



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2007, Vol. 4, Part 2**

**2007, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2007] 4 F.C.R., 247–514**

**Renvoi [2007] 4 R.C.F., 247–514**

---

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

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

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone 613-956-4800 or 1-800-635-7943.*

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

---

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

## **CONTENTS**

Judgments .....	247-514
Digests .....	D-9
<b>Canada (Attorney General) v. Prins (F.C.A.) .....</b>	<b>503</b>

Employment Insurance—Apprentice applying for employment insurance benefits commencing same day as second year of approved apprenticeship program—Also same day employer’s business re-opening after holiday closure—Whether apprentice subject to two-week waiting period under *Employment Insurance Act*, s. 13—Background, objectives of s. 39.1 reviewed—Conflicting decisions concerning application of s. 39.1—Conditions for waiver under s. 39.1 met: respondent attending mandatory course in apprenticeship program; stopped working when work resumed in order to take course; already serving waiting period for course part of same program—Legislative intent respected.

*Continued on next page*

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

*Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 ou 1-800-635-7943.*

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

---

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

## **SOMMAIRE**

Jugements .....	247-514
Fiches analytiques .....	F-9
<b>Canada (Procureur général) c. Prins (C.A.F.) .....</b>	<b>503</b>

Assurance-emploi—Un apprenti a présenté une demande pour recevoir des bénéfices d’assurance-chômage à compter du jour où commençait aussi la deuxième année de son programme d’apprentissage approuvé—L’entreprise de l’employeur rouvrirait aussi le même jour après le congé des fêtes—Il s’agissait de savoir si l’apprenti était assujéti au délai de carence de deux semaines prévu à l’art. 13 de la *Loi sur l’assurance-emploi*—Examen de la genèse et des objectifs de l’art. 39.1—Décisions contradictoires relatives à l’application de l’art. 39.1—Les conditions applicables à la suppression prévue à l’art. 39.1 ont été remplies : le défendeur a suivi un cours obligatoire dans le cadre d’un programme d’apprentissage; il a cessé de travailler lorsque le travail a repris pour suivre ce cours; il a déjà purgé un délai de carence pour un cours faisant partie du même programme—L’intention législative a été respectée.

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS (Continued)**

**Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 385**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial review of Immigration and Refugee Protection Division’s (RPD) denial of refugee status based on failure to rebut presumption of state protection, despite acceptance of applicant’s evidence of violence, attempts made to access state protection in Brazil—RPD failed to correctly determine effect of Supreme Court of Canada’s decision in *Canada (Attorney General) v. Ward* on other precedents—*Ward* stating “some clear and convincing evidence” required to rebut presumption of state protection—Countering principle in Federal Court of Appeal’s decision in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* insufficient to merely show government not always effective at protecting persons in claimant’s situation—Contextual approach required by *Ward* in evaluating every claim for protection invalidating *Villafranca* principle collapse of internal order normally required to support claim of inability of state to protect—RPD’s statement applicant must prove government of Brazil in condition of collapse to rebut presumption of state protection error of law—RPD also erred since no meaningful contextual application of law on state protection—Application allowed, directions on redetermination given.

**Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 332**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations—Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of Immigration Appeal Division’s (IAD) refusal to grant special relief on humanitarian and compassionate (H&C) considerations, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 67(1)(c), from removal order issued against appellant—Appellant convicted of criminal negligence

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)**

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

Citoyenneté et immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d’asile de la demanderesse au motif que cette dernière n’a pas réussi à réfuter la présomption de protection de l’État bien que la SPR ait accepté la preuve de la demanderesse concernant les violences qu’elle a subies et ses tentatives d’obtenir la protection de l’État brésilien—La SPR n’a pas déterminé correctement l’effet de la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward* sur d’autres précédents—Selon *Ward*, une « preuve claire et convaincante » est nécessaire pour réfuter la présomption de protection de l’État—Cela va à l’encontre du principe formulé dans la décision que la Cour d’appel fédérale a rendue dans *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Villafranca* selon lequel il ne suffit pas que le demandeur d’asile démontre que son gouvernement n’a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation—*Ward* précise que toutes les demandes d’asile doivent être étudiées au cas par cas et cela annule le principe posé dans *Villafranca* selon lequel il faut normalement invoquer l’effondrement total de l’ordre au pays pour étayer la prétention de l’incapacité de l’État d’assurer la protection des personnes—La déclaration de la SPR selon laquelle la demanderesse devait prouver l’état d’effondrement du gouvernement brésilien pour pouvoir réfuter la présomption que l’État assure la protection des personnes constituait une erreur de droit—La SPR a aussi commis une erreur parce que sa décision n’a pas réellement rattaché aux faits les règles relatives à la protection assurée par l’État—Demande accueillie; directives à suivre par la formation saisie du renvoi de l’affaire présentées.

**Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) ..... 332**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Motifs d’ordre humanitaire—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI), qui a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre, pour des motifs d’ordre humanitaire, des mesures spéciales en application de l’art. 67(1)(c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* rendant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

causing death following street race—Majority concluding appropriate standard of review of IAD’s decision reasonableness—Unreasonable for IAD to devote totality of analysis to remorse of appellant without addressing rehabilitation, likelihood to re-offend—Appeal allowed (Desjardins J.A. dissenting).

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Immigration Appeal Division (IAD) refusing to grant special relief on basis of humanitarian and compassionate (H&C) considerations, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 67(1)(c), from removal order issued against appellant—Applications Judge dismissing judicial review of that decision, certifying question as to whether appropriate standard of review from IAD decision patent unreasonableness—Recent Supreme Court of Canada rulings indicating reasonableness appropriate standard of review of this type of decision (Desjardins J.A. dissenting).

### **Lawson v. Accusearch Inc. . . . . . 314**

Privacy—Personal Information Protection and Electronic Documents Act—Judicial review of Privacy Commissioner’s decision lacking jurisdiction to investigate complaint American company collecting, using, disclosing information about Canadians contrary to Act—Application allowed—Commissioner not distinguishing between power to investigate, effectiveness of investigation—Although Act not having extraterritorial effect, Commissioner still having jurisdiction to investigate complaint in Canada—Inability to identify Canadian sources of information irrelevant.

### **Leth Farms Ltd. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . . 410**

Agriculture—Appeal of Federal Court decision dismissing application for judicial review of National Farm Products

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

inexécutoire la mesure de renvoi prise contre l’appelant—L’appelant a été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite d’une course de rue—La majorité a conclu que la norme de contrôle applicable à la décision de la SAI était celle de la décision raisonnable—La SAI a agi de façon déraisonnable lorsqu’elle a consacré la totalité de son analyse à la question du remords de l’appelant sans prendre en considération la possibilité de réadaptation ou de récidive—Appel accueilli (la juge Desjardins, J.C.A., dissidente).

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—La Section d’appel de l’immigration (SAI) a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre, pour des motifs d’ordre humanitaire, des mesures spéciales en application de l’art. 67(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* rendant inexécutoire la mesure de renvoi prise contre l’appelant—Le juge de première instance a rejeté le contrôle judiciaire de cette décision et a certifié la question de savoir si la norme de contrôle judiciaire applicable à l’égard des décisions de la SAI est celle de la décision manifestement déraisonnable—Il ressort de décisions récentes de la Cour suprême du Canada que la norme de contrôle judiciaire qu’il faut appliquer à ces décisions est celle de la décision raisonnable (la juge Desjardins, J.C.A., dissidente).

### **Lawson c. Accusearch Inc. . . . . . 314**

Protection des renseignements personnels—Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques—Contrôle judiciaire de la décision de la commissaire à la protection de la vie privée portant qu’elle n’avait pas compétence pour faire enquête quant à une plainte relative à la collecte, l’utilisation et la communication, par une société américaine, de renseignements sur des Canadiens contrairement à la Loi—Demande accueillie—La commissaire n’a pas bien fait la différence entre son pouvoir de mener enquête et l’efficacité de son enquête—Bien que la Loi n’ait pas de portée extraterritoriale, la commissaire a néanmoins compétence pour mener enquête quant à une plainte déposée au Canada—L’incapacité de trouver les sources canadiennes des renseignements est sans pertinence.

### **Leth Farms Ltd. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . . . 410**

Agriculture—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l’encontre du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Council's (Council) refusal to hear appellant's complaint regarding calculation of export marketings for 2003/2004 control period as remedy, relief sought beyond Council's jurisdiction—Appellants, organic turkey producers in southern Alberta, exporting most of products to United States—Alberta Turkey Producers (ATP) granted appellants turkey quota for 2003/2004 control period—However, Council approved Canadian Turkey Marketing Agency's (CTMA) Quota Regulations amendment whereby appellants not granted export quotas for export marketings in 2003/2004 control period—ATP subsequently asked CTMA to reduce overmarketing fine that would be levied against Alberta in anticipation of exceeding quota allocations—CTMA thereafter forgave portion of overmarketing penalties assessed—Appellants submitted subject complaint to Council pursuant to *Farm Products Agencies Act* (FPAA), s. 7(1)(f) alleging error in calculation of export marketings—Council misunderstanding nature of complaint—Not complying with own guidelines governing complaints—Should be reluctant to decline to hear complaint based on lack of authority—Federal Court erring when concluding Council's primary duty relating to establishment of agencies under FPAA, s. 6(1)(a), that Council's duties in s. 6(1)(b), (c) limited to supervisor, facilitator—Federal Court also misguided in approach when focussing on words "within its powers" in FPAA, s. 7(1)(f) since overlooking essence of provision that, in relation to complaints, Council should "take such action . . . as it deems appropriate"—Appeal allowed.

Construction of Statutes—Appeal of Federal Court decision dismissing application for judicial review of National Farm Products Council's (Council) refusal to hear complaint regarding calculation of export marketings for 2003/2004 control period on basis remedy, relief sought beyond its jurisdiction—In interpreting *Farm Products Agencies Act* (FPAA), ss. 6(1)(b), 7(1)(f), 21, to determine scope of Council's jurisdiction, interdependent nature of provisions considered—Given significant latitude granted Canadian

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

refus du Conseil national de commercialisation des produits agricoles (le Conseil) d'entendre la plainte des appelants au sujet du calcul de leurs productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004 au motif que la mesure de réparation ou de redressement demandée outrepassait sa compétence—Les appelants, des producteurs de dindon biologique du sud de l'Alberta, exportent la quasi-totalité de leurs produits aux États-Unis—Les Alberta Turkey Producers (les ATP) ont attribué aux appelants un contingent de dindon pour la période réglementée 2003-2004—Cependant, le Conseil a approuvé la modification du Règlement sur le contingentement de l'Office canadien de commercialisation du dindon (l'OCCD) selon laquelle aucun contingent n'a été attribué aux appelants relativement aux quantités qu'ils souhaitaient commercialiser sur le marché d'exportation pour la période réglementée 2003-2004—Par la suite, les ATP ont demandé à l'OCCD de réduire la pénalité pour commercialisation excessive qui serait infligée à l'Alberta puisqu'elle dépasserait son contingent—L'OCCD a ensuite renoncé à une tranche de la pénalité pour commercialisation excessive—Les appelants ont déposé une plainte au Conseil en application de l'art. 7(1)f) de la *Loi sur les offices des produits agricoles* (la LOPA) affirmant qu'il y avait eu une erreur dans le calcul de leurs productions commercialisées sur le marché d'exportation—Le Conseil a mal compris la nature de la plainte—Le Conseil n'a pas respecté ses propres lignes directrices sur les plaintes—Il devrait se montrer peu disposé à refuser d'instruire une plainte au motif de son incompetence—La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'élément principal de la mission du Conseil se rapportait à la création d'offices sous le régime de l'art. 6(1)a) de la LOPA et que les éléments prévus aux art. 6(1)b) et c) se limitaient à un rôle de supervision et de facilitation—De même, la Cour fédérale s'est trompée en se focalisant sur les termes « *within its powers* » de la version anglaise de l'art. 7(1)f) parce que l'accent mis sur ces termes distrahit de l'essence de cette disposition, qui est que le Conseil « prend les mesures qu'il estime appropriées »—Appel accueilli.

Interprétation des lois—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre du refus du Conseil national de commercialisation des produits agricoles (le Conseil) d'entendre la plainte au sujet du calcul de productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004 au motif que la mesure de réparation ou de redressement demandée outrepassait sa compétence—Il faut tenir compte de l'interdépendance des art. 6(1)b), 7(1)f) et 21 de la *Loi sur les offices des produits*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Turkey Marketing Agency (CTMA) in conduct of operations, Council should be able to take broad range of actions to review CTMA's operations especially when complaint arising in relation thereto—Appeal allowed.

### **Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 247

Citizenship and Immigration—Inadmissible Persons—Removal of Refugees—Judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration's delegate applicant posing danger to security of Canada, not facing substantial risk of torture, other ill treatment if deported to Egypt—Applicant, Egyptian national, found inadmissible under former *Immigration Act*, s. 19 as member of organization reasonably believed to engage in terrorism—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 115(1) prohibiting return of protected person to country where at risk of persecution, torture, cruel or unusual treatment—Delegate disregarding bulk of evidence from multitude of sources citing Egypt's non-compliance with assurances, failing to take important factors into consideration, arbitrarily relying on selected evidence—Delegate's decision with regard to substantial risk of torture faced by applicant on return to Egypt patently unreasonable—Application allowed.

Evidence—Minister of Citizenship and Immigration's delegate recommending removal of applicant to Egypt as posing danger to security of Canada, not facing substantial risk of torture, cruel and unusual treatment if deported there—Delegate's decision should be set aside only if patently unreasonable—Reliance on evidence likely to have been obtained by torture error in law—Credible evidentiary basis linking torture to specific evidence at issue necessary in order to justify exclusion—Where issue raised by applicant offering plausible explanation why evidence likely to have been obtained by torture, decision maker should consider issue in light of public, classified information—Determination of whether evidence likely to have been obtained by torture fact-driven inquiry—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*agricoles* (la LOPA) pour établir l'étendue de la compétence du Conseil—Vu la grande liberté que la LOPA accorde à l'Office canadien de commercialisation du dindon (l'OCCD) touchant la manière d'exercer son activité, le Conseil devrait être habilité à prendre un large éventail de mesures pour contrôler l'activité de l'OCCD, en particulier dans le cas où cette activité donne lieu à une plainte—Appel accueilli.

### **Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)** ..... 247

Citoyenneté et Immigration—Personnes interdites de territoire—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire d'une décision de la représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration portant que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada et qu'il n'existait pas de risque sérieux qu'il subisse la torture ou d'autres mauvais traitements s'il était renvoyé en Égypte—Le demandeur, un ressortissant égyptien, a été déclaré interdit de territoire conformément à l'art. 19 de l'ancienne *Loi sur l'immigration* au motif qu'il était membre d'une organisation dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elle commet des actes de terrorisme—L'art. 115(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* interdit le renvoi d'une personne protégée vers un pays où elle risque la persécution, la torture et des traitements cruels ou inusités—La représentante n'a pas tenu compte de l'essentiel de la preuve provenant d'une multitude de sources et indiquant que l'Égypte ne respectait pas les assurances qu'elle donnait, n'a pas tenu compte de facteurs importants et s'est appuyée de manière sélective sur certains éléments de preuve—La décision de la représentante quant au risque sérieux de torture auquel le demandeur serait exposé s'il était renvoyé en Égypte était manifestement déraisonnable—Demande accueillie.

