

[274] In this aspect of section 7, the Court is concerned with the negative effect on the individual balanced against the purpose of the restriction. A grossly disproportionate effect on one patient alone is sufficient to violate this principle of fundamental justice. Here, the purpose of the law is to protect the health and safety of medical cannabis consumers (or the public, on a broader conception of the objective). The negative effects of the law on patients include the imposition of criminality; the attendant negatives that flow from criminalizing; the stripping away of autonomy and choice in medical decision-making; tacitly forcing some patients to choose between an adequate supply of medicine and institutionalized poverty; the forced ingestion of cannabis medicine by smoking or vaporization with the attendant harms on account of the restrictions on permissible forms of marijuana; and the removal of the benefits of oral and topical modes of ingestion.

[275] The plaintiffs submit that the restriction's negative impact on liberty and security of the person is very

de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7. [par. 181]

Il peut y avoir disproportion totale indépendamment du nombre de personnes touchées; un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit. [Italiques dans l'original; soulignement ajouté.]

b) *Les points de vue — Résumé*

[273] Les demandeurs prétendent que l'État n'a pas un intérêt légitime à interdire aux patients qui consomment de la marijuana à des fins médicales de produire un médicament pour leur consommation personnelle, d'avoir en leur possession plus de 150 grammes ou de choisir des modes d'ingestion autre que celui qui consiste à fumer du cannabis séché. Même si ces intérêts sont légitimes, la criminalisation de l'acte est une réponse beaucoup trop extrême.

[274] En ce qui a trait à cet aspect de l'article 7, la Cour est préoccupée par l'effet préjudiciable sur la personne par rapport à l'objet de la restriction. Un effet d'une disproportion totale à l'égard d'un seul patient est suffisant pour qu'il soit porté atteinte à ce principe de justice fondamentale. En l'espèce, la loi a pour objet de protéger la santé et la sécurité des consommateurs de cannabis à des fins médicales (ou du public, selon une conception plus vaste de cet objectif). Les effets préjudiciables de la loi sur les patients comprennent ce qui suit : l'imposition de la criminalité; les conséquences défavorables découlant de la criminalisation; la privation de l'autonomie et de la possibilité de faire un choix en ce qui concerne la prise de décisions d'ordre médical; l'imposition tacite à certains patients de l'obligation de choisir entre une quantité adéquate de médicaments et la pauvreté institutionnalisée; le fait d'être obligé de consommer du cannabis à des fins médicales par inhalation ou grâce à un nébuliseur et les conséquences connexes de ces modes de consommation en raison des restrictions imposées quant aux formes de marijuana autorisées; la perte des avantages liés à l'administration par voie orale ou topique.

[275] Les demandeurs prétendent que l'incidence défavorable de la restriction sur la liberté et la sécurité

high. The law imposes unnecessary suffering on some patients, deprives them of self-determination in respect of what they do with their own bodies and confines their choice in how to ingest cannabis to options that are more harmful, less effective and often impractical or impossible.

[276] Further, those who are unable to afford LP prices will continue to be placed in a position where they have to choose between their liberty and their health. Patient health will be negatively impacted if they are unable to access sufficient amounts of the medicine. The plaintiffs use the example of Ms. Beemish and Mr. Hebert. It is submitted that Ms. Beemish is suffering grossly disproportionate consequences by having to go without her medicine to the point of lengthy hospitalization, and both are at a risk of grossly disproportionate consequences if Mr. Hebert decides to continue to produce for her notwithstanding the lack of authority to do so under the MMPR.

[277] The defendant states that the possibility of incarceration as a deterrent for deliberately growing marijuana is not grossly disproportionate to its purposes, particularly given the lack of mandatory minimum sentence. In *Malmo-Levine*, the Supreme Court stated, at paragraph 158 that “the lack of any mandatory minimum sentence together with the existence of well-established sentencing principles mean that the mere availability of imprisonment on a marijuana charge cannot, without more, violate the principle against gross disproportionality.”

(c) *Analysis*

[278] It is unnecessary to conduct an analysis on gross disproportionality after considering arbitrariness and overbreadth. The considerations assessed under those principles are sufficient to deem the restriction contrary to the principles of fundamental justice.

de la personne est très importante. La loi impose des souffrances inutiles à certains patients, les prive de la possibilité de décider ce qu'ils veulent faire de leurs corps et limite leurs choix de modes de consommation du cannabis à des modes qui sont plus nuisibles, moins efficaces et souvent peu pratiques ou impossibles.

[276] En outre, les personnes qui n'ont pas les moyens de payer les prix demandés par les PA continuent de se trouver dans une position où ils doivent choisir entre leur liberté et leur santé. L'état de santé des patients va se détériorer si ceux-ci sont incapables d'avoir accès à des quantités suffisantes de médicaments. Les demandeurs ont cité l'exemple de M<sup>me</sup> Beemish et M. Hebert. Ils ont prétendu que M<sup>me</sup> Beemish subit des conséquences totalement disproportionnées, car elle doit se passer de ses médicaments et que cela a pour conséquence qu'elle doit être hospitalisée pendant de longues périodes de temps, et qu'elle et M. Hebert risquent de subir des conséquences totalement disproportionnées si celui-ci décide de continuer à produire pour elle, malgré qu'il n'y soit pas autorisé en vertu du RMFM.

[277] La défenderesse affirme que la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement afin de dissuader quiconque de cultiver de la marijuana, n'est pas totalement disproportionnée par rapport à ses objectifs, particulièrement en raison du fait qu'il n'existe aucune peine minimale obligatoire. Dans l'arrêt *Malmo-Levine*, la Cour suprême a déclaré, au paragraphe 158 que « l'absence de peine minimale obligatoire et l'existence de principes de détermination de la peine bien établis signifient que la possibilité d'emprisonnement pour une infraction liée à la marijuana ne saurait à elle seule constituer une mesure dont la disproportion est exagérée ».

c) *Analyse*

[278] Il n'est pas nécessaire d'effectuer une analyse quant à la disproportion totale après avoir examiné les questions du caractère arbitraire et de la portée excessive. Les éléments évalués en vertu de ces principes sont suffisants pour conclure que la restriction est contraire aux principes de la justice fondamentale.

### C. Section 1

[279] As outlined above, the objective of the prohibition is the same in both section 7 and section 1 analyses. Accordingly, the same disconnect between the prohibition and its object that renders the restrictions arbitrary or overbroad under section 7 frustrates the requirement under section 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective and minimally impairing.

[280] The section 1 analysis applicable in the present case is well supported by the Supreme Court's reasons in *Smith*, at paragraph 29:

The remaining question is whether the Crown has shown this violation of s. 7 to be reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. As explained in *Bedford*, the s. 1 analysis focuses on the furtherance of the public interest and thus differs from the s. 7 analysis, which is focused on the infringement of the individual rights: para. 125. However, in this case, the objective of the prohibition is the same in both analyses: the protection of health and safety. It follows that the same disconnect between the prohibition and its object that renders it arbitrary under s. 7 frustrates the requirement under s. 1 that the limit on the right be rationally connected to a pressing objective (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Like the courts below, we conclude that the infringement of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Charter*.

[281] A “minimal impairment” type of analysis is appropriate at this section 1 stage as set out in *Bedford*, at paragraphs 161 and 162:

The appellant Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1 of the *Charter*. Only the Attorney General of Canada addressed this in his factum, and then, only briefly. I therefore find it unnecessary to engage in a full s. 1 analysis for each of the impugned provisions. However, some of their arguments under s. 7 of the *Charter* are properly addressed at this stage of the analysis.

### C. L'article premier

[279] Tel que mentionné ci-dessus, l'objectif de l'interdiction est le même dans l'analyse fondée sur l'article 7 et dans l'analyse fondée sur l'article premier. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet, qui rend les restrictions arbitraires et de portée excessive pour l'application de l'article 7, fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent et selon laquelle la restriction doit donner lieu à une atteinte minimale.

[280] L'analyse fondée sur l'article premier qui est applicable en l'espèce est bien énoncée dans les motifs rendus par la Cour suprême dans l'arrêt *Smith*, au paragraphe 29 :

Il nous reste à déterminer si le ministère public a démontré que cette violation de l'art. 7 est raisonnable et si sa justification peut se démontrer au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué dans l'arrêt *Bedford*, l'analyse fondée sur l'article premier se concentre sur la protection de l'intérêt public et diffère donc de l'analyse fondée sur l'art. 7, qui est axée sur la violation de droits individuels (par. 125). Cependant, l'objectif de l'interdiction en l'espèce est le même dans les deux analyses : la protection de la santé et de la sécurité. Par conséquent, la même absence de lien entre l'interdiction et son objet qui rend l'interdiction arbitraire pour l'application de l'art. 7 fait échec à l'exigence de l'article premier selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre la restriction du droit et un objectif urgent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). À l'instar des juridictions inférieures, nous concluons que l'atteinte portée à l'art. 7 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[281] Comme il a été énoncé dans l'arrêt *Bedford*, aux paragraphes 161 et 162, il convient à ce stade de faire une analyse du type « atteinte minimale » :

Les procureurs des appelants ne prétendent pas sérieusement que si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Seul le procureur général du Canada aborde le sujet dans son mémoire, et ce, brièvement. Il m'apparaît donc inutile de me livrer à une analyse exhaustive au regard de l'article premier pour chacune des dispositions attaquées. Par contre certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 de la

In particular, the Attorneys General attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships, which can be difficult to identify. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships.