Preuve—La représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a recommandé que le demandeur soit renvoyé en Égypte parce qu'il constituait un danger pour la sécurité du Canada et qu'il ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture ou de traitements cruels et inusités s'il y était renvoyé—La décision de la représentante ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable—Le fait de retenir des preuves vraisemblablement obtenues sous l'effet de la torture constitue une erreur de droit—Il doit y avoir des éléments de preuve crédibles montrant que la torture est à l'origine des éléments de preuve précis en cause afin d'en justifier l'exclusion—Lorsque la question est soulevée par un demandeur qui explique de manière plausible pourquoi il est

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Based on public, classified evidence, no error in weight accorded evidence on issue of danger to Canadian security—But delegate’s selective reliance on one piece of evidence human rights abuses not prevalent in Egypt, against overwhelming bulk of evidence to contrary, patently unreasonable.

### **Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 300**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Motion for non-disclosure of tribunal record for reasons of national security, public safety in context of judicial review of immigration officer’s denial of permanent resident status—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 86, 87 dealing with non-disclosure of materials in immigration matters—Although IRPA, s. 87 applying to judicial review proceedings, limited to information under ss. 11, 86(1), 112, 115—Such information not including circumstances of applicant’s case—*Federal Courts Rules* (FCR), rr. 317, 318 procedure for tribunal to object to disclosure of certain materials not incorporated by reference into *Immigration and Refugee Protection Rules*—Application of FCR, r. 4 (“gap rule”)—R. 318(3) invoked—Procedure set out in IRPA, s. 87 followed—Withheld information would be injurious to national security, safety of persons—Motion granted.

Practice—“Gap” Rule—Motion for non-disclosure of tribunal record for reasons of national security, public safety brought in context of judicial review of immigration officer’s denial of permanent resident status—*Federal Court Rules* (FCR), r. 4 containing “gap rule” to deal with lacuna in rules regarding sensitive information tribunal not wanting to disclose in judicial review of immigration decision—R. 4 invoked to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

vraisemblable que la preuve a été obtenue par la torture, le décideur doit examiner cette question en tenant compte des renseignements publics et confidentiels—La question de savoir si la preuve a vraisemblablement été obtenue par la torture est une question de fait—À la lumière des éléments de preuve publics et confidentiels, la représentante n’a pas commis d’erreur relativement au poids accordé aux éléments de preuve concernant la question du danger pour la sécurité du Canada—Toutefois, le fait que la représentante a retenu de manière sélective un seul élément de preuve selon lequel les violations des droits de la personne n’étaient pas répandues en Égypte, ce qui va à l’encontre la preuve écrasante contraire à cette conclusion, était manifestement déraisonnable.

### **Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) . . . . . 300**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Requête en interdiction de divulgation du dossier du tribunal administratif pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique présentée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire du rejet, par l’agent d’immigration, d’une demande de résidence permanente—Les art. 86 et 87 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) traitent de l’interdiction de divulgation de documents en matière d’immigration—Bien que l’art. 87 de la LIPR s’applique à une demande de contrôle judiciaire, il ne vise que les renseignements pris en compte dans le cadre des art. 11, 86(1), 112 et 115—Ces renseignements ne comprennent pas les circonstances de l’affaire du demandeur—Les règles 317 et 318 des *Règles des Cours fédérales* (RCF), qui prévoient une procédure permettant à un tribunal administratif de s’opposer à la divulgation de certains documents, n’ont pas été intégrées par renvoi dans les Règles en matière d’immigration et de protection des réfugiés—Application de la règle 4 des RCF (« règle des lacunes »)—La règle 318(3) a été invoquée—La procédure énoncée à l’art. 87 de la LIPR a été suivie—Les renseignements non divulgués porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes—Requête accueillie.

Pratique—Règle des « lacunes »—Requête en interdiction de divulgation du dossier du tribunal administratif pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique présentée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire du rejet, par l’agent d’immigration, d’une demande de résidence permanente—La règle 4 des *Règles des Cours fédérales* (RCF) énonce la « règle des lacunes » pour corriger une lacune dans

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

apply FCR, r. 318(3), follow procedure set out in *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 87—Motion granted.

### **Pelletier v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . 471**

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Judicial review of Order in Council terminating applicant's appointment as Chair of VIA Rail's Board of Directors—Applicant appointed at pleasure under *Financial Administration Act*, ss. 105, 106, removed from office by then Prime Minister for misconduct—Entitled to procedural fairness—Obligation to act fairly, i.e. in manner not giving rise to reasonable apprehension of bias extending to decision maker even if decision not final—Minister of Transport, whose role to gather, weigh evidence, make recommendation to cabinet, showing reasonable apprehension of bias when stating in House of Commons before receipt of applicant's submissions that government had lost confidence in applicant—Obligation to consult VIA Rail's Board of Directors before recommending removal of applicant pursuant to *Financial Administration Act*, s. 105(5), *Interpretation Act*, s. 24—Failure to do so affecting validity of termination order—Application allowed.

Construction of Statutes—Minister of Transport having duty to consult VIA Rail's Board of Directors before recommending removal of Chair based on *Financial Administration Act*, s. 105(6), *Interpretation Act*, s. 24(1)—24(1)—Scope, meaning of s. 24(1) determined—Necessary to refer to principles provided under *Interpretation Act* due to silence of s. 105 with regard to removal of directors of Crown corporation—*Interpretation Act* law of general application, scope of which must not be unduly limited—Interpretation whereby removal subject to same rules as appointment consistent with Parliament's intention, purpose of s. 105(6)—Consultation with Board of Directors condition precedent to exercise of Minister's power to recommend, adoption of Order in Council terminating appointment.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

les règles concernant les renseignements sensibles qu'un tribunal administratif ne veut pas divulguer dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision rendue en matière d'immigration—La règle 4 a été invoquée pour appliquer la règle 318(3) des RCF afin de suivre la procédure énoncée à l'art. 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Requête accueillie.

### **Pelletier c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . 471**

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Contrôle judiciaire du décret mettant fin à la nomination du demandeur à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail—Le demandeur a été nommé à titre amovible en vertu des art. 105 et 106 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, puis a été destitué de ses fonctions par le premier ministre de l'époque pour inconduite—Le demandeur avait droit à l'équité procédurale—L'obligation d'agir équitablement, soit d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique au décideur même si la décision qu'il rend n'est pas finale—Le ministre des Transports, dont le rôle est de recueillir et de pondérer des représentations et à faire une recommandation au Conseil des ministres, a fait preuve d'une crainte raisonnable de partialité lorsqu'il a déclaré à la Chambre des communes, avant de recevoir les représentations du demandeur, que ce dernier n'avait plus la confiance du gouvernement—Obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de recommander la destitution du demandeur en vertu de l'art. 105(5) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et de l'art. 24 de la *Loi d'interprétation*—Le défaut d'agir ainsi affecte la validité du décret de destitution—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Le ministre des Transports a l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de recommander la destitution du président en vertu de l'art. 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et de l'art. 24(1) de la *Loi d'interprétation*—La portée et le sens de l'art. 24(1) ont été définis—Il était nécessaire de recourir aux principes prévus dans la *Loi d'interprétation* puisque l'art. 105 ne contient aucune référence à la destitution des administrateurs d'une société d'État—La *Loi d'interprétation* est une loi d'application générale dont il ne faut pas restreindre indûment la portée—L'interprétation selon laquelle la destitution est assujettie aux mêmes règles que celles qui s'appliquent à la nomination s'harmonise bien avec l'intention du législateur et l'objectif de l'art. 105(6)—La consultation du conseil d'administration était une condition préalable à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.) . . . . . 359**

Patents—Practice—Appeal from Prothonotary’s decision permitting amendment of notice of application to include allegations previously discontinued based on misrepresentations; extending 24-month stay under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 7(1)(e)—Appeal dismissed—Regulations not complete code—Aspects of proceedings thereunder governed by *Federal Courts Act*, *Federal Courts Rules* except where conflict with Regulations—R. 77 permitting amendment notwithstanding expiration of relevant limitation period—Regulations, s. 7(4) providing s. 7(1)(e) not applicable in respect of s. 6(1) application if discontinued—Not meaning discontinuances obtained by misrepresentation, fraud should still have legal effect, deprive innocent party of its rights—Regardless, Regulations covering only application as whole, not partial amendments—Furthermore, proceedings can be reinstated.

### **Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada (F.C.) . . . 434**

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Motion challenging constitutionality of *Canada Evidence Act*, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) as contrary to fundamental freedom of expression, media protected by Charter, s. 2(b)—Attorney General notified secret information to be disclosed in civil action against it—Commenced designated proceeding under Act, s. 38 to have Court determine whether secret information should be disclosed—Authorized disclosure of existence of designated procedure—Plaintiff newspaper commencing constitutional challenge—Open court principle core democratic principle inextricably linked to s. 2(b) freedoms—Requiring media access, timely publication—Parties agreeing impugned provisions infringing Charter, s. 2(b).

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Plaintiffs challenging constitutionality of *Canada Evidence*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’exercice du pouvoir de recommandation du ministre et donc à l’adoption du décret mettant fin à la nomination.

### **Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.) . . . . . 359**

Brevets—Pratique—Appel de la décision du protonotaire autorisant la modification de l’avis de demande pour y ajouter des allégations qui avaient auparavant fait l’objet d’un désistement en raison de fausses déclarations et prorogeant le délai de 24 mois prévu à l’art. 7(1)e) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*—Appel rejeté—Le Règlement ne constitue pas un code exhaustif—De nombreux aspects des instances intentées en vertu du Règlement sont régis par la *Loi sur les Cours fédérales* ou les *Règles des Cours fédérales*, sauf s’il y a conflit avec le Règlement—La règle 77 autorise une modification malgré l’expiration du délai de prescription—L’art. 7(4) du Règlement dispose que l’art. 7(1)e) cesse de s’appliquer à l’égard de la demande visée à l’art. 6(1) si celle-ci fait l’objet d’un désistement—Cela ne signifie pas que les désistements obtenus par suite de fausses déclarations ou de fraude devraient avoir un effet juridique, privant une personne de bonne foi de ses droits—Néanmoins, le Règlement ne vise qu’une demande dans son ensemble et non des modifications partielles—Qui plus est, une instance peut reprendre son cours.

### **Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada (C.F.) . . . 434**

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Requête contestant la constitutionnalité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* au motif qu’ils portent atteinte aux libertés d’expression et de presse garanties par l’art. 2b) de la Charte—Le procureur général a appris que des renseignements secrets seraient divulgués dans le cadre d’une action civile intentée contre lui—Il a demandé, en vertu de l’art. 38 de la Loi, à la Cour de décider s’il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets—La divulgation de cette demande a été autorisée—Le demandeur (Toronto Star) a entamé une contestation de nature constitutionnelle—Le principe de la publicité des débats judiciaires est une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales que protège l’art. 2b)—Ce principe exige l’accès des médias et la publication en temps opportun—Les parties reconnaissent que les dispositions contestées portent atteinte à l’art. 2b) de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—Les demandeurs contestent la constitutionnalité des art.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Act*, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2)—Parties agreeing impugned provisions infringing Charter, s. 2(b)—Impugned provisions doing more than minimally required to safeguard secret information, therefore trenching unduly on open court principle—Provisions failing at minimal impairment branch of *R. v. Oakes* test, could not be saved under Charter, s. 1.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—*Canada Evidence Act*, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) infringing Charter, s. 2(b), not saved by s. 1—Reading down approach adopted by S.C.C. in *Ruby v. Canada (Solicitor General)* appropriate manner by which to remedy constitutional defects in impugned provisions—Mandatory confidentiality requirements in ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) to be read down, as constitutional remedy, to apply only to *ex parte* representations provided for in s. 38.11(2)—All court records accessible to non-government party presumptively available to public.

Evidence—Constitutionality of *Canada Evidence Act*, ss. 38.04, 38.11(1), 38.12(2) challenged as contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b) (guaranteeing freedom of expression, media)—Parties agreeing Charter infringed—Not saved by Charter, s. 1—Remedy to read down provisions.

**Turner v. TELUS Communications Inc. (F.C.A.)**  
**(Cross-ref.: Wansink v. TELUS Communications Inc.)** ..... 368

Privacy—Personal Information Protection and Electronic Documents Act—Appeal from Federal Court dismissal of applications regarding Privacy Commissioner of Canada's decision respondent TELUS Communications Inc. (TELUS) complying with *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA), s. 5(3), clauses 4.2, 4.7 of Schedule I thereof—Voice recognition technology to allow TELUS' employees to access, use internal computer network by speaking commands through telephone, requiring employee to provide voice sample from which voiceprint created,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*—Les parties reconnaissent que les dispositions contestées portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte—Les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires—Ces dispositions ne constituaient pas une atteinte minimale au sens de l'arrêt *R. c. Oakes* et ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—Les art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte, et ils ne pouvaient pas être sauvegardés en vertu de l'article premier—La méthode de l'interprétation atténuante qui a été adoptée par la C.S.C. dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées sur le plan constitutionnel—Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) devraient faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser que les observations *ex parte* qui sont mentionnées à l'art. 38.11(2)—Tous les documents auxquels a accès la partie non gouvernementale sont en principe accessibles au public.

Preuve—Contestation de la constitutionnalité des art. 38.04, 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* au motif qu'ils portent atteinte à l'art. 2b) (qui garantit les libertés d'expression et de la presse) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Les parties reconnaissent que ces dispositions portent atteinte à la Charte—Ces dispositions ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier—L'interprétation atténuante est le recours indiqué.

**Turner c. TELUS Communications Inc. (C.A.F.)**  
**(Renvoi : Wansink c. TELUS Communications Inc.)** 368

Protection des renseignements personnels—Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant des demandes relatives à la décision de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada portant que l'intimée TELUS Communications Inc. (TELUS) respectait l'art. 5(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) ainsi que les art. 4.2 et 4.7 de l'annexe I de cette loi—La technologie de reconnaissance de la voix permettant aux employés de TELUS d'accéder à son

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

stored—Four employees filing complaint with Privacy Commissioner of Canada contending threatened with disciplinary measures for refusing to provide voice print—Federal Court finding purpose for which personal information collected would be considered appropriate by reasonable person, employees' consent not necessary because exception in PIPEDA, s. 7(1)(a) applying—Erred in finding PIPEDA, s. 7(1) enumerating further exceptions to general principle in Sch. I, clause 4.3 that consent may not be required in appropriate circumstances— Also erred in finding exception in PIPEDA, s. 7(1) applicable since applying only where consent cannot be obtained, not where consent refused— PIPEDA, s. 27.1(1)(b) not applicable as protecting employees from reprisals arising from refusal to perform job functions resulting in violation of others' privacy rights—TELUS not violating PIPEDA since sought consent to collection of voice prints, no disciplinary measures yet taken—Appeal dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

réseau informatisé interne et de l'utiliser en transmettant des commandes au moyen d'un téléphone oblige l'employé à fournir un échantillon de sa voix à partir duquel une empreinte vocale est créée et stockée—Les quatre employés qui ont porté plainte auprès de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada soutenaient qu'ils avaient été menacés de mesures disciplinaires pour leur refus de se prêter à la collecte d'empreinte vocale—La Cour fédérale a conclu qu'une personne raisonnable estimerait acceptable la fin pour laquelle la collecte avait été faite et que le consentement des employés n'était pas nécessaire car l'exception prévue à l'art. 7(1)(a) de la LPRPDE s'appliquait—Elle a commis une erreur lorsqu'elle a statué que l'art. 7(1) de la LPRPDE énumère d'autres exceptions au principe général exposé à l'art. 4.3 de l'annexe I en vertu desquelles le consentement peut ne pas être requis dans certaines circonstances appropriées—Elle a aussi commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que l'exception visée à l'art. 7(1) de la LPRPDE s'appliquait puisque l'exception ne s'applique que dans les cas où le consentement ne peut être obtenu, pas lorsque le consentement est refusé—L'art. 27.1(1)(b) de la LPRPDE ne s'appliquait pas puisqu'il protège les employés contre des représailles découlant de leur refus d'accomplir des fonctions de leur emploi qui porteraient atteinte aux droits à la protection des renseignements personnels de tiers—TELUS n'a pas porté atteinte à la LPRPDE du fait qu'elle a demandé le consentement à la collecte des caractéristiques vocales et quelle n'a pris jusqu'ici aucune mesure disciplinaire—Appel rejeté.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 384 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-409-06, 2007 FCA 315). The reasons for judgment handed down 3/10/07, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, A-275-05, 2006 FCA 136, Noël J.A., judgment dated 5/4/06, was affirmed by a decision dated 5/10/07 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

Applications for leave to appeal *Canada (Attorney General) v. Fink*, A-631-05, 2006 FCA 354, Malone J.A., judgment dated 1/11/06, leave to appeal to S.C.C. refused 27/9/07.

*Canada v. Gilbert*, A-547-05, A-548-05, 2007 FCA 136, Nadon J.A., judgment dated 4/4/07, leave to appeal to S.C.C. refused 20/9/07.

*Corbiere v. Wikwemikong Tribal Police Services Board*, A-140-06, 2007 FCA 97, Malone J.A., judgment dated 12/3/07, leave to appeal to S.C.C. refused 20/9/07.

*Mishibinijima v. Canada (Attorney General)*, A-85-06, 2007 FCA 36, Nadon J.A., judgment dated 8/2/07, leave to appeal to S.C.C. refused 27/9/07.

*Moghbel v. Canada (Attorney General)*, A-23-07, 2007 FCA 144, Sharlow J.A., judgment dated 11/4/07, leave to appeal to S.C.C. refused 27/9/07.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 384 (C.F.) a été confirmée en appel (A-409-06, 2007 CAF 315). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3-10-07, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, A-275-05, 2006 CAF 136, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 5-4-06, a été confirmé par une décision en date du 5-10-07, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Banque Royale du Canada c. Canada*, A-27-06, 2007 CAF 72, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 14-2-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-9-07.

*Canada c. Gilbert*, A-547-05, A-548-05, 2007 CAF 136, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 4-4-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-9-07.

*Canada (Procureur général) c. Fink*, A-631-05, 2006 CAF 354, le Malone, J.C.A., jugement en date du 1-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-9-07.

*Corbiere c. Wikwemikong Tribal Police Services Board*, A-140-06, 2007 CAF 97, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 12-3-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-9-07.

*Mishibinijima c. Canada (Procureur général)*, A-85-06, 2007 CAF 36, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 8-2-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-9-07.

*Passucci v. Canada*, A-380-06, 2007 FCA 155, Nadon J.A., judgment dated 19/4/07, leave to appeal to S.C.C. refused 20/9/07.

*Royal Bank of Canada v. Canada*, A-27-06, 2007 FCA 72, Létourneau J.A., judgment dated 14/2/07, leave to appeal to S.C.C. refused 20/9/07.

*Sanchez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-310-06, 2007 FCA 99, Richard C.J., judgment dated 8/3/07, leave to appeal to S.C.C. refused 27/9/07.

*Moghbel c. Canada (Procureur général)*, A-23-07, 2007 CAF 144, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-4-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-9-07.

*Passucci c. Canada*, A-380-06, 2007 CAF 155, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 19-4-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-9-07.

*Sanchez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-310-06, 2007 CAF 99, le juge en chef Richard, jugement en date du 8-3-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-9-07.

IMM-98-06  
2006 FC 1503

IMM-98-06  
2006 CF 1503

**Mohammad Zeki Mahjoub** (*Applicant*)

**Mohammad Zeki Mahjoub** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*défendeurs*)

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

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

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Toronto, November 15, 16; Ottawa, December 14, 2006.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Toronto, 15 et 16 novembre; Ottawa, 14 décembre 2006.

*Citizenship and Immigration — Inadmissible Persons — Removal of Refugees — Judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration's delegate applicant posing danger to security of Canada, not facing substantial risk of torture, other ill treatment if deported to Egypt — Applicant, Egyptian national, found inadmissible under former Immigration Act, s. 19 as member of organization reasonably believed to engage in terrorism — Immigration and Refugee Protection Act, s. 115(1) prohibiting return of protected person to country where at risk of persecution, torture, cruel or unusual treatment — Delegate disregarding bulk of evidence from multitude of sources citing Egypt's non-compliance with assurances, failing to take important factors into consideration, arbitrarily relying on selected evidence — Delegate's decision with regard to substantial risk of torture faced by applicant on return to Egypt patently unreasonable — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Personnes interdites de territoire — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire d'une décision de la représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration portant que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada et qu'il n'existait pas de risque sérieux qu'il subisse la torture ou d'autres mauvais traitements s'il était renvoyé en Égypte — Le demandeur, un ressortissant égyptien, a été déclaré interdit de territoire conformément à l'art. 19 de l'ancienne Loi sur l'immigration au motif qu'il était membre d'une organisation dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elle commet des actes de terrorisme — L'art. 115(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés interdit le renvoi d'une personne protégée vers un pays où elle risque la persécution, la torture et des traitements cruels ou inusités — La représentante n'a pas tenu compte de l'essentiel de la preuve provenant d'une multitude de sources et indiquant que l'Égypte ne respectait pas les assurances qu'elle donnait, n'a pas tenu compte de facteurs importants et s'est appuyée de manière sélective sur certains éléments de preuve — La décision de la représentante quant au risque sérieux de torture auquel le demandeur serait exposé s'il était renvoyé en Égypte était manifestement déraisonnable — Demande accueillie.*

*Evidence — Minister of Citizenship and Immigration's delegate recommending removal of applicant to Egypt as posing danger to security of Canada, not facing substantial risk of torture, cruel and unusual treatment if deported there — Delegate's decision should be set aside only if patently unreasonable — Reliance on evidence likely to have been obtained by torture error in law — Credible evidentiary basis linking torture to specific evidence at issue necessary in order to justify exclusion — Where issue raised by applicant offering plausible explanation why evidence likely to have been obtained by torture, decision maker should consider issue in light of public, classified information — Determination of whether evidence likely to have been obtained by torture fact-driven inquiry — Based on public,*

*Preuve — La représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a recommandé que le demandeur soit renvoyé en Égypte parce qu'il constituait un danger pour la sécurité du Canada et qu'il ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture ou de traitements cruels et inusités s'il y était renvoyé — La décision de la représentante ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable — Le fait de retenir des preuves vraisemblablement obtenues sous l'effet de la torture constitue une erreur de droit — Il doit y avoir des éléments de preuve crédibles montrant que la torture est à l'origine des éléments de preuve précis en cause afin d'en justifier l'exclusion — Lorsque la question est soulevée par un demandeur qui explique de manière plausible pourquoi il est vraisemblable que la preuve a été obtenue par la torture, le*



*classified evidence, no error in weight accorded evidence on issue of danger to Canadian security — But delegate's selective reliance on one piece of evidence human rights abuses not prevalent in Egypt, against overwhelming bulk of evidence to contrary, patently unreasonable.*

This was an application for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration concluding that the applicant posed a danger to the security of Canada, that there were sufficient grounds for believing that he would not be at substantial risk of torture or other ill-treatment in Egypt, and therefore that he should be returned there. The applicant is an Egyptian national who came to Canada in 1995 and was found to be a Convention refugee in October 1996. A security certificate was issued against him on the ground that he was a member of an organization reasonably believed to engage in terrorism. In July 2004, the Minister of Citizenship and Immigration determined that the applicant was a danger to the security of Canada and decided that he should be removed to Egypt pursuant to paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Subsection 115(1) of the Act generally prohibits the return of a protected person, including a Convention refugee, to a country where he would be at risk of persecution, torture or cruel treatment. Subsection 115(2) sets out exceptions to this general principle. In *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334, the Federal Court found that the Minister's decision on the danger issue was based on incomplete evidence. On redetermination of the matter, a different delegate of the Minister concluded that the applicant posed a danger to the security of Canada, that he would not be at substantial risk of torture or other ill treatment in Egypt and that he should be returned there. The main issue was whether the delegate's decision with regard to the substantial risk of torture faced by the applicant on his return to Egypt was patently unreasonable.

*Held*, the application should be allowed.

Both the danger to the security of Canada and the substantial risk of torture questions are predominantly fact-driven inquiries. Since Parliament has vested the Minister

*décideur doit examiner cette question en tenant compte des renseignements publics et confidentiels — La question de savoir si la preuve a vraisemblablement été obtenue par la torture est une question de fait — À la lumière des éléments de preuve publics et confidentiels, la représentante n'a pas commis d'erreur relativement au poids accordé aux éléments de preuve concernant la question du danger pour la sécurité du Canada — Toutefois, le fait que la représentante a retenu de manière sélective un seul élément de preuve selon lequel les violations des droits de la personne n'étaient pas répandues en Égypte, ce qui va à l'encontre la preuve écrasante contraire à cette conclusion, était manifestement déraisonnable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'une représentante du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration portant que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada, qu'il y avait suffisamment de motifs de croire qu'il n'existait pas de risque sérieux qu'il subisse la torture ou d'autres mauvais traitements en Égypte et, par conséquent, qu'il devait y être renvoyé. Le demandeur, un ressortissant égyptien, est arrivé au Canada en 1995 et s'est vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention en octobre 1996. Un certificat de sécurité a été délivré contre lui au motif qu'il était membre d'une organisation dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elle commet ou a commis des actes de terrorisme. En juillet 2004, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a conclu que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada et a décidé que celui-ci devait être renvoyé en Égypte conformément à l'alinéa 115(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le paragraphe 115(1) de la Loi interdit de façon générale le renvoi d'une personne protégée, y compris un réfugié au sens de la Convention, vers un pays où elle risque la persécution, la torture et des traitements cruels. Le paragraphe 115(2) prévoit des exceptions à ce principe général. Dans l'arrêt *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334, la Cour fédérale a conclu que la décision du ministre concernant la question du risque posé reposait sur une preuve incomplète. Après un nouvel examen de la question, une autre représentante du ministre a conclu que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada, qu'il ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture ou d'autres mauvais traitements en Égypte et qu'il devait y être renvoyé. La principale question en litige était celle de savoir si la décision de la représentante quant au risque de torture important auquel le demandeur serait exposé en Égypte était manifestement déraisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

L'appréciation du danger pour la sécurité du Canada et celle de l'importance du risque de torture sont surtout des questions de fait. Comme le législateur a conféré au ministre

with broad discretion to balance both these factors in making the relevant determinations, a deferential approach must be taken and the delegate's decision will be set aside only if it is patently unreasonable. The Court should not reweigh the factors considered or interfere simply because it would have reached a different conclusion.

Reliance on evidence likely to have been obtained by torture is an error in law. However, there must be a credible evidentiary basis linking torture to the specific evidence at issue in order to justify its exclusion. Where the issue is raised by an applicant offering a plausible explanation why evidence is likely to have been obtained by torture, the decision maker should consider this issue in light of the public and classified information. A decision maker who finds there are reasonable grounds to suspect that evidence was likely obtained by torture should not rely on it in making a determination. The determination of whether evidence is likely to have been obtained by torture is a fact-driven inquiry, and requires the decision maker to weigh the evidence in the record to determine if it was likely the product of torture or not. Based on the public and classified evidence, the delegate did not err in according the evidence the probity she believed it deserved in light of its provenance, and in view of the other available evidence. She did not ignore, but rather directly addressed the applicant's allegations that his current level of notoriety would preclude any present involvement with covert terrorist networks, stating that it would enhance his position within the movement. It was reasonable for the delegate to infer that, notwithstanding his considerable public exposure, the applicant could, because of his experience, influence and connections, participate in a terrorist organization. She turned her attention to the applicant's current mental and physical states in making her determination. It was not an error for her to infer that his paranoia would not neutralize his capacity to participate in planning terrorist activities. The conclusions drawn regarding his involvement with terrorist networks were substantiated on a wide range of evidence, and beyond mere "guilt by association" reasoning. In relation to the issue of the danger that the applicant posed to the security of Canada, there was much relevant classified information, not contained in the public record. While the delegate's findings could appear insufficiently corroborated when viewed solely through the lens of the public record, when considered in concert with the classified evidence, her conclusions were well grounded in the evidence before her. She did not commit any reviewable errors with regard to the danger to the security of Canada issue.

un large pouvoir discrétionnaire pour soupeser ces facteurs lorsqu'il rend sa décision, il convient de faire preuve de déférence et la décision de la représentante ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable. La Cour ne doit pas réévaluer les facteurs déjà pris en compte ni intervenir simplement parce qu'elle en serait venue à une conclusion différente.