[282] I agree that the plaintiffs have, on a balance of probabilities, demonstrated that cannabis can be produced safely and securely with limited risk to public safety and consistently with the promotion of public health. I again emphasize that the object of the restriction is not to eliminate the risk to health and safety but to reduce it, and on that conception, there are very simple measures that can be taken to minimally impact the section 7 interests.

[283] Accepting that fire, mould, diversion, theft and violence are risks that inherently exist to a certain degree—although I note that these risks were not detailed—this significant restriction punishes those who are able to safely produce by abiding with local laws and taking simple precautions to reduce such risk. A complete restriction is not minimal impairment. As mentioned above, the mould and fire risks are addressed by complying with the *Safety Standards Act* and installing proper ventilation systems. Further, as demonstrated by the plaintiffs, a security system reduces risk of theft and violence. Finally, risk of diversion is also present in the LP regime; thus, it is not demonstrated how this restriction has the effect of reducing this risk.

*Charte* sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse.

En particulier, les procureurs généraux tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation, lesquelles peuvent être difficiles à cerner. Or, la disposition vise non seulement le chauffeur ou le garde du corps, qui peut être en fait un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. une réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur l'effet préjudiciable qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité, et, peut-être leur sauver la vie.

[282] Je conviens que les demandeurs ont démontré, selon la prépondérance des probabilités, que le cannabis peut être produit de façon sécuritaire tout en limitant les risques pour la sécurité du public et tout en favorisant la santé publique. Je souligne encore une fois que la restriction ne vise pas à éliminer les risques pour la santé et la sécurité, mais à les réduire et, compte tenu de cette conception, des mesures très simples peuvent être prises pour que les incidences sur les droits garantis à l'article 7 soient minimales.

[283] Je reconnais que les incendies, la moisissure, le détournement, le vol et la violence sont des risques qui existent dans une certaine mesure, mais je souligne que ceux-ci n'ont pas été précisés, cette importante restriction punit les personnes qui sont capables de produire de façon sécuritaire, en respectant les lois locales et en prenant des précautions simples en vue de réduire de tels risques. Une restriction complète n'est pas une atteinte minimale. Comme il a déjà été mentionné, le problème des risques de moisissures et d'incendie est réglé par l'observation de la *Safety Standards Act* et l'installation de systèmes de ventilation adéquats. En outre, comme l'ont démontré les demandeurs, un système de sécurité permet de réduire tous les risques de vol et de violence. Enfin, le risque de détournement est également présent dans le régime applicable aux producteurs autorisés; par conséquent, il n'a pas été démontré comment cette restriction a pour effet de réduire ces risques.

[284] The defendant's section 1 argument must fail for the same reasons that I have found the restriction arbitrary and overbroad.

[285] I conclude that the infringement of section 7 is not justified under section 1 of the Charter.

*D. Possession Limits—Specific Issue*

[286] The plaintiffs argue the 150-gram restriction is overbreadth and disproportional, while the defendant approaches the restriction separately. Specifically, the plaintiffs argue that the 150-gram possession restriction limits their freedom of movement and ability to travel; that the state does not have a legitimate interest in this prohibition; and that it does not acknowledge those who possess it safely without endangering others.

[287] I agree with the defendant, in the section 7 analysis, that the burden is on the plaintiffs to establish that the 150-gram possession limit impacts them in a significant way. Although the plaintiffs may have to purchase their marijuana more frequently and restrict the number of days they travel or transport the drug because of this restriction, the cap is not overbroad or grossly disproportionate because it bears a connection to the objective—it reduces the implied risk of theft, violence and diversion for which there has been no substantial or persuasive evidence.

[288] Overall, this restriction is significantly different than the restriction on cultivation as the cultivation restriction is a complete ban without minimal impairment that affects individuals adversely to the legislation's objective. The possession cap still allows one to possess more than their necessary amount of marijuana. There is nothing stopping Parliament from legislating cultivation in a similar way that ensures that significant measures are taken to reduce risk, such as mandatory

[284] L'argument de la défenderesse fondé sur l'article premier doit être rejeté pour les mêmes raisons qui m'ont amené à conclure que la restriction est arbitraire et de portée excessive.

[285] Je conclus que l'atteinte à l'article 7 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

*D. Limites de possession — Question particulière*

[286] Les demandeurs soutiennent que la restriction selon laquelle on ne peut pas posséder plus de 150 grammes est d'une portée excessive et est disproportionnée, alors que la défenderesse aborde la question de restriction de manière distincte. En particulier, les demandeurs affirment que l'interdiction de posséder plus de 150 grammes limite leur liberté de mouvement et leur capacité de se déplacer, que l'État n'a aucun droit légitime d'imposer cette interdiction et qu'il ne tient pas compte des personnes qui possèdent du cannabis de manière sécuritaire sans compromettre la sécurité des autres.

[287] Je souscris à l'argument de la défenderesse, dans l'analyse fondée sur l'article 7, selon lequel il incombe aux demandeurs de démontrer que la restriction qui interdit une possession de plus de 150 grammes a une incidence importante sur eux. Bien qu'ils soient peut-être obligés d'acheter de la marijuana plus fréquemment et de limiter le nombre de jours pendant lesquels ils peuvent se déplacer ou transporter la drogue, la limite n'a pas de portée excessive et n'est pas totalement disproportionnée et elle a un lien avec l'objectif : elle réduit le risque intrinsèque de vol, de violence et de détournement à l'égard duquel aucune preuve importante ou convaincante n'a été soumise.

[288] Dans l'ensemble, la restriction en question est très différente de la restriction concernant la culture étant donné que celle-ci constitue une interdiction totale qui ne porte pas une atteinte minimale, ce qui a des effets défavorables sur les personnes contrairement à l'objectif visé par la loi. Selon la limite de possession, une personne peut posséder une quantité de marijuana qui est plus que ce qui lui est nécessaire. Rien n'empêche le législateur de légiférer sur la culture de manière à veiller

installation of security or ventilation systems (assuming that these measures are constitutionally sound).

### VIII. Conclusion

[289] For all these reasons, the Court has concluded that the plaintiffs have established that their section 7 Charter rights have been infringed by the MMPR and that such infringement is not in accordance with the principles of fundamental justice or otherwise justified under section 1.

### IX. Disposition and Remedy

[290] For these reasons, I find that the MMPR regime infringes the plaintiffs' section 7 Charter rights and such infringement is not justified.

[291] In several decisions regarding the MMAR, the Courts have struck out either certain provisions or certain words in certain provisions, but otherwise left the structure of the regulation in place. Most of these decisions related to criminal charges where such narrow, feasible and effective excising was appropriate.

[292] In the present case, the attack has been on the structure of the new regulation. It would not be feasible or effective to strike certain words or provisions. That exercise would eviscerate the regulation and leave nothing practical in place.

The defendant has recognized the integrated nature of the MMPR provisions.

[293] It is neither feasible nor appropriate to order the defendant to reinstate the MMAR (as amended by current jurisprudence). It is not the role of the Court to impose regulations. The MMAR may be a useful model for subsequent consideration; however, it is not the only model, nor is a MMAR-type regime the only medical

à ce que des mesures importantes soient prises pour réduire le risque, telles que l'installation obligatoire de systèmes de sécurité ou de ventilation (étant entendu que ces mesures doivent être conformes à la Constitution).

### VIII. Conclusion

[289] Pour les motifs qui précèdent, la Cour a conclu que les demandeurs ont démontré que le RMFM porte atteinte à leurs droits garantis par la Charte, particulièrement les droits garantis par l'article 7, et qu'une telle atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale ni n'est par ailleurs justifiée au regard de l'article premier.

### IX. Décision et réparation

[290] Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que le régime du RMFM porte atteinte aux droits des demandeurs garantis par l'article 7 de la Charte et qu'une telle atteinte n'est pas justifiée.

[291] Dans de nombreuses décisions portant sur le RAMFM, les tribunaux ont radié certaines dispositions ou certains termes figurant dans les dispositions, mais n'ont pas modifié la structure du règlement. Il convenait dans ces décisions, lesquelles avaient trait à des accusations criminelles, de faire de telles radiations restreintes, possibles et efficaces.

[292] En l'espèce, la contestation porte sur la structure du nouveau règlement. Il ne serait pas possible ni efficace de radier certains termes ou certaines dispositions. Cet exercice viderait le règlement de sa substance et ne laisserait en place aucune disposition pratique.