Le fait de retenir des preuves vraisemblablement obtenues sous l'effet de la torture constitue une erreur de droit. Toutefois, il doit y avoir des éléments de preuve crédibles montrant que la torture est à l'origine des éléments de preuve précis en cause afin d'en justifier l'exclusion. Lorsque la question est soulevée par un demandeur qui explique de manière plausible pourquoi il est vraisemblable que la preuve a été obtenue par la torture, le décideur doit examiner cette question en tenant compte des renseignements publics et confidentiels. Le décideur qui estime qu'il y a des motifs raisonnables de croire que cette preuve a vraisemblablement été obtenue par la torture ne doit pas la retenir pour rendre une décision. La question de savoir si la preuve a vraisemblablement été obtenue par la torture est essentiellement une question de fait et, pour y répondre, le décideur doit peser la preuve versée au dossier pour décider si elle a vraisemblablement été obtenue par la torture. À la lumière des éléments de preuve publics et confidentiels, la représentante n'a pas commis d'erreur en accordant à la preuve le degré de fiabilité qu'elle méritait, à son avis, compte tenu de sa provenance et des autres éléments de preuve disponibles. Elle n'a pas fait abstraction des allégations du demandeur selon lesquelles sa notoriété empêcherait toute participation actuelle dans des réseaux terroristes secrets; elle en a traité directement, déclarant que cela améliorerait la position du demandeur au sein du mouvement. Il était raisonnable pour la représentante de déduire que, malgré son exposition médiatique considérable, le demandeur pourrait, en raison de son influence, de son expérience et de ses relations, participer aux activités d'une organisation terroriste. Elle a tenu compte à la fois de l'état physique et de la santé mentale du demandeur pour parvenir à sa décision. Elle n'a pas commis d'erreur en concluant que la paranoïa du demandeur ne réduirait pas à néant sa capacité de participer à la planification d'activités terroristes. Les conclusions qui ont été tirées quant à la participation du demandeur aux activités de réseaux terroristes étaient étayées par de nombreux éléments de preuve et allaient au-delà d'un raisonnement fondé sur une simple « culpabilité par association ». Pour ce qui était de la question du danger que représentait le demandeur pour la sécurité du Canada, il y avait de nombreux renseignements confidentiels pertinents qui ne se trouvaient pas dans le dossier public. Bien que les conclusions de la représentante aient pu paraître insuffisamment corroborées au vu uniquement du dossier public, si on les lit en tenant compte de la preuve confidentielle, ses conclusions étaient bien étayées par la

The delegate declared that there was no substantial risk that the applicant would face the death penalty upon his return to Egypt. She enumerated the sources she had considered in her assessment of the country conditions in Egypt. She gave little weight to a 2005 Amnesty International (AI) report that concluded that torture is used systematically throughout Egypt, but she accorded considerable weight to a 2002 decision of the Court of Appeal of Austria in concluding there were not large scale violations of human rights in Egypt. Egypt had given assurances to Canada that the applicant would not be tortured upon his return there. The delegate gave little weight to any of the evidence submitted on behalf of the applicant to show that the assurances were not reliable. It was not patently unreasonable for the delegate to conclude that there was no substantial risk that the applicant would face the death penalty upon return. The issue of “substantial risk” of torture was whether, on the finding of facts, it is more likely than not that the individual would be personally subjected to a danger of torture. It was arbitrary for the delegate to reject the probity of the 2005 AI report on the grounds that it was “hearsay and anecdotal”, and then subsequently rely on the U.S. Department of State reports that could be similarly qualified. She ignored the ultimate findings of the Committee against Torture (CAT) in the *Agiza v. Sweden* matter that torture was systemic in Egypt. The delegate’s blanket rejection of information from agencies with worldwide reputations for credibility such as Amnesty International and Human Rights Watch was puzzling, especially given the institutional reliance of Canadian courts and tribunals on these very sources. She should not have relied on one single source of evidence, the 2002 Court of Appeal of Austria decision, to conclude that torture was not prevalent in Egypt, where the bulk of the evidence pointed to the contrary conclusion. The delegate’s selective reliance on one piece of evidence, that human rights abuses were not a systemic problem in Egypt, against the overwhelming bulk of the evidence which essentially pointed to the contrary, was patently unreasonable.

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada warned against placing too much reliance on assurances made by governments that have engaged in torture in the past. The Court suggested factors the Minister may take into account in evaluating assurances given by a foreign government with regard to

preuve dont elle était saisie. Elle n’a pas commis d’erreur susceptible de contrôle relativement à la question du danger pour la sécurité du Canada.

La représentante a déclaré qu’il n’y avait pas de risque sérieux que le demandeur soit exposé à la peine de mort à son retour en Égypte. Elle a énuméré les sources qu’elle avait consultées pour apprécier la situation en Égypte. Elle a accordé peu de poids à un rapport d’Amnistie internationale (AI) de 2005 qui concluait que la torture était systématiquement utilisée partout en Égypte, mais elle a accordé un poids considérable à une décision rendue en 2002 par la Cour d’appel d’Autriche, qui a conclu qu’il n’y avait pas de violations généralisées des droits humains en Égypte. L’Égypte avait assuré le Canada que le demandeur ne serait pas torturé à son retour. La représentante a accordé peu de poids aux éléments de preuve présentés au nom du demandeur sur la question des assurances données. Il n’était pas manifestement déraisonnable de la part de la représentante de conclure qu’il n’y avait aucun risque sérieux que le demandeur subisse la peine de mort à son retour en Égypte. La question relative au « risque sérieux » était celle de savoir si, d’après les faits dont le tribunal était saisi, il était probable que l’intéressé serait personnellement exposé au risque de subir la torture. La représentante a agi arbitrairement en niant la valeur du rapport de 2005 de AI au motif qu’il était « anecdotique et fondé sur des oui-dire », pour ensuite retenir les rapports du Département d’État américain auxquels les mêmes qualificatifs auraient pu s’appliquer. Elle n’a pas tenu compte des conclusions définitives du Comité contre la torture (CCT) dans l’arrêt *Agiza c. Suède* selon lesquelles la torture est systémique en Égypte. Le rejet en bloc par la représentante de renseignements provenant d’organismes de renom dans le monde entier quant à leur fiabilité comme Amnistie internationale et Human Rights Watch était surprenant, surtout compte tenu du fait que les cours de justice et les tribunaux canadiens s’appuient sur ces mêmes sources. La représentante n’aurait pas dû se fier à un seul élément de preuve, soit la décision que la Cour d’appel d’Autriche a rendue en 2002, pour conclure que la torture n’était pas répandue en Égypte, alors que l’essentiel de la preuve allait dans le sens contraire. La représentante a agi de manière manifestement déraisonnable lorsqu’elle a retenu de manière sélective un seul élément de preuve selon lequel les violations des droits humains ne constituaient pas un problème systémique en Égypte, contrairement à la preuve écrasante qui a été présentée.

Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, la Cour suprême du Canada a fait une mise en garde contre le fait d’accorder trop d’importance aux assurances données par des gouvernements qui par le passé ont fait usage de la torture. La Cour a énoncé des facteurs que le ministre peut prendre en compte dans l’appréciation des

torture. These factors provide a cautious framework for any analysis of the trustworthiness of assurances given by a foreign government. In this case, the delegate failed to apply the analysis suggested by the Supreme Court and disregarded the bulk of evidence from a multitude of sources that cited Egypt's non-compliance with assurances. Neither of the two diplomatic notes relied upon by the delegate mentioned monitoring mechanisms, and they contained no specific commitments not to abuse the applicant. The only element that could be construed as an assurance was a general statement that he would be treated in accordance with the human rights charter, though the evidence demonstrated it does not exist. The delegate consistently ignored critical evidence, failed to take important factors into consideration and arbitrarily relied on selected evidence. This flawed approach was patently unreasonable with regard to the substantial risk of torture issue.

The delegate considered the submissions made by the applicant's wife that his deportation would have a detrimental impact on their children but concluded that the best interest of the children did not outweigh her findings that the applicant was a danger to the security of Canada. The delegate acknowledged the applicant's specific situation as well as the likely impact of his deportation on his children. There were no grounds for the Court's intervention with regard to that issue. Finally, in light of the permissive language used by the Court in *Suresh*, there was no obligation on the delegate to conduct an analysis concerning third-country alternatives. In view of her conclusion that the applicant did not face a substantial risk of torture on his return to Egypt, there was no reason for the delegate to proceed with such an analysis.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 87, 115.

assurances données par un gouvernement étranger concernant la torture. Ces facteurs fournissent un cadre judicieux d'analyse de la fiabilité des assurances données par un gouvernement étranger. En l'espèce, la représentante n'a pas fait l'analyse énoncée par la Cour suprême et n'a pas tenu compte de l'essentiel de la preuve provenant d'une multitude de sources et indiquant que l'Égypte ne respectait pas les assurances qu'elle donnait. Aucune des deux notes diplomatiques sur lesquelles la représentante s'est appuyée ne mentionnait de système de contrôle, et elles ne contenaient aucun engagement précis de ne pas commettre d'abus à l'égard du demandeur. Le seul élément qui pouvait être interprété comme une assurance était une déclaration générale selon laquelle le demandeur serait traité conformément à la charte des droits de la personne, alors que la preuve établit que cette charte n'existe pas. La représentante a fait abstraction d'éléments de preuve essentiels à plusieurs reprises, elle n'a pas tenu compte de facteurs importants et elle s'est appuyée de manière sélective sur certains éléments de preuve. Cette démarche déficiente était manifestement déraisonnable au regard de la question du risque sérieux de torture.

La représentante a tenu compte des observations de l'épouse du demandeur selon lesquelles le renvoi de celui-ci aurait un effet préjudiciable sur leurs enfants, mais elle a conclu que leur intérêt ne pouvait l'emporter sur le fait que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada. La représentante a reconnu la situation particulière du demandeur de même que l'impact que son renvoi aurait vraisemblablement sur ses enfants. Il n'y avait aucun motif d'intervenir relativement à cette question. Enfin, à la lumière du fait que la Cour a utilisé une formulation facultative dans l'arrêt *Suresh*, la représentante n'avait aucune obligation d'analyser les possibilités de renvoi vers un pays tiers. Vu sa conclusion que le demandeur ne courait pas de risque sérieux de torture en cas d'expulsion vers l'Égypte, elle n'avait aucune raison de procéder à une telle analyse.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 87, 115.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Jaballah (Re)* (2006), 278 F.T.R. 90; 52 Imm. L.R. (3d) 49; 2006 FC 346; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71; *Rosales v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 72 F.T.R. 1; 23 Imm. L.R. (2d) 100 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*India v. Singh* (1996), 108 C.C.C. (3d) 274; 36 Imm. L.R. (2d) 17 (B.C.S.C.).

## CONSIDERED:

*Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334; (2005), 261 F.T.R. 95; 45 Imm. L.R. (3d) 135; 2005 FC 156; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179; aff'd (2005), 253 D.L.R. (4th) 606; 332 N.R. 344; 2005 FCA 125; *Charkaoui (Re)* (2004), 260 F.T.R. 238; 50 Imm. L.R. (3d) 123; 2004 FC 1031; *Harkat (Re)* (2005), 261 F.T.R. 52; 45 Imm. L.R. (3d) 65; 2005 FC 393; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327; (2004), 249 F.T.R. 53; 38 Imm. L.R. (3d) 117; 2004 FC 420; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101; 2005 FC 1596; *Charkaoui (Re)* (2003), 39 Imm. L.R. (3d) 308; 2003 FC 1418; *Thang v. Canada (Solicitor General)* (2004), 35 Imm. L.R. (3d) 241; 2004 FC 457.

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2001] 4 F.C. 644; (2001), 212 F.T.R. 42; 2001 FCT 1095; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 262 F.T.R. 7; 46 Imm. L.R. (3d) 161; 2005 FC 355; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568; 24 F.T.R. 24 (T.D.); aff'd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.); *Harkat (Re)* (2003), 231 F.T.R. 19; 27 Imm. L.R. (3d) 47; 2003 FCT 285; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 193 D.L.R. (4th) 357; 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.); *Bilasi-Ashri v. Austria*, Application No.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Jaballah (Re)*, 2006 CF 346; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71; *Rosales c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 1454 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*India v. Singh* (1996), 108 C.C.C. (3d) 274; 36 Imm. L.R. (2d) 17 (C.S.C.-B.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334; 2005 CF 156; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 179; conf. par 2005 CAF 125; *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 1031; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327; 2004 CF 420; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2005 CF 1596; *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1418; *Thang c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 457.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, [2001] 4 C.F. 644; 2001 CFPI 1095; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 355; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL); *Harkat (Re)*, 2003 CFPI 285; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.); *Bilasi-Ashri c. Autriche*, requête n° 3314/02, 26 novembre 2002 (C.E.D.H.); *Agiza c. Suède*, Doc. NU CAT/C/34/D/233/2003 (24 mai 2005); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592; *Li c. Canada (Ministre*

3314/02, November 26, 2002 (E.C.H.R.); *Agiza v. Sweden*, UN Doc. CAT/C/34/D/233/2003 (24 May 2005); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592; (2000), 183 D.L.R. (4th) 629; 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239; (2005), 249 D.L.R. (4th) 306; 41 Imm. L.R. (3d) 157; 329 N.R. 346; 2005 FCA 1; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *Buri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 323; 2001 FCT 1358; *Kazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 19 Imm. L.R. (3d) 143; 2002 FCT 178; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142; (2005), 251 D.L.R. (4th) 13; 45 Imm. L.R. (3d) 163; 330 N.R. 73; 2005 FCA 54.

## AUTHORS CITED

“Black Hole: The Fate of Islamists Rendered to Egypt” (2005), 17 *Human Rights Watch* No. 5(E).  
*Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Egypt*, UN Doc. CAT/C/CR/29/4 (23 December 2002).  
 “Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” (2004), 16 *Human Rights Watch* No. 4(D).  
 Houle, France. “Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert: le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés” (2004), 38 *R.J.T.* 263.  
 “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” (2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4(D).

APPLICATION for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration concluding that the applicant posed a danger to the security of Canada, that there were sufficient grounds for believing he would not be at substantial risk of torture or other ill treatment in Egypt, and that he should be returned there. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Barbara L. Jackman* and *John R. Norris* for applicant.

*de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239; 2005 CAF 1; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Buri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 1358; *Kazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 178; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142; 2005 CAF 54.

## DOCTRINE CITÉE

« Black Hole : The Fate of Islamists Rendered to Egypt » (2005), 17 *Human Rights Watch* No. 5(E).  
*Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Égypte*, Doc. NU CAT/C/CR/29/4 (23 décembre 2002).  
 Houle, France. « Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert : le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés » (2004), 38 *R.J.T.* 263.  
 « Promesses vides : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » (2004), 16 *Human Rights Watch* No. 4(D).  
 « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la Torture » (2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4(D).

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision d’une représentante du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration portant que le demandeur constituait un danger pour la sécurité du Canada, qu’il y avait suffisamment de motifs de croire qu’il n’existait pas de risque sérieux qu’il subisse la torture ou d’autres mauvais traitements en Égypte et qu’il devait y être renvoyé. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Barbara L. Jackman* et *John R. Norris* pour le demandeur.

*Donald A. MacIntosh, Alison Engel-Yan and Mielka Visnic for respondents.*

*Donald A. MacIntosh, Alison Engel-Yan et Mielka Visnic pour les défendeurs.*

SOLICITORS OF RECORD:

*Jackman & Associates, Toronto, and Ruby & Edwardh, Toronto, for applicant.  
Deputy Attorney General of Canada for respondents.*

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Jackman & Associates, Toronto, et Ruby & Edwardh, Toronto, pour le demandeur.  
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.*

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

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

TREMBLAY-LAMER J.:

LA JUGE TREMBLAY-LAMER :

INTRODUCTION AND BACKGROUND FACTS

INTRODUCTION ET CONTEXTE FACTUEL

[1] There have been considerable proceedings related to the present matter. In addition to the following cursory overview, Appendix A to these reasons contains a more detailed chronology of related events.