La défenderesse a reconnu que les dispositions du RMFM forment un tout intégré.

[293] Il n'est ni possible ni approprié d'ordonner à la défenderesse de rétablir le RAMFM (tel qu'il a été modifié par la jurisprudence actuelle). Il n'est pas de la responsabilité de la Cour d'imposer des règlements. Le RAMFM peut constituer un modèle utile pour un examen ultérieur. Toutefois, il n'est pas le seul modèle, pas



marihuana regime, as experience from other countries has shown.

[294] The remedy considerations are further complicated by the fact that there is no attack on the underlying legislation. Striking down the MMPR merely leaves a legislative gap where possession of marihuana continues as a criminal offence. Absent a replacement regulation or exemption, those in need of medical marihuana—and access to a Charter compliant medical marihuana regime is legally required—face potential criminal charges.

[295] It would be possible for the Court to suspend the operation of the provisions which make it an offence to possess, use, grow and/or distribute marihuana for those persons holding a medical prescription or medical authorization. However, this is a blunt instrument which may not be necessary if a Charter compliant regime were put in place or different legislation were passed.

[296] The appropriate resolution, following the declaration of invalidity of the MMPR, is to suspend the operation of the declaration of invalidity to permit Canada to enact a new or parallel medical marihuana regime. As this regime was created by regulation, the legislative process is simpler than the requirement for Parliament to pass a new law.

[297] The declaration will be suspended for six months to allow the government to respond to the declaration of invalidity.

[298] The plaintiffs have been successful and have brought a case that benefits the public at large. They shall have their costs on a substantial indemnity basis in an amount to be fixed by the Court.

plus que le régime du type du RAMFM n'est pas le seul régime de marihuana à des fins médicales, comme l'expérience dans d'autres pays l'a démontré.

[294] Les questions liées à la réparation sont davantage compliquées par le fait que la loi habilitante n'est pas contestée. L'abrogation du RMFM crée tout simplement un vide juridique dans lequel la possession de la marihuana demeure une infraction criminelle. En l'absence d'un règlement de rechange ou d'une exemption, les personnes qui ont besoin de marihuana à des fins médicales — et étant donné que l'accès à un régime de marihuana à des fins médicales conforme à la Charte est juridiquement nécessaire — risquent de voir des accusations criminelles portées contre elles.

[295] La Cour pourrait suspendre l'application des dispositions qui érigent en infraction la possession, la consommation, la culture et/ou la distribution de la marihuana par des personnes qui possèdent une autorisation ou une ordonnance médicale. Toutefois, il s'agit d'un instrument rudimentaire qui pourrait ne pas être nécessaire si un régime conforme à la Charte était établi ou qu'une loi différente était adoptée.

[296] La solution appropriée, à la suite de la déclaration d'invalidité du RMFM, consiste à suspendre l'application de la déclaration d'invalidité afin de permettre au Canada d'adopter un nouveau régime ou un régime parallèle de marihuana à des fins médicales. Étant donné que ce régime a été créé par règlement, le processus législatif est plus simple que de demander au législateur d'adopter une nouvelle loi.

[297] La déclaration sera suspendue pendant six mois afin de permettre au gouvernement de répondre à la déclaration d'invalidité.

[298] Les demandeurs ont eu gain de cause et ont porté devant les tribunaux une affaire qui profite au public dans son ensemble. Ils ont droit aux dépens, sur une base substantielle, dont le montant sera fixé par la Cour.

## SCHEDULE A

**PLAINTIFFS' LAY WITNESSES**

Neil Allard-Plaintiff  
 Shawn Davey/Brian Alexander-Plaintiffs  
 Tanya Beemish/Dave Hebert-Plaintiffs  
 Mike King-Fact Witness on LP situation  
  
 Jason Wilcox-Fact Witness on MMAR Coalition  
  
 Danielle Lukiv-Fact Witness on MMAR Complaints  
  
 Jamie Shaw-Fact Witness on Dispensaries in Canada  
  
 Eric Nash-Fact Witness on MMAR/MMPR

**PLAINTIFFS' EXPERT WITNESSES**

Zachary Walsh-Expert on Affordability and Access and on Medical Evidence including Strain and Dosage  
  
 David Pate-Expert on Botany and Pharmacology  
 Caroline Farris-Rebuttal Expert on Use and Dosage  
  
 Robert Clarke-Rebuttal Expert on Cannabis Use  
  
 Remo Colasanti-Expert on Cultivation  
 Thomas Baumann-Expert on Horticulture  
 Eric Nash-Expert on MMAR/MMPR  
 Jason Schut-Rebuttal Expert on Mould Remediation  
  
 Tim Moen-Rebuttal Expert on Fire Risk  
  
 Robert Boileau-Rebuttal Expert on Fire Safety  
  
 Scott Wilkens-Expert on Insuring Properties  
 Susan Boyd-Key Rebuttal Expert (Community Impacts)  
  
 Paul Armentano-Rebuttal Expert (United States)

**DEFENDANT'S LAY WITNESSES**

Jocelyn Kula-Fact Witness on Regulatory Structure

## ANNEXE A

**TÉMOINS ORDINAIRES DES DEMANDEURS**

Neil Allard-Le demandeur  
 Shawn Davey/Brian Alexander-Les demandeurs  
 Tanya Beemish/Dave Hebert-Les demandeurs  
 Mike King-Témoin des faits au sujet de la situation des producteurs autorisés  
 Jason Wilcox-Témoin des faits au sujet de la coalition relative au RAMFM  
 Danielle Lukiv-Témoin des faits au sujet des plaintes relatives au RAMFM  
 Jamie Shaw-Témoin des faits au sujet des comptoirs au Canada  
 Eric Nash-Témoin des faits au sujet du RAMFM/RMFM

**TÉMOINS EXPERTS DES DEMANDEURS**

Zachary Walsh-Expert en ce qui a trait à l'abordabilité et l'accès et en ce qui a trait à la preuve médicale, y compris les souches et les doses  
 David Pate-Expert en botanique et en pharmacologie  
 Caroline Farris-Expert en consommation et en doses présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve  
 Robert Clarke-Expert en consommation du cannabis présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve  
 Remo Colasanti-Expert en matière de culture  
 Thomas Baumann-Expert en matière d'horticulture  
 Eric Nash-Expert sur le RAMFM/RMFM  
 Jason Schut-Expert en traitement de la moisissure présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve  
 Tim Moen-Expert en risques d'incendie présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve  
 Robert Boileau-Expert en sécurité-incendie présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve  
 Scott Wilkens-Expert en matière d'assurance de biens  
 Susan Boyd-Expert (incidences sur la collectivité) présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve  
 Paul Armentano-Expert (États-Unis) présenté par la défenderesse dans le cadre de sa contre-preuve

**TÉMOINS ORDINAIRES DE LA DÉFENDERESSE**

Jocelyn Kula-Témoin des faits au sujet de la structure réglementaire

Eric Ormsby-Fact Witness on Treatment of Other Drugs	Eric Ormsby-Témoign des faits au sujet du traitement d'autres drogues
Jeannie Ritchot-Fact Witness on MMPR and MMAR	Jeannie Ritchot-Témoign des faits au sujet du RAMFM et du RMFM
Todd Cain-Fact Witness on MMPR and Industry Status	Todd Cain-Témoign des faits au sujet du RMFM et de la situation dans l'industrie

**DEFENDANT'S EXPERT WITNESSES**

Dr. Grootendorst-Expert on Cost Economics  
 Yehuda Baruch-Expert on Cannabis Use in Israel  
 Paul Daenick-Expert on Cannabis Use and Dosage  
 Harold Kalant-Expert on Medical Cannabis Use  
 John David Miller-Expert on Mould  
 Len Garis-Expert on Fire Risk  
 Shane Holmquist-Expert on Safety Risk  
 Larry Dybvig-Expert on Property Value  
 Catherine Sandovos-Expert on Regulatory Structure (Netherlands)  
 Hendrik J. Van Den Bos-Expert on Medical Practises (Netherlands)  
 Richard Bardenstein-Expert on Regulatory Structure (Israel)  
 Mahmoud ElSohly-Expert on US Preferred Cultivation (United States)  
 Lynn Mehler-Expert on Legislative Structure (United States)  
 Robert Mikos-Expert on Marihuana Law (United States)

**TÉMOINS EXPERTS DE LA DÉFENDERESSE**

Monsieur Grootendorst-Expert en économie des coûts  
 Yehuda Baruch-Expert sur la consommation du cannabis en Israël  
 Paul Daenick-Expert sur la consommation du cannabis et les doses  
 Harold Kalant-Expert sur la consommation du cannabis à des fins médicales  
 John David Miller-Expert en moisissures  
 Len Garis-Expert en matière de risque d'incendie  
 Shane Holmquist-Expert en matière de sécurité-incendie  
 Larry Dybvig-Expert en valeur de biens immobiliers  
 Catherine Sandovos-Expert en matière de structure réglementaire (Pays-Bas)  
 Hendrik J. Van Den Bos-Expert en pratiques médicales (Pays-Bas)  
 Richard Bardenstein-Expert en matière de structure réglementaire (Israël)  
 Mahmoud ElSohly-Expert sur les cultures privilégiées aux États-Unis (États-Unis)  
 Lynn Mehler-Expert en matière de structure législative (États-Unis)  
 Robert Mikos-Expert sur le droit de la marihuana (États-Unis)



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## ABORIGINAL PEOPLES

Judicial review of Specific Claims Tribunal Canada decision (2014 SCTC 3) dated February 28, 2014 holding that respondent validly establishing specific claims against Canada under *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, ss. 14(1)(b),(c) — Act, s. 14(2) explaining that, for specific claims under ss. 14(1)(a),(b),(c), “the Crown” may include Sovereign of Great Britain, colonies thereof — However, where claim relating to legal obligation to be performed in area not within Canada’s boundaries at the time, “the Crown” only meaning Sovereign of Great Britain, colonies thereof to extent legal obligation or any liability relating to its breach or non-fulfilment becoming responsibility of the Crown in right of Canada — Tribunal finding Canada liable under s. 14(1)(b) for breaches of legislation, fiduciary duty by colony, liable under s. 14(1)(c) for breach of fiduciary duty by Canada — Determinative issue whether Canada’s actions subsequent to British Columbia’s entry into Confederation remedying any possible earlier breaches by colony, fulfilling any possible fiduciary duty owed to respondents on part of Canada — Duty by Canada to act honourably, fairly, discharged herein — Error for Tribunal to conclude subsequent actions of Canada not remedying any possible breach of fiduciary duty owed to respondent before 1871 — Act, s. 14(2) not providing separate ground upon which to claim compensation with respect to colony — Rather, s. 14(2) providing that for purposes of applying ss. 14(1)(a),(b),(c), reference to Crown including former colony, stating that any liability relating to former colony’s breach or non-fulfillment of ss. 14(1)(a),(b),(c) existing only “to the extent” becoming responsibility of Crown in right of Canada — In this case, Canada’s subsequent actions through allotment of Allotment Lands in 1881, accepted by respondent, remedying any possible earlier breach by former colony — Therefore, no liability established which could become responsibility of Crown in right of Canada — Application allowed; specific claim dismissed.

CANADA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) V. WILLIAMS LAKE INDIAN BAND (A-168-14, 2016 FCA 63, Near J.A., judgment dated February 29, 2016, 46 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

#### Detention and Release

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (I.R.B.) decisions (January, February 2016) ordering respondent’s release from detention notwithstanding that, in previous reviews for more than two years, respondent held in custody as being danger to public, flight risk — Judicial review granted in favour of applicant in earlier decision (2016 FC 288); present judgment constituting reasons thereof — Applicant persistent criminal, Rwandan refugee, inadmissible to Canada, considered danger to people of Canada — Canada Border Services Agency legally obliged to return respondent to Rwanda as soon as possible but serious roadblocks existing — Rwandan authorities requiring that applicant: sign certain documents which respondent refusing to do; possess certified identity documents which respondent not having — Respondent held in detention for over two years with detentions being subject to 30-day reviews in accordance with *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 57 — With one earlier exception, detentions always maintained until January 2016 when respondent ordered released on

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**—Continued

conditions — Applicant immediately seeking stay of release order; both interim stay, stay of release granted pending outcome of applicant's application for leave, judicial review — Whether I.R.B. decisions reasonable; whether open to I.R.B. in February to order respondent's release given that Court staying respondent's January order pending outcome of applicant's application for leave, judicial review if granted — Regarding I.R.B.'s January 2016 decision, I.R.B. concluding that respondent could be subject to indefinite detention given respondent's particular circumstances; also holding that respondent changing since overcoming alcohol addiction, taking anger management courses — Therefore, I.R.B. concluding respondent should be released — I.R.B.'s decision unreasonable: record not supporting I.R.B.'s conclusions, particularly regarding respondent's alcohol problem or that respondent would comply with terms of release given respondent's previous failures to abide therewith — I.R.B.'s decision not within range of reasonable outcomes, made without regard to material in record, contrary to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 — Analysis of January 2016 decision also applying to I.R.B.'s February 2016 decision — When respondent served in person with Federal Court's interim order, respondent acting wildly, aggressively but I.R.B. not concerned with respondent's display; justifying behaviour by respondent's complete astonishment that initial release order now being stayed — I.R.B.'s analysis astonishing; respondent not having anger issues under control; behaviour exhibited consistent with previous random attacks on strangers on street — Completely unreasonable for I.R.B. to hold that respondent not constituting danger to public — Disconcerting that individual held in detention for more than two years as being danger to public can be ordered released with immediate effect — Not much guidance existing in cases whereby I.R.B. ordering release of individual whereas Court ordering stay of release — Federal Court of Appeal decision in *Sungu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 5 examined since having similar facts — In *Sungu*, question raised regarding I.R.B.'s jurisdiction to trump Federal Court order relating to detention reviews but question not clearly addressed therein — Would be far better if one were to order release in subsequent detention review that this release be subject to outcome of judicial review in which Federal Court having already granted stay of release — Would then fall upon detainee, not applicant, to move Court to have earlier stay set aside in accordance with *Federal Courts Act*, s. 50 — Application allowed.

CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) v. LUNYAMILA (IMM-63-16, IMM-502-16, 2016 FC 289, Harrington J., judgment dated March 7, 2016, 12 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Appeal from Citizenship Judge decision finding applicant not meeting residence requirement under *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c) — Applicant attending university in Canada, becoming permanent resident — Having less than required 1 095 days of physical presence — Requesting that Citizenship Judge (Judge) apply qualitative test from *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.) — Judge adopting analytical approach in *Pourghasemi (Re)* (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 259 (F.C.T.D.) wherein potential citizen having to establish physical presence in Canada — Applicant relying on *Dina v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 712, stating, *inter alia*, not advised of test Judge intending to apply — Whether: Judge breaching duty of procedural fairness owed to applicant; principle of judicial comity requiring Court to find breach of procedural fairness — Duty of procedural fairness met in present case — Any of three approaches to concept of residence can be applied by citizenship judges — Citizenship judges having to indicate in decision which test applied — Citizenship Judge herein clearly indicating in decision which test applied — Applicant's submission before Citizenship Judge that *Koo* test should apply demonstrates he did not have legitimate expectation that *Koo* would be applied — Duty of procedural fairness owed to applicants by citizenship judges at lower end of spectrum — Applicant knew he had to meet either quantitative or qualitative test — No enhanced duty of procedural fairness requiring Judge to advise applicant that inclination was to apply particular test, invite rebuttal — Breach of procedural fairness not arising because applicant not alerted to something applicant clearly aware of, including state of the law — Judicial comity not at stake herein — Issue not same as in *Dina* — Appeal dismissed.

FAZAIL v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-969-15, 2016 FC 111, Kane J., judgment dated February 1, 2016, 20 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded***Permanent Residents*

Applications for writ of *mandamus* compelling respondent to process applicants' permanent residence applications under federal skilled worker (FSW) class, which class terminated by *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 87.4(1) — Legislative amendments to Act eliminating legal obligation of Citizenship and Immigration Canada (CIC) to process every FSW application, request received — Act, s. 87.4 eliminating part of backlog of FSW applications by cancelling those made prior to February 27, 2008, where no selection decision made before March 29, 2012 — Protocol to promote expediency, better organize litigation prepared for litigants in pending FSW applications signed, two representative cases chosen for litigation — Court in *Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 758 granting *mandamus*, however later deciding relief in *Liang* not applying to FSW applications terminated by s. 87.4 — Principal issues whether protocol enforceable; whether s. 87.4 applicable, constitutional; whether respondent can be compelled to process applications; whether s. 87.4 breaching judicial independence, applicants' access rights; whether s. 87.4 abuse of process — Applicants having no vested rights to enforce — Protocol referring to "possible" disposition of remaining cases held in abeyance, meaning that disposition may not be possible — No evidence to suggest that respondent intended such an undertaking (i.e. that all applications would be dealt with) — No basis upon which to order *mandamus* based upon protocol alone — Applicants wrong to argue that the protocol is a final determination of the Court, so that all cases subject to the protocol are exempted from s. 87.4(1) by virtue of s. 87.4(2) — Protocol nothing more than case management device, not a final determination of the "application" — Act, s. 87.4(2) not exempting applicants from s. 87.4(1) — Section 87.4 valid legislation as found in *Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 377, [2014] 4 F.C.R. 150 — Doctrine of legitimate expectations not arising in present case — Respondent could not exercise public policy exemption under Act, s. 25.2 in favour of applicants — To do so would contradict will of Parliament embodied in s. 87.4(1) — Court cannot order respondent to do something that would be counter to Parliament's clearly expressed will — No evidence that in enacting s. 87.4 Parliament had intention of interfering with judicial discretion to consider *mandamus* cases before it — Court cannot grant those cases because respondent no longer having obligation to consider them under s. 87.4(1) — Termination of FSW applications as result of statutory provisions legitimately enacted by Parliament not abuse of process — Applications dismissed.