[1] La présente affaire a donné lieu à de nombreuses procédures. Outre le bref aperçu donné ci-dessous, une chronologie plus détaillée des événements pertinents figure à l'annexe A.

[2] Mr. Mohamed Zeki Mahjoub (the applicant) is an Egyptian national who came to Canada in 1995 and was found to be a Convention refugee in October 1996.

[2] M. Mohamed Zeki Mahjoub (le demandeur) est ressortissant égyptien; il est arrivé au Canada en 1995 et il a été reconnu comme réfugié au sens de la Convention en octobre 1996.

[3] Mr. Mahjoub has been in detention since the spring of 2000, when the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration (the Ministers) issued a security certificate qualifying Mr. Mahjoub as inadmissible under section 19 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (former Act) in effect at that time. Appendix B to these reasons sets out the relevant parts of the former Act. This opinion was based on a security intelligence report expressing the belief of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) that Mr. Mahjoub was a member of an inadmissible class referred to in the former Act, by virtue of CSIS' opinion that he:

[3] M. Mahjoub est détenu depuis le printemps 2000, après que le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (les ministres) eurent délivré un certificat de sécurité déclarant que M. Mahjoub appartenait à l'une des catégories non admissibles visées à l'article 19 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi), en vigueur à l'époque. L'annexe B des présents motifs reprend les articles pertinents de l'ancienne Loi. Cette opinion se fondait sur un rapport secret en matière de sécurité dans lequel le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) se disait d'avis que M. Mahjoub appartenait aux catégories de personnes non admissibles visées dans l'ancienne Loi, pour les motifs suivants :

- will, while in Canada, engage in, or instigate, the subversion by force of the Government of Egypt;
- is a member of the Vanguard of Conquest (VOC), a faction of Al Jihad (AJ). The VOC is an organization

- pendant son séjour au Canada, il a travaillé ou incité au renversement par la force du gouvernement égyptien,
- il est membre du Vanguard of Conquest (VOC), une aile du Al Jihad (AJ). Le VOC est une organisation

that there are reasonable grounds to believe will engage in, or instigate, the subversion by force of the Government of Egypt, and will engage in terrorism;

- is, and was, a member of the VOC, which is an organization that there are reasonable grounds to believe is, or was, engaged in terrorism; and
- has engaged in terrorism.

[4] The security certificate issued by the Ministers was challenged by Mr. Mahjoub, but was found to be reasonable by Mr. Justice Marc Nadon in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2001] 4 F.C. 644 (T.D.).

[5] In a July 2004 decision, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) determined that Mr. Mahjoub was a danger to the security of Canada, and upon being returned to Egypt would probably be detained and could suffer human rights abuses. Notwithstanding the finding of a “substantial risk of ill-treatment and human rights abuses” the Minister decided that Mr. Mahjoub should be removed to Egypt, pursuant to paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act). Mr. Mahjoub applied for judicial review of that decision.

[6] In *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334 (*Mahjoub 2005*) Justice Eleanor Dawson found that the Minister’s decision on the danger issue was based on incomplete evidence. The Minister’s delegate had relied only on a CSIS narrative report, and lacked the detailed confidential information upon which the narrative was based. Consequently, the Court found that the delegate could not properly assess the danger posed by Mr. Mahjoub, and by extension, could not properly balance the competing interests at stake. The application for judicial review was allowed, and the matter was remitted for re-determination by another delegate of the Minister.

dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle travaillera ou incitera au renversement par la force du gouvernement égyptien et qu’elle commettra des actes de terrorisme;

- il est et était membre du VOC, une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle commet ou a commis des actes de terrorisme; et
- il a commis des actes de terrorisme.

[4] Le certificat de sécurité délivré par les ministres a été contesté par M. Mahjoub, mais le juge Marc Nadon a conclu, dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Mahjoub*, [2001] 4 C.F. 644 (1<sup>re</sup> inst.), qu’il était raisonnable.

[5] Dans une décision en date de juillet 2004, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre) a conclu que M. Mahjoub constituait un danger pour la sécurité du Canada, et qu’à son retour en Égypte, il serait probablement détenu et pourrait être victime de violations des droits de la personne. Même s’il a été conclu [TRADUCTION] «qu’il pourrait être très certainement exposé au risque de mauvais traitements et de violations des droits de la personne», le ministre a décidé que M. Mahjoub devait être renvoyé en Égypte, conformément à l’alinéa 115(2)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). M. Mahjoub a sollicité le contrôle judiciaire de cette décision.

[6] Dans la décision *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334, (*Mahjoub 2005*), la juge Eleanor Dawson a conclu que la décision du ministre concernant la question du risque posé se fondait sur une preuve incomplète. La représentante du ministre ne s’était appuyée que sur un rapport narratif du SCRS, et ne disposait pas des renseignements confidentiels détaillés sur lesquels ce rapport était fondé. Par conséquent, la Cour a conclu que la représentante ne pouvait correctement évaluer le danger que constituait M. Mahjoub et donc qu’elle ne pouvait correctement soupeser les intérêts contradictoires en jeu. La demande de contrôle judiciaire a été accueillie, et la question a été renvoyée à un autre représentant du ministre pour qu’il rende une nouvelle décision.



[7] On redetermination of the matter, a different delegate of the Minister (the delegate) concluded in a decision dated January 3, 2006, that Mr. Mahjoub poses a danger to the security of Canada, that there were sufficient grounds for believing he would not be at substantial risk of torture or other ill treatment in Egypt, and therefore that he should be returned there.

[8] Mr. Mahjoub brings the present application for judicial review of this January 3, 2006 decision.

#### APPLICABLE LEGISLATION

[9] Subsection 115(1) of the Act generally prohibits the return of a protected person, including a Convention refugee, to a country where he or she would be at risk of persecution or torture or cruel or unusual treatment or punishment (torture). Subsection 115(2) of the Act sets out exceptions to this general principle. Section 115 of the Act is as follows:

**115.** (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

[7] Après un nouvel examen de la question, une autre représentante du ministre (la représentante) a conclu, dans une décision en date du 3 janvier 2006, que M. Mahjoub constituait un danger pour la sécurité du Canada, et qu'il y avait suffisamment de motifs de croire qu'il n'existait pas de risque important qu'il subisse la torture ou d'autres mauvais traitements en Égypte et, par conséquent, qu'il devait y être renvoyé.

[8] M. Mahjoub a déposé la présente demande de contrôle judiciaire de cette décision du 3 janvier 2006.

#### LES DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES

[9] Le paragraphe 115(1) de la Loi interdit de façon générale le renvoi d'une personne protégée, y compris un réfugié au sens de la Convention, vers un pays où elle risque la persécution, la torture et des traitements ou peines cruels et inusités (la torture). Le paragraphe 115(2) de la Loi prévoit des exceptions à ce principe général. L'article 115 de la Loi se lit comme suit :

**115.** (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

## ISSUES

[10] The following issues are raised in this judicial review application:

1. Applicable standard of review
2. Danger to the security of Canada
  - a. Sources of evidence
    - i. Reliance on evidence likely to have been obtained by torture
    - ii. Burden of proof
  - b. Assessment of the evidence by the delegate
3. Substantial risk of death and/or torture upon return to Egypt
  - a. Country conditions
    - i. Death penalty
    - ii. Substantial risk of torture
  - b. Egypt's assurances
4. Best interests of the children
5. Alternatives to removal

## ANALYSIS

1. Applicable standard of review

[11] Both the danger to the security of Canada and the substantial risk of torture questions are predominantly fact-driven inquiries (*Mahjoub* 2005, above at paragraph 42; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 262 F.T.R. 7 (F.C.), at paragraph 32). I agree with my colleague Mr. Justice Andrew MacKay that Parliament has vested the Minister with broad discretion to balance both these factors in making the relevant determinations (*Jaballah (Re)* (2006), 278 F.T.R. 90 (F.C.), at paragraph 18) (*Jaballah*). Accordingly, a deferential approach must be taken and

## QUESTIONS EN LITIGE

[10] La présente demande de contrôle judiciaire met en jeu les questions suivantes :

1. La norme de contrôle applicable
2. Le danger posé à la sécurité du Canada
  - a. L'origine de la preuve
    - i. La preuve vraisemblablement obtenue par la torture
    - ii. Le fardeau de la preuve
  - b. L'évaluation de la preuve par la représentante du ministre
3. Le risque sérieux de mort ou de torture en cas de retour en Égypte
  - a. La situation dans le pays
    - i. La peine de mort
    - ii. Le risque sérieux de torture
  - b. Les assurances données par l'Égypte
4. L'intérêt supérieur des enfants
5. Les solutions autres que le renvoi

## L'ANALYSE

1. La norme de contrôle applicable

[11] L'appréciation du danger pour la sécurité du Canada et celle de l'importance du risque de torture sont surtout sur des questions de fait (*Mahjoub* 2005, précitée, au paragraphe 42; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 355, au paragraphe 32). Je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Andrew MacKay selon lequel le législateur a conféré au ministre un large pouvoir discrétionnaire pour soupeser ces facteurs lorsqu'il rend sa décision (*Jaballah (Re)*, 2006 CF 346, au paragraphe 18) (*Jaballah*). Par conséquent, il convient de faire preuve

the delegate's decision must only be set aside if it is patently unreasonable. In order to intervene, a reviewing Court must be satisfied that the decision was made arbitrarily, or in bad faith, or without regard to the appropriate factors, or the decision cannot be supported on the evidence; the Court is not to reweigh the factors considered or interfere simply because the Court would have reached a different conclusion (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 29, 39, 41) (*Suresh*). As the Supreme Court of Canada stated in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 52, "a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective" and "[a] decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand."

[12] Given that this application centres on the relatively lengthy reasons of the delegate's decision, and the evidence upon which it was based, it is worth canvassing in tandem with an issue-by-issue analysis.

## 2. Danger to the security of Canada

### Delegate's Reasons

[13] The delegate began by reviewing the circumstances surrounding Mr. Mahjoub's arrival in Canada. She noted that Mr. Mahjoub first came to Canada in 1995 with the use of a forged Saudi passport. She mentioned that his whereabouts from 1986 to 1995 were largely unaccounted for, with the exception of a period in 1992-1993 when he was in Sudan working for a Bin Laden company. At this time Al-Qaida was headquartered in Sudan. She also referred to the fact that Mr. Mahjoub was interviewed in person by Usama bin Laden and given the position of Deputy General Manager in charge of some 4,000 employees with a considerable salary (in relative terms), despite the fact that he had no prior relevant experience.

de déférence et la décision de la représentante ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable. La Cour saisie de la demande de contrôle ne doit intervenir que si elle est convaincue que le décideur a agi de façon arbitraire, ou de mauvaise foi, ou sans tenir compte des facteurs appropriés, ou que si la décision ne peut être appuyée par la preuve; la Cour ne doit pas réévaluer les facteurs déjà pris en compte ni intervenir simplement parce qu'elle en serait venue à une conclusion différente (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 29, 39 et 41) (*Suresh*). Comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 52, « dès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée » et « [u]ne décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir ».

[12] Étant donné que la présente demande porte surtout sur les motifs assez longs de la décision de la représentante, et la preuve sur laquelle cette décision est fondée, il est utile de les examiner ensemble en procédant à une analyse point par point.

## 2. Le danger pour la sécurité du Canada

### Les motifs de la représentante

[13] La représentante a d'abord passé en revue les circonstances entourant l'arrivée de M. Mahjoub au Canada. Elle a signalé que M. Mahjoub est d'abord entré au Canada en 1995 muni d'un faux passeport saoudien. Elle a mentionné qu'on ne savait à peu près pas où il se trouvait entre 1986 et 1995, à l'exception d'une période en 1992-1993 où il travaillait pour une compagnie d'Oussama ben Laden au Soudan. À cette époque, le siège social d'Al-Qaida se trouvait au Soudan. Elle a également mentionné le fait que M. Mahjoub a été interviewé en personne par Oussama ben Laden et qu'il a obtenu le poste de directeur général adjoint responsable de quelque 4 000 employés, assorti d'un salaire assez élevé (toutes proportions gardées), malgré le fait qu'il n'avait aucune expérience pertinente.

[14] She referred to evidence suggesting Mr. Mahjoub's connection to a terrorist organization, citing among other things his arrival in Canada shortly after Sudan expelled Egyptian extremists. She cited his direct and indirect connections with known terrorists, along with his repeated attempts to intentionally conceal these connections from Canadian authorities. She found that these patterns of connections and persistent attempts to mislead Canadian authorities revealed "an in-depth involvement in the terror network."

[15] With regard to the Al Jihad/Vanguards of Conquest (AJ/VOC) group, the delegate concluded on the basis of the public and classified record that there was sufficient evidence that Mr. Mahjoub is a senior member. She noted that he has maintained close contacts with operatives of the group, and that prior to his detention he had "constant and high level contacts with members of Osama Bin Laden's terrorist network all over the world, that he likely facilitated the planning of terrorist attacks and provided logistical support."

[16] In summary, the delegate concluded that she was persuaded that "Mr. Mahjoub was and continues to be a high ranking member of the AJ," that the AJ/VOC has now merged with Al-Qaida, and that the group's targets have widened beyond overthrowing the Egyptian government to the present goal of "indiscriminately attack[ing] Western civilians and economic interests all over the world." She pointed out that the merged organization has openly threatened all Western countries, that Canada has been specifically targeted, and is currently the only such country that has not been directly attacked. This group has shown that it is extremely dangerous and has the capacity to carry out its mandate all over the world, viewing civilians as legitimate targets.

[17] Given its current decentralization, the delegate was satisfied that the evidence showed that the Al-Qaida network was still capable of executing terrorist acts despite the deaths and detentions of senior members. She concluded that rather than being an impediment to

[14] Elle a fait référence à des éléments de preuve laissant supposer que M. Mahjoub avait des liens avec une organisation terroriste, citant entre autres choses son arrivée au Canada peu après que le Soudan eut expulsé des extrémistes égyptiens. Elle a mentionné ses liens directs et indirects avec des terroristes connus, de même que ses tentatives répétées de dissimuler intentionnellement ces liens aux autorités canadiennes. Elle a conclu que ces types de liens et ces multiples tentatives de tromper les autorités canadiennes révélaient [TRADUCTION] « une participation très active au réseau terroriste ».

[15] Pour ce qui est du groupe Al Jihad/Vanguards of Conquest (AJ/VOC), la représentante a conclu, sur la base du dossier public et confidentiel, qu'il y avait suffisamment de preuves pour conclure que M. Mahjoub en était un membre de haut rang. Elle a signalé qu'il avait maintenu des contacts étroits avec des agents secrets du groupe, et qu'avant sa détention, il avait eu [TRADUCTION] « des contacts ininterrompus et de haut niveau avec les membres du réseau terroriste d'Oussama ben Laden partout dans le monde, et qu'il avait vraisemblablement facilité la planification d'attaques terroristes et fourni l'appui logistique ».