BACK V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6828-12, IMM-1-13, 2016 FC 257, Russell J., judgment dated February 29, 2016, 45 pp.)

**INCOME TAX****GIFTS**

Consolidated appeals from interlocutory order by Tax Court of Canada (T.C.C.) (2015 TCC 35) allowing respondent's motion to strike plea in appellant's amended notices of appeal — Plea in question invoking *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2, alleging that in assessing legal validity of gift under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), Parliament intending that uniform concept of gift in line with civil law of Quebec be applied across Canada — Assessments in issue disallowing in whole principal appellant's claimed tax credits respecting gifts made to registered charity pursuant to ITA, s. 118.1 — Appellant arguing, *inter alia*, entitled to tax credits claimed regarding portion of gifts exceeding value of any consideration received — T.C.C. striking down plea on basis doomed to fail — Whether arguable Parliament intending word "gift" in ITA, s. 118.1(3) to encompass split gifts, in line with notion recognized by civil law — T.C.C. discarding as "hopeless" contention that prior to 2002 amendments to ITA, Parliament could have intended to exclude common law meaning of "gift" in favour of civil law definition — Finding support for this assessment in Explanatory Notes accompanying 2002 amendments, rejecting any suggestion that prior case law could be read as recognizing validity of split gifts or that case law "murky" — Explanatory Notes suggesting state of case law in common law provinces not as certain as T.C.C. holding, need for clarification — In fact, some decisions acknowledging existence of split gift — Other decisions not clear or leaving question open — Thus cannot be said with certainty that meaning of "gift" prior to 2002 amendments excluding notion of split gift in common law provinces — Arguable Parliament intending to attribute to word "gift" meaning coinciding with civil law — Therefore, no basis for striking appellant's plea at present stage of proceedings — Appeals allowed.

FRENCH V. CANADA (A-102-15, 2016 FCA 64, Noël C.J., judgment dated February 29, 2016, 19 pp.)

## MARITIME LAW

Limitation of liability — In action taken by plaintiff wherein decision rendered (2016 FC 69), supplemental reasons issued pertaining to limitation of liability of defendants Maritime Marine Consultants (2003) Inc. (MMC), Donald Bremner, owner thereof (collectively defendants) pursuant to Art. 1(4) of *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*, as amended by the *Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*, being Schedule 1 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 — Whether defendants entitled to benefit of limitation pursuant to Art. 1(4) of Convention — Having to determine whether defendants herein constituting “persons” pursuant to Art. 1(4) for whose act, neglect or default plaintiff, as shipowner, responsible, thereby entitling defendants to limit liability — Plaintiff, “shipowner” as defined by Art. 1(2) of Convention — Defendants arguing constituting “persons” under Convention; that Art. 1(4) extending class of persons entitled to limit liability to include independent contractors, provided shipowner responsible for actions of independent contractor as matter of law — MMC contracting with plaintiff to provide naval architecture services for subject cargo move — Plaintiff, MMC having longstanding relationship, MMC providing expertise plaintiff not having — Defendants also providing advice on suitability, use of “SPM 125” (barge) for safe loading, transport of LP rotors — However, factual evidence not sufficient to make defendants “persons” for whose act, neglect or default plaintiff as shipowner “responsible”, entitling defendants to avail themselves of Art. 1(4) limitation — MMC independent corporate entity, not division of plaintiff — No evidence Bremner retained by plaintiff in personal capacity or employee thereof or acting other than as principal of MMC — Rather, MMC acting as independent contractor in providing naval architectural services to plaintiff — Relationship of employer, independent contractor typically not giving rise to claim for vicarious liability — In present case, evidence showing that plaintiff entering into contract for services with MMC; that MMC providing naval architectural services that plaintiff not having in-house; that plaintiff not supervising or controlling MMC’s work; that MMC independent corporate entity doing business on own account — In brief, nature of relationship between plaintiff, MMC not one attracting vicarious liability — Therefore, while MMC may have been retained by plaintiff in past for architectural services, not sufficient under Canadian law to make plaintiff vicariously liable or responsible for MMC’s acts or omissions — Thus, mere fact that plaintiff contracting with MMC to provide naval architectural services considered necessary part of cargo move insufficient to find legal responsibility as described by Art. 1(4) of Convention — Given ambiguity arising from wording of Art. 1(4), various possible interpretations thereof, *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996* (travaux) examined — However, while travaux providing no clear answers, interpreted as not explicitly intending to extend category of persons entitled to limit liability pursuant to Art. 1(4) to include independent contractors — Travaux suggesting that underlying premise of Art. 1(4) being that “responsibility” remaining tied to vicarious liability of shipowner, that narrow interpretation intended — Accordingly, because category not intending to extend to include independent contractors, because plaintiff as shipowner not vicariously liable for acts, neglect or default of independent contractor, defendants not entitled to limit liability pursuant to Convention — To achieve policy goals, Convention in particular facilitating shipowners obtaining favourable insurance rates by making liability amounts predictable based on amount of limitation — Convention also capping claimant’s recovery, thereby encouraging quick resolution without litigation — Unclear that policy underlying limitation intended to extend to independent contractors who, presumably, are capable of obtaining own insurance or entering into contractual terms with shipowners to address any risks, liability potentially arising from goods or services contractors providing in connection with ship — Consequently, Art. 1(4) not intended to extend right to limit liability to independent contractors such as MMC — In summary, defendants as independent contractors not persons for whose acts, neglect or default plaintiff, as shipowner, responsible pursuant to Art. 1(4) of Convention — Accordingly, defendants not entitled to limit liability pursuant to Convention.

J.D. IRVING, LIMITED V. SIEMENS CANADA LIMITED (T-520-10, 2016 FC 287, Strickland J., judgment dated March 7, 2016, 23 pp.)

## TRADE-MARKS

Appeal from Federal Court’s discretionary order (2015 FC 364) in which Judge ruling in particular that respondents entitled to elect accounting of profits or all damages sustained as result of infringement of their rights in registered trade-mark MARLBORO — Order coming as result of Federal Court of Appeal’s decision allowing in part respondents’ appeal of Federal Court’s decision (2010 FC 1099) finding that likelihood of confusion existing between appellants’ no-name cigarettes, respondents’ MARLBORO trade-mark; that respondents’ trade-mark under *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 20(1)(a) therefore infringed — Consequently, Federal Court of Appeal referring matter back to Federal Court to determine, *inter alia*, whether respondents could elect between damages or accounting of profits — Discretionary order issued further to Federal Court of Appeal’s referral constituting subject of present appeal — Federal Court determining appropriate to exercise discretion herein, allow respondents to elect accounting of profits on balance of factors identified by parties as significant in submissions thereto



**TRADE-MARKS**—Concluded

— Whether Federal Court erring in making discretionary decision in order — Regarding restitution, Federal Court's analysis clearly indicating restitutionary purpose of remedy considered since relevant factors in present case weighed — After reviewing parties' positions on damages, evidence submitted, Judge indicating that although evidentiary issues not to be decided at entitlement stage, such issues tending to undermine appellants' argument that sales of no-name product not representing unjust enrichment requiring restitutionary remedy — Judge thus duly considering relevance of restitution in analysis; appellants failing to convince Federal Court of Appeal that intervention on restitution warranted herein — As to complexity of accounting of profits, Judge having benefit of hearing parties' positions, arguments on complexity of calculating damages knowing that submissions necessarily speculative at stage in question since actual calculation not yet taking place, not before Judge — Reading Judge's reasons as whole, Judge clearly considering all issues, evidence presented in concluding that calculation of damages likely to be as complex as accounting of profits — Thus, Judge not making reviewable error in conclusion on complexity — Judge also not erring when stating that, in absence of compelling reasons, not intending to deny respondents accounting of profits — With respect to prejudice, appellants not prejudiced if respondents electing accounting of profits despite parallel litigation respondents initiating alleging infringement of MARLBORO trade-mark further to appellants' introduction of appellants' redesigned ROOFTOP packaging — While Judge acknowledging, considering appellants' position on issue, concluding nonetheless that accounting of profits should be available — In conclusion, appellants failing to demonstrate that Judge committing any error warranting Federal Court of Appeal's intervention against discretionary decision allowing respondents to elect between damages or accounting of profits for appellants' infringement of respondents' trade-mark — Appeal dismissed.

PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. v. MARLBORO CANADA LIMITED (A-187-15, 2016 FCA 55, Trudel, Scott and Boivin J.J.A., judgment dated February 17, 2016, 8 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

#### Détention et mise en liberté

Contrôle judiciaire de décisions (rendues en janvier et février 2016) par lesquelles la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.) a ordonné la mise en liberté de l'intimé malgré que, lors de contrôles précédents pendant plus de deux ans, l'intimé a été détenu, car il représentait un danger pour le public et un risque de fuite — Le contrôle judiciaire a été accordé en faveur du demandeur dans une décision précédente (2016 CF 288); le présent jugement constitue les motifs de cette décision — Le requérant, un réfugié rwandais, est un criminel invétéré qui est interdit de territoire au Canada et représente un danger pour la population du Canada — L'Agence des services frontaliers du Canada est tenue par la loi de renvoyer l'intimé au Rwanda dès que possible, mais il y a de nombreux obstacles — Les autorités rwandaises exigent du requérant qu'il signe certains documents, ce qu'il refuse de faire, et qu'il ait en sa possession des pièces d'identité certifiées qu'il n'a pas — L'intimé a été maintenu en détention pendant plus de deux ans, cette détention étant assujéti à des contrôles tous les 30 jours conformément à l'art. 57 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — À une exception antérieure près, les détentions ont toujours été maintenues jusqu'en janvier 2016, lorsque sa libération a été ordonnée sous certaines conditions — Le demandeur a immédiatement demandé une suspension de cette ordonnance de mise en liberté; les deux demandes, la suspension provisoire et la suspension de mise en liberté, ont été accordées en attendant l'issue de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du demandeur — Il s'agissait de savoir si les décisions de la C.I.S.R. étaient raisonnables et si lui était loisible d'ordonner en février la mise en liberté de l'intimé étant donné que la Cour avait suspendu l'ordonnance de mise en liberté de l'intimé en janvier en attendant l'issue de la demande d'autorisation du demandeur et, si celle-ci était accueillie, de la demande de contrôle judiciaire — En ce qui a trait à la décision de janvier 2016 de la C.I.S.R., la C.I.S.R. a conclu que l'intimé pourrait être assujéti à une détention indéfinie, compte tenu de la situation particulière de l'intimé; elle a aussi statué que l'intimé avait changé depuis qu'il avait surmonté ses problèmes d'alcoolisme et qu'il suivait des cours de gestion de la colère — Par conséquent, la C.I.S.R. a conclu que l'intimé devait être mis en liberté — La décision de la C.I.S.R. était déraisonnable : le dossier n'appuyait pas les conclusions de la C.I.S.R., plus particulièrement en ce qui concerne les problèmes d'alcoolisme de l'intimé ou que l'intimé se conformerait aux conditions de sa mise en liberté compte tenu des défauts précédents de l'intimé de se conformer à celles-ci — La décision de la C.I.S.R. n'appartenait pas aux issues possibles acceptables et a été rendue sans tenir compte des éléments dans le dossier, contrairement à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 — L'analyse de la décision de janvier 2016 s'appliquait également à la décision de février 2016 — Lorsque l'ordonnance provisoire rendue par la Cour fédérale a été signifiée en personne à l'intimé, l'intimé a agi frénétiquement et de façon agressive, mais la C.I.S.R. n'était pas préoccupée par la conduite de l'intimé; elle a justifié ce comportement en expliquant que l'intimé était totalement sidéré que l'ordonnance initiale de mise en liberté eût été désormais suspendue — L'analyse de la C.I.S.R. était étonnante; l'intimé ne maîtrise pas ses problèmes de colère; le comportement qu'il a affiché correspondait à ses anciennes attaques aléatoires à l'endroit d'inconnus dans la rue — Il était tout à fait déraisonnable de la part de la C.I.S.R. de soutenir que l'intimé ne représentait pas un danger pour le public — Il est déconcertant que la mise en liberté d'une personne maintenue en détention pendant plus de deux ans parce qu'elle représente un danger pour le public puisse être ordonnée avec effet immédiat

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**—Suite

— Il n’existait pas beaucoup d’indications pour guider la Cour dans les cas où la C.I.S.R. a ordonné la mise en liberté d’un individu tandis que la Cour a ordonné la suspension de la mise en liberté — La décision de la Cour d’appel fédérale dans *Sungu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 5 a été examinée puisqu’elle comportait des faits similaires — Dans l’arrêt *Sungu*, une question a été soulevée quant à la compétence de la C.I.S.R. à écarter une ordonnance de la Cour fédérale relativement à des contrôles de la détention, mais la question n’a pas été clairement traitée — Ce serait nettement préférable d’ordonner la mise en liberté à l’occasion d’un contrôle subséquent des motifs de détention sous réserve de l’issue du contrôle judiciaire dans le cadre duquel la Cour a déjà accordé une suspension de la mise en liberté — Il incomberait alors au détenu, et non au demandeur, de saisir la Cour pour qu’elle annule le sursis antérieur conformément à l’art. 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* — Demande accueillie.

CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) C. LUNYAMILA (IMM-63-16, IMM-502-16, 2016 CF 289, juge Harrington, jugement en date du 7 mars 2016, 12 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel d’une décision par laquelle un juge de la citoyenneté a conclu que le demandeur ne remplissait pas la condition de résidence en vertu de l’art. 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 — Le demandeur a étudié dans une université canadienne et est devenu résident permanent — Il a cumulé moins que les 1 095 jours requis de présence physique — Il a demandé au juge de la citoyenneté (le juge) d’appliquer le critère établi dans l’affaire *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.) — Le juge a adopté l’approche analytique établie dans l’affaire *Pourghasemi (Re)*, [1993] A.C.F. n° 232 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), qui exige que le demandeur soit physiquement présent au Canada — Le demandeur s’est fondé sur l’affaire *Dina c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 712, et a déclaré entre autres qu’il n’avait pas été avisé du critère que le juge avait l’intention d’appliquer — Il s’agissait de déterminer si le juge a manqué à son obligation d’équité procédurale envers le demandeur et si le principe de la courtoisie judiciaire obligeait la Cour à juger qu’il y avait eu manquement à l’équité procédurale — L’obligation d’équité procédurale a été respectée en l’espèce — L’une ou l’autre des trois approches de la notion de résidence peut être appliquée par les juges de la citoyenneté — Les juges de la citoyenneté doivent indiquer dans leur décision le critère qu’ils ont appliqué — En l’espèce, le juge de la citoyenneté a clairement indiqué dans sa décision le critère qu’il a appliqué — Le fait que le demandeur ait demandé au juge de la citoyenneté d’appliquer le critère établi dans l’affaire *Koo* démontre qu’il n’avait pas d’attente légitime que ce critère soit appliqué — L’obligation d’équité procédurale que les juges de la citoyenneté ont envers les demandeurs se situe à l’extrémité inférieure du spectre — Le demandeur savait qu’il devait satisfaire soit au critère quantitatif, soit au critère qualitatif — Il n’y avait aucune obligation accrue d’équité procédurale obligeant le juge à aviser le demandeur qu’il avait l’intention d’appliquer un critère en particulier et à inviter une réfutation — Un manquement à l’équité procédurale ne se pose pas simplement parce qu’un demandeur n’est pas alerté de quelque chose qu’il doit savoir, y compris l’état du droit — La courtoisie judiciaire n’était pas en jeu en l’espèce — La question n’était pas la même que dans l’affaire *Dina* — Appel rejeté.

FAZAIL C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (T-969-15, 2016 CF 111, juge Kane, jugement en date du 1<sup>er</sup> février 2016, 20 p.)

*Résidents permanents*

Demandes de bref de *mandamus* visant à enjoindre au défendeur de traiter les demandes de résidence permanente des demandeurs qui ont été présentées au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) (TQF) et auxquelles il a été mis fin en vertu de l’art. 87.4(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — Par suite de modifications législatives apportées à la Loi, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) n’a plus l’obligation légale de traiter toutes les demandes qu’il reçoit au titre de la catégorie des TQF — L’art. 87.4 a eu pour effet d’éliminer une partie de l’arriéré des demandes présentées au titre de la catégorie des TQF, en annulant celles faites avant le 27 février 2008 et à l’égard desquelles aucune décision n’avait été rendue au 29 mars 2012 — Un protocole visant à promouvoir l’opportunité et à mieux structurer le litige a été élaboré pour les plaideurs dans les demandes au titre de la catégorie des TQF en attente et a été ratifié; deux causes types ont été choisies aux fins du litige — Dans *Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 758, la Cour a accordé un bref de *mandamus*; toutefois, elle a par la suite conclu que le recours accordé ne s’appliquait pas aux demandes présentées au titre de la catégorie des TQF et auxquelles il a été mis fin en vertu de l’art. 87.4 — Les principales questions en litige étaient de savoir si le protocole est exécutoire; si l’art. 87.4 s’applique et est constitutionnel; si le défendeur peut être obligé de traiter les