[16] En résumé, la représentante s'est dite persuadée que [TRADUCTION] « M. Mahjoub était et continue d'être un membre haut placé de l'AJ », que l'AJ/VOC avait maintenant fusionné avec Al-Qaida, et que les objectifs du groupe vont maintenant au-delà du renversement du gouvernement égyptien, soit [TRADUCTION] « d'attaquer sans distinction les civils et les intérêts économiques occidentaux partout dans le monde ». Elle a signalé que l'organisation unifiée avait ouvertement menacé tous les pays d'Occident, que le Canada avait été désigné comme cible, et qu'il était actuellement le seul pays qui n'avait pas été directement attaqué. Ce groupe a démontré qu'il était extrêmement dangereux et qu'il avait la capacité d'accomplir sa mission partout dans le monde, en prenant les civils comme cibles.

[17] Compte tenu de la décentralisation actuelle du réseau, la représentante s'est dite convaincue que la preuve démontrait que le réseau Al-Qaida était toujours en mesure de commettre des actes de terrorisme malgré le décès et l'arrestation de certains de ses membres

him, the voids left by senior members would permit Mr. Mahjoub to be better positioned to become prominent in the network, and thereby plan further terrorist attacks. Even if he were not able to reinsert himself in the same branches of the organization, she reasoned, he would be able to proceed with terrorist activities targeting Western nations, including Canada, due to “his experience, his influence and his network.”

[18] In consideration of the submissions that Mr. Mahjoub could no longer pose a threat to Canada due to his current state of mental and physical health, the delegate was not satisfied that this lessened the threat that he posed to Canada. She similarly rejected the notion that his notoriety would be an impediment to his ability to be involved in future terrorist activities. In view of all the evidence, she was convinced that the “threatened harm posed by Mr. Mahjoub is substantial, serious, and grounded on objectively reasonable suspicion.”

(a) Sources of evidence

- i. Reliance on evidence likely to have been obtained by torture

[19] The applicant submits that Canadian officials have relied on evidence from Egypt in making its case against him. He maintains the delegate failed to meet the standard of “cogent evidence” required for such an important decision as she impermissibly relied on some information that is “likely to have been obtained by torture”, given Egypt’s record of using torture for interrogatory purposes. Similarly, he argues, the delegate impermissibly considered his conviction by an Egyptian military court arising from an *in absentia* proceeding, which probably also relied on evidence likely obtained by torture.

[20] For the respondents, there is no basis for the speculation that the delegate relied on evidence which

dirigeants. Elle a conclu que, plutôt que de constituer un obstacle pour lui, le vide laissé par ces décès et ces arrestations permettrait à M. Mahjoub d’être en meilleure position de se hisser à un poste de haut niveau dans le réseau et, par conséquent, de planifier d’autres attaques terroristes. Même s’il ne parvenait pas à réintégrer les mêmes chapitres de l’organisation, elle a conclu qu’il serait en mesure de se livrer à des actes terroristes en prenant pour cible des pays occidentaux, dont le Canada, en raison de [TRADUCTION] « son expérience, son influence et son réseau ».

[18] Concernant les prétentions selon lesquelles M. Mahjoub ne peut plus constituer une menace pour le Canada en raison de l’état actuel de sa santé mentale et physique, la représentante a déclaré qu’elle n’était pas convaincue que cela diminuait la menace qu’il posait pour le Canada. Elle a de même rejeté l’idée selon laquelle sa notoriété nuirait à sa capacité de participer à d’autres activités terroristes. Compte tenu de l’ensemble de la preuve, elle s’est dite convaincue que [TRADUCTION] « la menace que pose M. Mahjoub est réelle et sérieuse, et se fonde sur des doutes objectivement raisonnables ».

a) L’origine de la preuve

- i. La preuve vraisemblablement obtenue par la torture

[19] Le demandeur fait valoir que la thèse des autorités canadiennes est fondée sur des preuves provenant d’Égypte. Il soutient que la représentante n’a pas respecté la norme de la « preuve convaincante » qu’exige une décision aussi importante, puisqu’elle s’est, de façon inacceptable, appuyée sur certains renseignements qui [TRADUCTION] « ont vraisemblablement été obtenus par la torture », compte tenu du passé de l’Égypte concernant l’usage de la torture à des fins d’interrogatoire. De même, il prétend que la représentante a tenu compte, de façon inacceptable, de sa condamnation par un tribunal militaire égyptien obtenue au terme d’une instance tenue par contumace, tribunal qui s’est probablement aussi appuyé sur des preuves vraisemblablement obtenues par la torture.

[20] Du point de vue des défendeurs, rien n’indique que la représentante s’est appuyée sur une preuve

was likely obtained by torture. The delegate took note of the submission that information from Egypt should be treated as suspect, and affirmed that the evidence she considered came from a wide variety of sources over a period of time, with all of it being weighed for its probity. Any elaboration relating to specific evidence beyond that provided in her reasons would have resulted in improper breaches of national security.

[21] A review of the existing jurisprudence will help to provide a useful framework for the present analysis of this issue.

[22] In *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179 (*Lai FC*), my colleague Justice Andrew MacKay held at paragraph 24:

I agree . . . that evidence obtained by torture, or other means precluded by the International Convention against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, ought not to be relied upon by a panel considering a refugee application.

[23] This view was confirmed by the Federal Court of Appeal in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 606 (*Lai FCA*), where Justice Brian Malone concluded at paragraph 95, that “[s]tatements obtained by torture or other cruel, inhumane or degrading treatment or punishment are neither credible or trustworthy.”

[24] In *Charkaoui (Re)* (2004), 260 F.T.R. 238 (F.C.) (*Charkaoui*), my colleague Justice Simon Noël considered challenges to the evidence on the grounds that it had been obtained by torture. At paragraphs 28 and 29 of *Charkaoui*, above, he essentially found that the evidence at issue from Mr. Rezzam had not been tainted by torture, and that it could form part of the evidentiary record. However, Justice Noël was not satisfied that information against Mr. Charkaoui from Mr. Abu Zubaida had not likely been obtained by torture/mistreatment, as there was contradictory evidence surrounding the circumstances of its production (*Charkaoui*, above, at paragraphs 30, 31).

vraisemblablement obtenue par la torture; cela n’est que pure conjecture. Le demandeur a fait valoir que les renseignements obtenus de l’Égypte devaient être considérés comme suspects; la représentante en a pris bonne note et elle a déclaré que la preuve qu’elle avait examinée provenait de nombreuses sources et s’échelonnait sur plusieurs années, et que le tout avait été pesé pour en vérifier la fiabilité. Toute extrapolation faite à partir d’éléments de preuve précis dépassant les explications fournies dans ses motifs aurait donné lieu à des atteintes inacceptables à la sécurité nationale.

[21] L’examen de la jurisprudence donne un cadre utile à l’analyse de cette question.

[22] Dans la décision *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 179 (*Lai CF*), mon collègue le juge Andrew MacKay a conclu au paragraphe 24 :

Je partage l’avis [. . .] qui veut qu’une preuve obtenue par la torture, ou par d’autres moyens interdits par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ne doit pas être retenue par un tribunal qui examine une revendication de statut de réfugié.

[23] Cela a été confirmé par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 125 (*Lai CAF*), dans lequel le juge Brian Malone a conclu au paragraphe 95 que : « [l]es déclarations obtenues au moyen de la torture ou de tout traitement ou peine cruel, inhumain ou dégradant ne sont ni crédibles ni dignes de foi ».

[24] Dans la décision *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 1031 (*Charkaoui*), mon collègue le juge Simon Noël s’est penché sur des contestations de la preuve au motif qu’elle avait été obtenue par la torture. Aux paragraphes 28 et 29 de la décision *Charkaoui*, précitée, il a essentiellement conclu que la déclaration contestée de M. Rezzam n’avait pas été obtenue par la torture, et qu’elle pouvait figurer au dossier de la preuve. Toutefois, le juge Noël n’a pas été convaincu que les renseignements obtenus de M. Abu Zubaida contre M. Charkaoui n’avaient vraisemblablement pas été obtenus par la torture ou par suite de mauvais traitements, compte tenu du fait qu’il y avait une preuve

With regard to this particular evidence, Justice Noël stated at paragraph 31 of *Charkaoui*, above:

... bearing in mind the objectives of the Convention Against Torture and the conflicting evidence presented by the two parties, it is the Court's intention not to take into consideration the statement of Mr. Zubaida and not to assign it any importance for the time being in my analysis of the facts. However, the Court is not withdrawing this statement as presented from the record, in view of the type of evidence presented by the parties and the contradiction that exists in the evidence in support of the respective submissions of the parties.

[25] Another colleague, Justice Eleanor Dawson, considered a similar argument made on behalf of Mr. Harkat that torture had tainted evidence obtained from Mr. Abu Zubaida and therefore that it should be inadmissible (*Harkat (Re)* (2005), 261 F.T.R. 52 (F.C.) at paragraph 115) (*Harkat* 2005). Mr. Harkat referred to indirect and direct evidence of mistreatment likely suffered by Mr. Abu Zubaida in support of his position, and the Court held that there was "significant concern about the methods used to interrogate Abu Zubaida" (*Harkat* 2005, above, at paragraph 120). It may be relevant to note that aside from the torture/mistreatment issue there was an "additional pressing concern" of the weight to accord the information from Mr. Abu Zubaida, as there was no evidence before the Court of the specific questions and answers used in producing the information (*Harkat* 2005, above, at paragraph 122). Ultimately, Justice Dawson concluded that she was "left in doubt as to how Mr. Abu Zubaida came to provide information about Mr. Harkat" and she decided to "give no weight to the information provided to the Court through Abu Zubaida" (*Harkat* 2005, above, at paragraph 123).

[26] In light of the above, I agree with the applicant that reliance on evidence likely to have been obtained by torture is an error in law. Though not having been explicitly articulated, I am persuaded that this general principle has essentially been applied and adopted in Canada in recent cases. It is also consistent with

contradictoire entourant les circonstances de sa production (*Charkaoui*, précitée, aux paragraphes 30 et 31). Pour ce qui concerne cette preuve en particulier, le juge Noël a fait l'observation suivante au paragraphe 31 de la décision *Charkaoui*, précitée :

[...] ayant à l'esprit les objectifs de la Convention contre la torture et la preuve contradictoire présentée par les deux parties, le tribunal entend ne pas prendre en considération la déclaration de M. Zubaida et n'y accorde aucune importance pour le moment dans son analyse des faits. Toutefois, le tribunal ne retire pas du dossier cette déclaration telle que présentée étant donné le type de preuve présentée par les parties ainsi qu'à cause de la contradiction qui existe entre les preuves à l'appui des prétentions respectives des parties.

[25] Une autre de mes collègues, la juge Eleanor Dawson, s'est penchée sur un argument semblable soutenu par M. Harkat, selon lequel la torture avait vicié la preuve obtenue de M. Abu Zubaida et, par conséquent, qu'elle ne devrait pas être admise en preuve (*Harkat (Re)*, 2005 CF 393, au paragraphe 115) (*Harkat* 2005). M. Harkat avait fait état de preuves directes et indirectes des mauvais traitements qu'aurait vraisemblablement subis M. Abu Zubaida pour étayer sa position, et la Cour a statué qu'il y avait lieu de « se préoccuper des méthodes employées pour interroger Abu Zubaida » (*Harkat* 2005, précitée, au paragraphe 120). Il peut être pertinent de noter qu'abstraction faite de la question de la torture ou des sévices, les renseignements obtenus de M. Abu Zubaida « [inspi-raient] une autre inquiétude », savoir le poids qu'il fallait leur accorder, étant donné que la Cour ne disposait d'aucune preuve de ce que M. Zubaida avait effectivement dit (*Harkat* 2005, précitée, au paragraphe 122). En fin de compte, la juge Dawson a conclu : « je ne peux pas être certaine des circonstances dans lesquelles M. Abu Zubaida a fourni des renseignements au sujet de M. Harkat » et elle a donc décidé de « [n']accorder aucun poids aux renseignements remis à la Cour par le truchement d'Abu Zubaida » (*Harkat* 2005, précitée, au paragraphe 123).

[26] Compte tenu de ce qui précède, je conviens avec le demandeur que retenir les preuves vraisemblablement obtenues sous l'effet de la torture constitue une erreur de droit. Bien qu'il n'ait pas été explicitement formulé, dans sa teneur, ce principe général a été, j'en suis convaincue, appliqué et adopté au Canada dans des

Canada's signing of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36. This view is also consonant with a recent House of Lords decision which held that reliance on evidence likely to have been obtained by torture is an error in law (*A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71) (*A & Ors*).

[27] However, it is also important to note that there must be a credible evidentiary basis linking torture to the specific evidence at issue in order to justify its exclusion (*Lai FC*, above, at paragraphs 28, 50; *affd Lai FCA*, above, at paragraphs 38-42; *Charkaoui*, above, at paragraphs 27-31). The Federal Court of Appeal has held that general country condition information citing the use of torture should not inevitably lead to a finding that all specific evidence from that country should be excluded, without further substantiation (*Lai FCA*, above, at paragraph 42). On this point Justice Malone concluded at paragraph 42 of *Lai FCA*, above, "the very general evidence offered by the appellants about torture by Chinese investigators was not specific and certainly not specific to the statements offered by the Minister in this appeal."

#### ii. Burden of proof

[28] The respondents submit that a party alleging that specific evidence was obtained by torture bears the onus of adducing proof to establish the claim, on a balance of probabilities standard, though no authorities were submitted on this point. I am not convinced this is the proper burden in the special circumstances of the present matter.

[29] In a proceeding where evidence is public, the person concerned has the ability to challenge specific evidence. Thus, it is appropriate to impose such a burden in the circumstances, as this person has the opportunity and means to properly discharge it. For

causes récentes. Il est également conforme à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, que le Canada a signée. Il concorde aussi avec une récente décision de la Chambre des lords qui a statué que retenir une preuve vraisemblablement obtenue par la torture constitue une erreur de droit (*A & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71) (*A & Ors*).

[27] Toutefois, il est également important de signaler qu'il doit y avoir, au départ, des éléments de preuve crédibles montrant que la torture est à l'origine des éléments de preuve précis en cause afin d'en justifier l'exclusion (*Lai CF*, précitée, aux paragraphes 28 et 50; confirmé par *Lai CAF*, précité, aux paragraphes 38 à 42; *Charkaoui*, précitée, aux paragraphes 27 à 31). La Cour d'appel fédérale a statué que les renseignements concernant la situation générale dans le pays et mentionnant le recours à la torture ne devaient pas inévitablement conduire à la conclusion que tous les éléments de preuve spécifiques provenant de ce pays devraient être exclus, sans autre justification (*Lai CAF*, précité, au paragraphe 42). Sur ce point, le juge Malone a conclu au paragraphe 42 de l'arrêt *Lai CAF*, précité : « la preuve de nature très générale présentée par les appelants au sujet de la torture utilisée par les enquêteurs chinois n'était pas spécifique et ne visait certainement pas de manière précise les déclarations présentées par le ministre en l'espèce ».