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

demandes; si l'art. 87.4 contrevient à l'indépendance judiciaire et prive les demandeurs de leur droit d'accès à la justice, et si l'application de l'art. 87.4 constitue un abus de procédure — Les demandeurs n'ont aucun « droit acquis » à revendiquer — Le protocole mentionne un règlement « possible » des autres affaires laissées en suspens, ce qui signifie qu'il peut ne pas y avoir règlement — Aucune preuve ne laisse croire que telle était l'intention du défendeur (c.-à-d. traiter toutes les demandes) — Il n'existe aucun fondement en vertu duquel la Cour pourrait ordonner un bref de *mandamus* en se fondant uniquement sur le protocole — Les demandeurs ont tort de soutenir que le protocole est une décision finale de la Cour et donc que toutes les causes qui y sont assujetties sont exemptées de l'application de l'art. 87.4(1) en vertu de l'art. 87.4(2) — Le protocole n'est rien de plus qu'un outil de gestion d'instance et ne peut être qualifié de décision finale rendue à l'égard d'une « demande » — L'art. 87.4(2) de la Loi ne soustrait pas les demandeurs à l'application de l'art. 87.4(1) — L'art. 87.4 est une disposition législative valide, comme il a été jugé dans *Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 377, [2014] 4 R.C.F. 150 — La doctrine des attentes légitimes ne s'applique pas en l'espèce — Le défendeur ne pouvait invoquer d'exemption fondée sur l'intérêt public en faveur des demandeurs en vertu de l'art. 25.2 de la Loi — En agissant ainsi, il irait directement à l'encontre de la volonté du législateur exprimée à l'art. 87.4(1) — La Cour ne peut ordonner au défendeur de prendre des mesures qui iraient à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur — Rien n'indique qu'en promulguant l'art. 87.4, le législateur avait l'intention de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir judiciaire pour traiter les demandes de *mandamus* qui avaient été introduites — La Cour ne peut accueillir ces demandes, car le défendeur n'a plus l'obligation légale de traiter ces demandes en vertu de l'art. 87.4(1) — Il n'y a pas abus de procédure lorsqu'il est mis fin à des demandes TQF en vertu de dispositions législatives qui ont été légalement promulguées par le Parlement — Demandes rejetées.

BACK C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6828-12, IMM-1-13, 2016 CF 257, juge Russell, jugement en date du 29 février 2016, 45 p.)

**DROIT MARITIME**

Limitation de responsabilité — Dans l'affaire intentée par la demanderesse au terme de laquelle une décision a été rendue (2016 CF 69), des motifs supplémentaires ont été prononcés concernant la limitation de la responsabilité des défendeurs, Maritime Marine Consultants (2003) Inc. (MMC) et le propriétaire Donal Bremner (collectivement les défendeurs) en vertu de l'art. 1(4) de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, telle que modifiée par le *Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, soit l'annexe 1 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 — Il s'agissait de savoir si les défendeurs pouvaient invoquer le droit à la limitation de responsabilité prévu à l'art. 1(4) de la Convention — La Cour devait déterminer si, en l'espèce, les défendeurs étaient des « personnes », aux termes de l'art. 1(4), dont les faits, négligences et fautes entraînaient la responsabilité du propriétaire de navire, leur permettant ainsi de se prévaloir de la limitation de la responsabilité — La demanderesse est le « propriétaire de navire » au sens de l'art. 1(2) de la Convention — Les défendeurs ont soutenu qu'ils sont des « personnes » au sens de la Convention et que l'art. 1(4) inclurait dans la catégorie des personnes en droit de limiter leur responsabilité tout entrepreneur indépendant, pourvu que le propriétaire de navire soit responsable, sur le plan juridique, des actes de l'entrepreneur indépendant — MMC a conclu un contrat avec la demanderesse en vue de la prestation de services d'architecture navale liés au transport d'une cargaison — La demanderesse et MMC entretenaient une relation de longue date, et MMC fournissait une expertise que la demanderesse ne trouvait pas à l'intérieur de son organisation — Les défendeurs fournissaient également des conseils concernant la possibilité d'utiliser la « SPM 125 » (barge) pour y charger et y transporter en toute sécurité des rotors BP — Cependant, la preuve factuelle n'était pas suffisante pour établir que les défendeurs étaient des « personnes » dont les faits, négligences et fautes entraînaient la « responsabilité » de la demanderesse, à titre de propriétaire du navire, et qu'ils pouvaient de ce fait invoquer une limitation de responsabilité en vertu de l'art. 1(4) — MMC est une entité morale indépendante et non une division de la demanderesse — Il n'existait aucune preuve de l'embauche de Bremner à titre personnel ou d'employé de la demanderesse, et rien ne laissait penser non plus qu'il aurait agi autrement qu'en sa qualité de directeur de MMC — MMC a plutôt fourni des services d'architecture navale à la demanderesse à titre d'entrepreneur indépendant — La relation entre un employeur et un entrepreneur indépendant ne peut généralement donner lieu à une revendication de responsabilité du fait d'autrui — Selon la preuve en l'espèce, la demanderesse a signé un contrat de louage de services avec MMC; MMC fournissait des services d'architecture navale dont la demanderesse ne disposait pas en interne; la demanderesse ne supervisait pas et ne contrôlait pas le travail de MMC et MMC est une entité morale indépendante exploitant une entreprise pour son propre compte — En somme, la relation entre la demanderesse et MMC n'entraînait pas la responsabilité du fait d'autrui — Par conséquent, même si la demanderesse a loué et bénéficié des services d'architecture navale de MMC à maintes reprises dans le passé, ce n'est pas suffisant en droit canadien pour entraîner la responsabilité de la demanderesse du fait d'autrui, ni sa responsabilité à l'égard des

**DROIT MARITIME—Fin**

actes ou omissions de MMC — Ainsi, il ne suffisait pas d'établir que la demanderesse a loué les services d'architecture navale de MMC parce qu'ils étaient indispensables au transport de la cargaison pour décréter une responsabilité légale au sens de l'art. 1(4) de la Convention — Étant donné le flou qui entoure le libellé de l'art. 1(4) et les diverses interprétations possibles, il fallait s'en remettre au document intitulé *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996* (les travaux) — Toutefois, bien que les travaux ne fournissent pas vraiment de réponse claire, ils ont été interprétés en l'espèce comme n'ayant pas l'intention d'élargir la catégorie de personnes pouvant invoquer la limitation de leur responsabilité en vertu de l'art. 1(4) afin d'inclure les entrepreneurs indépendants — Au contraire, les travaux donnent à penser que la prémisse sous-jacente de l'art. 1(4) était que la responsabilité était subordonnée à la responsabilité du fait d'autrui du propriétaire du navire, et qu'une interprétation stricte était envisagée — En conséquence, en l'absence d'une intention quelconque d'étendre la protection aux entrepreneurs indépendants, et étant donné que la demanderesse, à titre de propriétaire du navire, n'est pas responsable du fait d'autrui pour les faits, négligences et fautes de son entrepreneur indépendant, les défendeurs ne pouvaient invoquer leur droit à la limitation de leur responsabilité aux termes de la Convention — Conformément à ses objectifs stratégiques, la Convention aide les propriétaires à négocier des tarifs d'assurance avantageux en établissant des montants de responsabilité prévisibles, fondés sur le montant de la limitation — Elle plafonne également le dédommagement des demandeurs, les incitant ainsi à accepter un règlement rapide hors cour — Il n'est pas clair que la politique sur la limitation prévoyait à l'origine d'étendre la limitation aux entrepreneurs indépendants, lesquels peuvent souscrire leurs propres assurances ou signer avec les propriétaires un contrat qui couvre les risques et toute responsabilité pouvant découler des biens ou des services qu'ils fournissent en lien avec un navire — En conséquence, l'art. 1(4) n'a pas pour but d'élargir aux entrepreneurs indépendants, tels que MMC, le droit à la limitation de responsabilité — En somme, les défendeurs, à titre d'entrepreneurs indépendants, ne sont pas des personnes dont les faits, négligences et fautes entraînent la responsabilité de la demanderesse, à titre de propriétaire de navire, en vertu de l'art. 1(4) de la Convention — Par conséquent, les défendeurs n'étaient pas en droit de limiter leur responsabilité en vertu de la Convention.