#### ii. Le fardeau de la preuve

[28] Les défendeurs soutiennent qu'il incombe à la partie alléguant qu'une preuve précise a été obtenue par la torture de produire les éléments de preuve pertinents et d'établir cette allégation selon la norme de la prépondérance de la preuve, mais ils n'ont cité aucune jurisprudence à cet effet. Je ne suis pas convaincue qu'il s'agit là du fardeau de la preuve indiqué dans les circonstances spéciales de l'espèce.

[29] Dans l'instance où la preuve est publique, l'intéressé a la possibilité de réfuter des éléments de preuve précis. Dans ce cas, il est indiqué de lui imposer un tel fardeau puisqu'il a la possibilité et les moyens de s'en acquitter comme il se doit. Par exemple, dans *India*



instance, in *India v. Singh* (1996), 108 C.C.C. (3d) 274, the British Columbia Supreme Court had the role of determining if there was sufficient evidence to order Mr. Singh to surrender for extradition to India where India relied upon confessional statements of five individuals detained there.

[30] In that case, Mr. Singh submitted that the statements were obtained by torture, and should be excluded. In this context, he knew the content of the statements and the identities of those who made them, and had the opportunity to produce specific evidence attempting to prove the statements were obtained under torture. The Court concluded at pages 281-282 that “[t]he burden of proving that the confessional statements were obtained as a result of the commission of an offence under this torture section [section 269.1 of the *Criminal Code* of Canada] rests upon the Fugitive who makes the allegation . . . [and] must be proved upon a balance of probabilities”. Due to the nature of the proceedings, Mr. Singh was aware of all of the evidence against him, and therefore had the opportunity to adduce evidence necessary to meet the burden placed upon him. In contrast, due to the special nature of the present matter, where part of the evidence is not disclosed to Mr. Mahjoub, this opportunity is somewhat limited. This is a crucial distinction of which I am particularly mindful, and one which I believe is reflected in existing jurisprudence.

[31] In *Harkat* 2005, above, the Ministers submitted that Mr. Harkat had the burden of proving, on a balance of probabilities, that evidence from Mr. Abu Zubaida had been obtained by torture (*Harkat* 2005, above, at paragraph 116). Mr. Harkat responded that as the location and condition of Mr. Abu Zubaida were unknown, he was limited to putting public material before the Court and inferring the occurrence of torture; some of this public material related directly and indirectly to Mr. Abu Zubaida (*Harkat* 2005, at paragraph 117). After reviewing the public evidence, Justice Dawson stated that “[t]he evidence before the Court satisfies me that better evidence about conditions Mr. Abu Zubaida has been subjected to is not likely to be available to Mr. Harkat” and then concluded that it

*v. Singh* (1996), 108 C.C.C. (3d) 274, la Cour suprême de la Colombie-Britannique devait décider s’il y avait suffisamment de preuves pour ordonner à M. Singh de se rendre aux autorités afin d’être extradé vers l’Inde; les autorités indiennes s’appuyaient sur des aveux de cinq personnes détenues là-bas.

[30] Dans cette affaire, M. Singh faisait valoir que les déclarations avaient été obtenues par la torture, et qu’elles devaient être exclues. Il connaissait le contenu des déclarations et l’identité des personnes qui les avaient faites, et il a eu la possibilité de produire une preuve spécifique afin de démontrer que les déclarations avaient été obtenues au moyen de la torture. La Cour a conclu sur ces mots aux pages 281 et 282 : [TRADUCTION] « [L]a charge de prouver que les aveux ont été obtenus par suite de la commission d’un acte criminel en vertu de l’article qui traite de la torture [l’article 269.1 du *Code criminel* du Canada] incombe au fugitif qui fait l’allégation [. . .] [et] la norme applicable est celle de la prépondérance de la preuve ». En raison de la nature de l’instance, M. Singh connaissait la totalité de la preuve produite contre lui et, par conséquent, il avait eu la possibilité de produire les éléments de preuve nécessaires pour s’acquitter du fardeau qui lui incombait. Au contraire, en raison de la nature spéciale de la présente espèce, une partie de la preuve n’a pas été communiquée à M. Mahjoub, et cette possibilité est plutôt limitée. Il y a là une distinction fondamentale qui retient toute mon attention et celle-ci est, il me semble, reconnue par la jurisprudence actuelle.

[31] Dans la décision *Harkat* 2005, précitée, les ministres ont fait valoir que M. Harkat avait le fardeau de prouver, selon la prépondérance de la preuve, que la déclaration de M. Abu Zubaida avait été obtenue par la torture (*Harkat* 2005, précitée, au paragraphe 116). M. Harkat a répondu que, puisqu’on ne savait pas où se trouvait M. Abu Zubaida, ni dans quelles conditions il se trouvait, il devait s’en remettre aux documents publics dont était saisie la Cour pour demander à celle-ci d’en conclure que M. Zubaida avait été torturé; une partie de ces documents publics traitait directement et indirectement de M. Abu Zubaida (*Harkat* 2005, au paragraphe 117). Après avoir examiné la preuve publique, la juge Dawson s’est exprimée en ces termes : « J’estime, compte tenu des éléments produits en

did raise “significant concern” about the methods used to obtain the evidence (*Harkat* 2005, at paragraph 120). In light of her doubt with regard to this evidence, she gave it no weight (*Harkat*, above, at paragraph 123).

[32] In a similar vein, Justice Noël decided not to rely on potentially suspect evidence where there was a specifically founded “possibility that such mistreatment occurred” (*Charkaoui*, above, at paragraph 31). Thus, the Court’s doubt was resolved by giving no weight to the evidence.

[33] In my view, my colleagues’ approaches to the burden of proof suggest an appropriate consideration of the special nature of matters such as these, and a recognition of the inherent limitations placed upon individuals such as the applicant. I find such an approach preferable to that proposed by the respondents in the special circumstances of the present context.

[34] In my opinion, in light of the preceding jurisprudence, where the issue is raised by an applicant offering a plausible explanation why evidence is likely to have been obtained by torture, the decision maker should then consider this issue in light of the public and classified information. Where the decision maker finds there are reasonable grounds to suspect that evidence was likely obtained by torture, it should not be relied upon in making a determination.

[35] This view is reflected in *A & Ors*, above, where the House of Lords found, in a substantively similar context, that a conventional burden of proof should not be placed on the detainee (at paragraphs 55, 80, 98, 116, 155). Lord Hope of Craighead, in the majority, wrote at paragraph 116:

It would be wholly unrealistic to expect the detainee to prove anything, as he is denied access to so much of the information that is to be used against him. He cannot be expected to identify from where the evidence comes, let alone the persons

l’espèce, qu’il est peu probable que M. Harkat puisse apporter une meilleure preuve des conditions auxquelles a été soumis M. Abu Zubaida » et elle conclut en affirmant que cela « incite néanmoins à se préoccuper » des méthodes employées pour obtenir la preuve (*Harkat* 2005, au paragraphe 120). Compte tenu de ses doutes au sujet de cette preuve, elle n’y a accordé aucun poids (*Harkat*, précitée, au paragraphe 123).

[32] De même, le juge Noël a décidé de ne pas s’appuyer sur une preuve potentiellement douteuse lorsque « la possibilité que ces mauvais traitements aient eu lieu » était fondée (*Charkaoui*, précitée, au paragraphe 31). Ainsi, vu les doutes de la Cour, elle n’a accordé aucun poids à la preuve.

[33] À mon avis, la démarche adoptée par mes collègues à l’égard du fardeau de la preuve indique qu’ils ont dûment tenu compte de la nature spéciale des affaires de ce genre, et qu’ils ont reconnu les limites intrinsèques imposées aux personnes comme le demandeur. J’estime qu’une telle démarche est préférable à celle qui a été proposée par les défendeurs dans les circonstances spéciales du contexte actuel.

[34] À mon avis, au vu de la jurisprudence que je viens de citer, lorsque la question est soulevée par un demandeur qui explique de manière plausible pourquoi il est vraisemblable que la preuve a été obtenue par la torture, le décideur doit ensuite examiner cette question en tenant compte des renseignements publics et confidentiels. Si le décideur estime qu’il y a des motifs raisonnables de croire que cette preuve a vraisemblablement été obtenue par la torture, il ne doit pas la retenir pour rendre une décision.

[35] Je suis confortée dans ce raisonnement par l’arrêt *A & Ors*, précité, dans lequel la Chambre des lords a conclu, dans un contexte assez semblable, que le fardeau de la preuve habituel ne devait pas être imposé au détenu (aux paragraphes 55, 80, 98, 116 et 155). Lord Hope of Craighead, s’exprimant au nom de la majorité, a fait l’observation suivante au paragraphe 116 :

[TRADUCTION] Il serait tout à fait irréaliste de s’attendre à ce que le détenu puisse prouver quoi que ce soit, étant donné qu’on lui refuse l’accès à une grande partie des renseignements qui sont utilisés contre lui. On ne peut

who have provided it. All he can reasonably be expected to do is to raise the issue by asking that the point be considered by SIAC. There is, of course, so much material in the public domain alleging the use of torture around the world that it will be easy for the detainee to satisfy that simple test. All he needs to do is point to the fact that the information which is to be used against him may have come from one of the many countries around the world that are alleged to practise torture, bearing in mind that even those who say that they do not use torture apply different standards from those that we find acceptable. Once the issue has been raised in this general way the onus will pass to SIAC. It has access to the information and is in a position to look at the facts in detail. It must decide whether there are reasonable grounds to suspect that torture has been used in the individual case that is under scrutiny. If it has such a suspicion, there is then something that it must investigate as it addresses its mind to the information that is put before it which has been obtained from the security services. [My emphasis.]

[36] Ultimately, I believe that the determination of whether evidence is likely to have been obtained by torture is a fact-driven inquiry. It is unequivocally a conclusion that requires the decision maker to weigh the evidence in the record, to determine if it was likely the product of torture or not. Thus, I agree with the reasoning of my colleague Justice MacKay in *Jaballah*, above, at paragraphs 40-42, that this issue is essentially one of the weight given to evidence by the delegate. As a fact-driven inquiry that involves weighing the available evidence, as with the other aspects of the decision, this element would be subject to considerable deference by a reviewing court.

[37] The applicant submits the delegate relied on evidence likely to have been obtained by torture in concluding he has ties to terrorism. He alleges that Egypt has a record of using torture to secure information and that it “is apparent from the allegations and summary of the case against him that Canadian officials have relied on evidence obtained directly or indirectly from Egypt and that this includes information provided from individuals detained by that country and from trials [*sic*] proceedings characterized as unfair by international human rights organizations.” Specifically, the admis-

s’attendre qu’il indique d’où provient la preuve, et encore moins l’identité des personnes qui l’ont fournie. Tout ce que l’on peut raisonnablement attendre de sa part, c’est qu’il soulève la question en demandant que ce point soit examiné par la SIAC. Bien entendu, il y a tellement de documents dans le domaine public dans lesquels on allègue l’usage de la torture dans le monde qu’il sera facile pour le détenu de respecter ce simple critère. Tout ce qu’il doit faire, c’est de signaler le fait que les renseignements qui sont utilisés contre lui peuvent provenir de l’un ou l’autre des nombreux pays qui sont présumés pratiquer la torture, en gardant à l’esprit que même ceux qui affirment ne pas faire usage de la torture suivent des normes différentes de celles que nous jugeons acceptables. Une fois que la question a été ainsi soulevée de manière générale, le fardeau de la preuve passe à la SIAC. Celle-ci a accès aux renseignements et elle est en mesure d’examiner les faits en détail. Elle doit décider s’il y a des motifs raisonnables de croire que la torture a été utilisée dans le cas qui est soumis à son examen. Si un tel doute existe, elle doit faire enquête sur les renseignements dont elle est saisie et qui ont été obtenus des services de sécurité. [Non souligné dans l’original.]

[36] En fin de compte, il me semble que la question de savoir si la preuve a vraisemblablement été obtenue par la torture est essentiellement une question de fait. Pour y répondre, le décideur doit peser la preuve versée au dossier, afin de décider si elle a vraisemblablement été obtenue par la torture. Donc, j’abonde dans le sens de mon collègue le juge MacKay dans la décision *Jaballah*, précitée, aux paragraphes 40 à 42, dans laquelle il conclut que cette question a plutôt trait au poids que le représentant du ministre a accordé à la preuve. Étant donné qu’il s’agit d’une question de fait qui a trait à l’application de la preuve produite, la cour saisie de la demande de contrôle doit, comme pour les autres aspects de la décision, faire preuve d’une déférence considérable à l’égard de cet élément.

[37] Le demandeur soutient que la représentante a retenu une preuve qui a vraisemblablement été obtenue par la torture en concluant qu’il avait des liens avec des organisations terroristes. Il allègue que l’Égypte est bien connue pour faire usage de la torture afin d’obtenir des renseignements et qu’il [TRADUCTION] « ressort des allégations et du résumé de la cause qui est présentée contre lui que les autorités canadiennes ont retenu une preuve qui a été obtenue directement ou indirectement des autorités égyptiennes et que cette preuve comprend des renseignements qui ont été fournis par des person-nes

sions of Essam Marzouk and Ahmed Agiza, linking Mr. Mahjoub to terrorist networks, were likely the product of torture at the hands of Egyptian security services and were relied upon by the delegate.

[38] In her reasons, the delegate took note of Mr. Mahjoub's position that any information obtained from the Egyptian security services should be considered inherently suspect. She indicated that:

The evidence available both public and classified [*sic*] comes from a wide-range of sources over a period of time. All the evidence has been weighted in accordance with its own probative value and in view of the totality of the body of evidence.

[39] In response to the applicant's submission that the Egyptian conviction should not be given any weight, the delegate wrote:

The conviction of Mr. Mahjoub in Egypt is not determinative of whether he is a danger to the security of Canada since, like the security certificate conclusion, it is evidence relating to his past membership in a terrorist organization. There is ample evidence, other than [*sic*] the conviction, with regards to Mr. Mahjoub's involvement with a terrorist organization.

[40] The delegate clearly indicates that the Egyptian conviction is "not determinative of whether he is a danger to the security of Canada" issue. In other words, this single evidentiary element is neither sufficient, nor necessary, to her determination; even without the conviction evidence she would have come to the same conclusion in view of the totality of the evidence. In light of the inherent restrictions on her ability to reference classified information in her reasons, she could not have been more explicit.

[41] In sum, I find that while the applicant was entitled to raise the "likelihood obtained by torture"

détenues dans ce pays et au cours de procès qui ont été qualifiés d'inéquitables par les organisations internationales des droits de la personne ». Plus précisément, les aveux d'Essam Marzouk et Ahmed Agiza, qui ont lié M. Mahjoub aux réseaux terroristes, ont vraisemblablement été obtenus sous l'effet de la torture pratiquée par les services de sécurité égyptiens et la représentante du ministre s'est appuyée sur ces aveux.