J.D. IRVING, LIMITED c. SIEMENS CANADA LIMITED (T-520-10, 2016 CF 287, juge Strickland, jugement en date du 7 mars 2016, 23 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****DONS**

Appels consolidés interjetés à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire rendue par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2015 CCI 35) ayant accueilli la requête en radiation d'un plaidoyer dans les avis d'appel modifiés des appelants — Le plaidoyer en question invoque les art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et allègue que, en évaluant la validité juridique d'un don en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR), le législateur avait voulu qu'un concept uniforme de don conforme au droit civil du Québec soit appliqué à l'échelle du Canada — Les cotisations en litige rejetaient en totalité les crédits d'impôt demandés par l'appelant principal au titre de dons faits à des organismes de bienfaisance enregistrés en vertu de l'art. 118.1 de la LIR — L'appelant a soutenu entre autres qu'il avait droit aux crédits d'impôt demandés en ce qui concerne la partie des dons qui excède la valeur de toute contrepartie reçue — La C.C.I. a radié le plaidoyer au motif que celui-ci était voué à l'échec — Il s'agissait de savoir si l'on peut soutenir que le législateur voulait que le mot « don » prévu à l'art. 118.1(3) de la LIR englobe les dons partagés, conformément à la notion reconnue par le droit civil — La C.C.I. a rejeté comme étant « sans espoir » l'argument voulant que, avant les modifications de 2002 de la LIR, le législateur ait eu l'intention d'exclure le sens donné en common law au mot « don » en faveur de la définition du droit civil — Pour en arriver à cette conclusion, elle s'est appuyée sur les notes explicatives qui accompagnaient les modifications de 2002 et a rejeté toute proposition selon laquelle la jurisprudence antérieure pouvait être interprétée comme reconnaissant la validité des dons partagés ou que cette jurisprudence était « obscure » — Les notes explicatives donnent à penser que l'état de la jurisprudence en common law n'est pas aussi certain que ne le prétend la C.C.I. et qu'il doit être clarifié — En fait, certaines décisions reconnaissent l'existence du don partagé — D'autres décisions ne sont pas claires ou laissent la question en suspens — Ainsi, on ne peut pas dire avec certitude que le sens du mot « don » avant les modifications de 2002 exclut la notion de don partagé dans les provinces de common law — On peut soutenir que le législateur avait l'intention d'attribuer au mot « don » le sens qui coïncidait avec celui que lui donne le droit civil — Par conséquent, il n'y avait rien qui justifiait de radier le plaidoyer de l'appelant à cette étape-ci de la procédure — Appels accueillis.

FRENCH c. CANADA (A-102-15, 2016 CAF 64, juge en chef Noël, jugement en date du 29 février 2016, 19 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance discrétionnaire (2015 CF 364) dans laquelle le juge a statué que les intimées avaient droit de choisir entre une restitution des bénéfices ou la totalité des dommages qu'elles ont subis en raison de la violation de leurs droits relativement à la marque de commerce enregistrée MARLBORO — L'ordonnance découlait de la décision de la Cour d'appel fédérale d'accueillir en partie l'appel interjeté par les intimées relativement à la décision par laquelle la Cour fédérale (2010 CF 1099) a conclu à l'existence d'un risque de confusion entre les marques de cigarettes sans nom des appelantes et les cigarettes MARLBORO des intimées; qu'il y avait donc violation de la marque de commerce des intimées au titre de l'art. 20(1a) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 — Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale pour que celle-ci tranche la question de savoir, entre autres, si les intimées avaient le droit de choisir entre les dommages-intérêts et la restitution des bénéfices — Cette ordonnance discrétionnaire rendue à la suite du renvoi par la Cour d'appel fédérale faisait l'objet du présent appel — La Cour fédérale a décidé qu'il y avait lieu en l'espèce d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de permettre aux intimées de choisir la restitution des bénéfices, compte tenu des facteurs qui avaient été relevés comme étant importants pour les parties dans les observations qu'elles ont formulées devant le juge — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rendant sa décision prise en vertu de son pouvoir discrétionnaire — En ce qui a trait à la restitution, l'analyse de la Cour fédérale démontre clairement qu'elle a tenu compte de l'objectif de restitution de la mesure de réparation, puisqu'elle a pondéré les facteurs pertinents en l'espèce — Après examen des positions des parties sur les dommages ainsi que de la preuve traitant de ceux-ci, le juge a mentionné que, même si les questions liées à la preuve ne devaient pas être tranchées à l'étape de la détermination des dommages-intérêts, ces éléments tendaient à miner l'argument des appelantes selon lequel les ventes de leurs produits sans nom ne constituaient pas un enrichissement injustifié donnant lieu à une réparation de nature restitutive — Le juge a par conséquent pleinement tenu compte de la pertinence de la restitution dans le contexte de son analyse, et les appelantes n'ont pas convaincu la Cour d'appel fédérale qu'elle devait intervenir à cet égard — Quant à la complexité de la restitution des bénéfices, le juge a eu l'avantage d'entendre les positions et les arguments des parties sur la question de la complexité du calcul des dommages en sachant pleinement que ces observations étaient nécessairement de nature conjecturale au stade en question, puisque le calcul réel n'avait pas été effectué et qu'il n'en disposait pas — Il est évident, à la lecture des motifs du juge dans leur ensemble, qu'il a tenu compte de toutes les questions qui lui avaient été soumises et de toute la preuve dont il disposait lorsqu'il a tiré sa conclusion selon laquelle le calcul des dommages serait vraisemblablement aussi complexe que la restitution des bénéfices — Le juge n'a donc pas commis une erreur susceptible de contrôle sur la conclusion quant à la complexité — Le juge n'a pas commis non plus une erreur en énonçant qu'il ne refuserait pas d'accorder aux intimées une restitution des bénéfices en l'absence de motifs convaincants — Quant au préjudice, les appelantes n'en subiraient aucun si les intimées choisissent la restitution des bénéfices, à la lumière du litige parallèle qui a été introduit par les intimées et dans lequel elles allèguent que leur marque de commerce MARLBORO fait l'objet de violation supplémentaire depuis l'introduction de la nouvelle présentation de l'emballage relatif à la marque ROOFTOP des appelantes — Bien que le juge ait pris connaissance de la position des appelantes quant à cette question et l'ait examinée, il a néanmoins conclu qu'une restitution des bénéfices pouvait être accordée aux intimées — En résumé, les appelantes n'ont pas réussi à démontrer que le juge a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour d'appel fédérale à l'égard de sa décision, prise en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de permettre aux intimées de choisir entre les dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices en réparation de la violation, par les appelantes, de leur marque de commerce — Appel rejeté.

PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. c. MARLBORO CANADA LIMITÉE (A-187-15, 2016 CAF 55, juges Trudel, Scott et Boivin, J.C.A., jugement en date du 17 février 2016, 8 p.)

## PEUPLES AUTOCHTONES

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal des revendications particulières du Canada (2014 TRPC 3) datée du 28 février 2014 ayant statué que la défenderesse avait valablement établi des revendications particulières contre le Canada en vertu des art. 14(1b) et c) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22 — L'art. 14(2) de la Loi explique que, pour les revendications particulières présentées sous le régime de l'art. 14(1a), b) et c), « Sa Majesté » peut valoir mention du souverain de la Grande-Bretagne et des colonies de celle-ci — Cependant, lorsqu'une revendication porte sur une obligation légale qui devait être exécutée sur un territoire qui n'était pas situé à l'époque à l'intérieur des limites actuelles du Canada, « Sa Majesté » ne s'entend que du souverain de la Grande-Bretagne et des colonies de celle-ci, dans la mesure où cette obligation, ou toute responsabilité en découlant, a été imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci — Le Tribunal a conclu que le Canada était responsable en vertu de l'art. 14(1b) en cas de violation par la colonie de la loi ou d'une obligation fiduciaire et responsable en vertu de l'art. 14(1c) en cas de violation d'une obligation fiduciaire par le Canada — La question déterminante consistait à savoir si les mesures prises par le Canada à la suite de l'entrée de la Colombie-Britannique dans la

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

Confédération ont remédié à toute violation possible antérieure par la colonie et lui ont permis de s'acquitter de toute obligation fiduciaire envers la défenderesse — L'obligation par le Canada d'agir honorablement et équitablement a été respectée en l'espèce — Le Tribunal a commis une erreur en concluant que les mesures prises ultérieurement par le Canada n'avaient pas remédié aux violations possibles de l'obligation fiduciaire envers la défenderesse avant 1871 — L'art. 14(2) de la Loi ne prévoit pas de motif distinct permettant de demander une indemnisation relativement à la colonie — L'art. 14(2) prévoit plutôt que pour l'application des art. 14(1)a, b) et c), la mention de Sa Majesté vaut également mention d'une ancienne colonie et énonce que toute responsabilité concernant la violation ou l'inexécution par cette ancienne colonie d'une disposition de l'art. 14(1)a, b), c) n'existe que « dans la mesure où » la responsabilité est imputée à Sa Majesté — En l'espèce, les mesures prises ultérieurement par le Canada par l'attribution des terres d'attribution en 1881, ce qui a été accepté par la défenderesse, ont remédié à toute éventuelle violation antérieure par l'ancienne colonie — Par conséquent, aucune responsabilité n'a été établie qui pourrait être imputée à Sa Majesté — Demande accueillie; revendication particulière rejetée.

CANADA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) C. BANDE INDIENNE DE WILLIAMS LAKE (A-168-14, 2016 CAF 63, juge Near, J.C.A., jugement en date du 29 février 2016, 46 p.)





If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3