[38] Dans ses motifs, la représentante a pris note de la position de M. Mahjoub voulant que tous les renseignements obtenus des services de sécurité égyptiens devaient être considérés comme essentiellement suspects. Elle a indiqué ceci :

[TRADUCTION] La preuve publique et confidentielle dont je suis saisie provient d'un très large éventail de sources et elle s'échelonne sur plusieurs années. Tous les éléments de preuve ont été pondérés en fonction de leur valeur probante et au vu de l'ensemble de la preuve.

[39] En réponse à l'argument du demandeur selon lequel il ne fallait accorder aucun poids à sa condamnation en Égypte, la représentante a fait l'observation suivante :

[TRADUCTION] La condamnation de M. Mahjoub en Égypte n'est pas déterminante pour conclure s'il constitue un danger pour la sécurité du Canada puisque, comme l'indique la conclusion du certificat de sécurité, il s'agit d'une preuve ayant trait à son appartenance passée à une organisation terroriste. Il y a une preuve abondante, à part sa condamnation, concernant la participation de M. Mahjoub à des organisations terroristes.

[40] La représentante du ministre indique clairement que cette condamnation en Égypte n'est pas [TRADUCTION] « déterminante pour conclure s'il constitue un danger pour la sécurité du Canada ». Autrement dit, ce seul élément de preuve n'est ni suffisant, ni nécessaire pour sa décision; même si elle n'avait pas eu la preuve de sa condamnation, elle en serait venue à la même conclusion en s'appuyant sur la totalité de la preuve. Au vu des restrictions intrinsèques imposées à sa capacité de faire référence dans ses motifs à des renseignements confidentiels, elle ne pouvait être plus explicite.

[41] En résumé, je conclus que le demandeur avait le droit de soulever la question ayant trait à la « probabilité

issue, and have it duly considered by the delegate, this issue ultimately concerns the weight the delegate gave the information that specific evidence was likely obtained by torture.

[42] Contrary to the applicant's submission, I do not believe that the above reasons reveal that it is "apparent" that the delegate relied on evidence likely to have been obtained by torture. Upon reviewing both the public and classified evidence I am satisfied that the delegate did not err in according the evidence the probity she believed it deserved in light of its provenance, and in view of the other available evidence. In coming to this conclusion, I am mindful of the nature of the present context. It is one where the delegate is obliged (as am I) to omit any reference to classified information which could be used by an "informed reader" to the detriment of the security of Canada (*Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 237-238; *affd* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.); *Harkat (Re)* (2003), 231 F.T.R. 19 (F.C.T.D.) (*Harkat* 2003); *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327 (F.C.), at paragraphs 58, 62) (*Almrei* 2004).

(b) Assessment of the evidence by the delegate

[43] The applicant submits the delegate ignored the exculpatory explanations he offered in response to allegations against him. I disagree, as she did not ignore his explanations, but rather found them not to be credible. For instance, she specifically refers to Mr. Mahjoub's account that he happened to first meet Mr. Marzouk at an airport while making a lost luggage claim, and in light of other evidence, discounts his version as lacking credibility. Indeed, after having considered his explanations, including Mr. Mahjoub's own qualification that certain connections were pure "coincidences," she stated:

que la preuve ait été obtenue par la torture », et d'exiger que celle-ci soit dûment examinée par la représentante du ministre, mais cette question, en fin de compte, a trait au poids qu'elle a accordé aux renseignements indiquant que cette preuve précise avait vraisemblablement été obtenue par la torture.

[42] Contrairement à ce que prétend le demandeur, je ne crois pas que les motifs donnés ci-dessus révèlent qu'il est « manifeste » que la représentante du ministre s'est appuyée sur une preuve qui a vraisemblablement été obtenue par la torture. Après avoir examiné les éléments de preuve publics et confidentiels, je suis convaincue que la représentante du ministre n'a pas commis d'erreur en accordant à la preuve le degré de fiabilité qu'elle méritait, à son avis, compte tenu de sa provenance et des autres éléments de preuve disponibles. Pour tirer cette conclusion, je garde à l'esprit la nature de la présente affaire. Il s'agit d'un cas où la représentante du ministre est tenue (tout comme moi) de ne faire aucune référence à des renseignements confidentiels qui pourraient être utilisés par un « lecteur informé » au détriment de la sécurité du Canada (*Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 237 et 238; confirmé par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL); *Harkat (Re)*, 2003 CFPI 285 (*Harkat* 2003); *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327 (C.F.), aux paragraphes 58 et 62) (*Almrei* 2004).

b) L'appréciation de la preuve par la représentante du ministre

[43] Le demandeur soutient que la représentante du ministre n'a pas tenu compte des explications qu'il a données en réponse aux allégations portées contre lui. Je ne suis pas d'accord : elle n'a pas fait abstraction de ses explications, mais a plutôt conclu qu'elles n'étaient pas dignes de foi. Par exemple, elle fait spécifiquement référence à l'affirmation de M. Mahjoub selon laquelle il avait rencontré pour la première fois M. Marzouk dans un aéroport alors qu'il faisait une réclamation pour des bagages perdus, et, au vu d'autres éléments de preuve, elle a rejeté cette version qui manquait de crédibilité. En effet, après avoir étudié ses explications, y compris la manière dont M. Mahjoub qualifie certains de ces liens

Far from coincidences, these are part of a pattern and are consistent with the rest of the evidence that shows an in-depth involvement in the terror network.

[44] Similarly, I cannot agree that the delegate untenably concluded that his whereabouts were “largely unknown” between 1986 and 1995, and that she ignored his explanations that he went from Saudi Arabia to Sudan before coming to Canada. She specifically cited that his whereabouts in that period were “largely unknown”, save for a period in 1992-1993 when he was working for a Bin Laden company in Sudan. Neither the delegate’s reasons, nor her reasoning, constitute an error in this regard.

[45] Despite the applicant’s submissions, the delegate did not ignore, but rather directly addressed his allegations that his current level of notoriety would preclude any present involvement with covert terrorist networks. On this point, she specifically articulated that “Mr. Mahjoub’s notoriety, position and influence, should he remain in Canada and be able to communicate, would be enhanced within the movement.”

[46] The applicant further submits that the delegate ignored evidence of the significant changes in the terror networks with which he was allegedly involved. More particularly, she ignored the effect of the merger between Al-Qaida and AJ/VOC which occurred long after he left for Canada. That, coupled with the death or detention of any significant contacts that he could have conceivably had in those networks, vitiated any potential risk he could pose.

[47] On the contrary, I find that the delegate expressly considered the impact of these changes since Mr. Mahjoub’s arrival in Canada. This is evident from her reasons, where she stated:

comme étant de pures « coïncidences », elle a fait l’observation suivante :

[TRADUCTION] Loin d’être des coïncidences, ce sont là des éléments d’un ensemble qui sont compatibles avec le reste de la preuve qui révèle un profond engagement dans le réseau terroriste.

[44] De même, je ne peux accepter la prétention selon laquelle la représentante du ministre a conclu à tort qu’on ne « savait à peu près pas où il se trouvait » entre 1986 et 1995, et qu’elle a fait abstraction de ses explications selon lesquelles il était passé de l’Arabie saoudite au Soudan avant de venir au Canada. Elle a précisément indiqué qu’on « ne savait à peu près pas » où il se trouvait, à l’exception d’une période en 1992-1993 où il travaillait pour une compagnie de Ben Laden au Soudan. Ni les motifs de la représentante du ministre, ni son raisonnement, ne constituent une erreur à cet égard.

[45] Malgré les arguments du demandeur, la représentante du ministre n’a pas fait abstraction de ses allégations selon lesquelles sa notoriété empêcherait toute participation actuelle dans des réseaux terroristes secrets. Au contraire, elle en a traité directement. Sur ce point, elle a précisément déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « la notoriété, la position et l’influence de M. Mahjoub, s’il demeurait au Canada et s’il était en mesure d’établir des communications, seraient accrues au sein du mouvement ».

[46] Le demandeur soutient en outre que la représentante du ministre a fait abstraction des preuves indiquant que des changements importants se sont produits dans les réseaux terroristes dans lesquels il aurait été impliqué. Plus particulièrement, elle n’a pas tenu compte de l’effet de la fusion entre Al-Qaida et l’AJ/VOC qui s’est produite longtemps après son arrivée au Canada. Cette fusion, ajoutée au décès ou à la détention des contacts importants qu’il aurait vraisemblablement pu avoir dans ces réseaux, a réduit à néant tout risque potentiel qu’il pourrait poser.

[47] Au contraire, j’estime que la représentante du ministre a expressément étudié l’impact de ces changements depuis l’arrivée de M. Mahjoub au Canada. Cela ressort clairement de ses motifs, où elle fait l’observation suivante :

I am persuaded that, from Canada, Mr. Mahjoub has been involved in the terrorist network and would likely continue to be so involved. The death and detention of other senior members of this group would not, in my opinion deter M. Mahjoub's involvement, considering that he would, upon release, be in a position to gain even more influence as a senior member. [My emphasis.]

[48] Further, as to the possibility that Mr. Mahjoub might not be able to reintegrate into the former structure, she articulated:

... I am convinced nonetheless that he would be in a position and would proceed, because of his experience, his influence and his network, to carry out the ideology of targeting for attack Western nations, particularly Canada.

[49] I am satisfied that it was reasonable for the delegate to infer that notwithstanding his considerable public exposure, the applicant could, because of his experience, his influence and his connections, participate in a terrorist organization. She was entitled to give little weight to Mr. Mahjoub's submission that the passage of time and lengthy detention diminished the danger he posed to the security of Canada.

[50] The applicant challenges the delegate's decision for ignoring the evidence contained in his medical and psychological reports, and for not providing adequate reasons why his current condition does not lessen the risk he poses. The delegate noted that the psychological report expressed the opinion that Mr. Mahjoub is exhibiting symptoms of paranoia, and that if he is not released his condition will continue to deteriorate, "that he suspects others are harming him, he bears grudges and is quick to react angrily." She also specifically acknowledged that "Mr. Mahjoub's submissions include a psychologist report and state that Mr. Mahjoub's mental and physical health has been severely affected while in detention." The delegate then stated that she was not satisfied that this would lessen the danger that he poses to the security of Canada. Thus, it is evident that she turned her attention to both his current mental and physical states in making her determination. It was not an error for her to infer that his condition would not neutralize his capacity to participate in

[TRADUCTION] Je suis convaincue que, à partir du Canada, M. Mahjoub a participé au réseau terroriste et aurait vraisemblablement continué à le faire. Le décès et la détention d'autres membres importants de ce groupe n'empêcheraient pas, à mon avis, la participation de M. Mahjoub, considérant qu'il serait, dès sa libération, dans une position qui lui permettrait d'avoir encore plus d'influence en tant que membre dirigeant. [Non souligné dans l'original.]

[48] En outre, pour ce qui est de la possibilité que M. Mahjoub ne soit pas en mesure de réintégrer l'ancienne structure, elle déclare :

[TRADUCTION] [...] je suis convaincue néanmoins qu'il serait dans une position telle qu'il continuerait, en raison de son expérience, de son influence et de son réseau, à promouvoir l'idéologie qui est de cibler les pays occidentaux, particulièrement le Canada, en vue d'une attaque.

[49] Je conclus qu'il était raisonnable pour la représentante du ministre d'en déduire que, malgré son exposition médiatique considérable, le demandeur pourrait, en raison de son influence, de son expérience et de ses relations, participer aux activités d'une organisation terroriste. Elle était en droit d'accorder peu de poids à la prétention de M. Mahjoub selon laquelle le temps écoulé et sa longue détention diminuaient le danger qu'il représentait pour la sécurité du Canada.

[50] Le demandeur conteste la décision de la représentante du ministre aux motifs qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve contenue dans ses rapports médicaux et psychologiques, et qu'elle n'a pas motivé suffisamment sa conclusion voulant que son état actuel ne diminue pas le risque qu'il pose. La représentante a signalé que le rapport psychologique exprimait l'avis que M. Mahjoub présentait des symptômes de paranoïa et que, s'il n'était pas libéré, son état continuerait de se détériorer, [TRADUCTION] « qu'il soupçonne les autres de vouloir lui faire du mal, qu'il en veut à tout le monde et qu'il est prompt à réagir avec colère ». Elle reconnaît aussi précisément que [TRADUCTION] « les conclusions de M. Mahjoub comprennent le rapport d'un psychologue et font valoir que sa santé physique et mentale s'est gravement détériorée pendant sa détention ». La représentante du ministre a ensuite déclaré qu'elle n'était pas convaincue que cela diminuerait le danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada. Ainsi donc, il est évident qu'elle a tenu compte à la fois de son état

planning terrorist activities.

[51] In response to the “guilty by association” argument, I find that the conclusions drawn regarding his involvement with terrorist networks were substantiated on a wide range of evidence, and beyond mere “guilt by association” reasoning. I am satisfied that the delegate’s conclusions in this regard mirrored findings by this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101 (F.C.) (*Mahjoub FC*), at paragraphs 70-73 that the confidential information “goes far beyond guilt by association” and that both the public and classified evidence established Mr. Mahjoub’s connections with “individuals who were very highly placed and influential in the Islamic extremist movement.” Her determination was substantively in line with that of Justice Dawson who concluded that there is a “reasonable basis to believe that Mr. Mahjoub was a leader, a decision-maker, a planner and a recruiter for the radical Islamic cause” (*Mahjoub FC*, above, at paragraph 91).

[52] Similarly, with regard to the applicant’s submission that the delegate used stereotype-based reasoning in concluding that he would engage in terrorism despite changes in circumstances, I do not agree with him. Rather, the delegate’s inference with regard to the danger that he posed to the security of Canada reflected a consideration of all of the evidence and essentially reiterated the findings in this regard by this Court in *Mahjoub FC*, above, at paragraphs 80-82, 89-93 that he could re-establish connections with terrorist contacts and/or networks, that notoriety was not necessarily a neutralizing impediment to his continued involvement with terrorist activities, that the terrorist groups with which he was involved continue to remain dangerous and ultimately that he continued to pose a danger to national security or the safety of any person. Further, on this issue, I adopt the reasoning of Justice

physique et de sa santé mentale pour parvenir à sa décision. Elle n’a pas commis d’erreur en concluant que son état ne réduirait pas à néant sa capacité de participer à la planification d’activités terroristes.

[51] En réponse à l’argument portant sur la « culpabilité par association », je conclus que les conclusions qui ont été tirées concernant sa participation aux activités de réseaux terroristes sont étayées par de nombreux éléments de preuve, et vont au-delà d’un raisonnement fondé sur une simple « culpabilité par association ». Je suis convaincue que les conclusions de la représentante du ministre à cet égard reflètent les conclusions auxquelles en est arrivée la présente Cour dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Mahjoub*, 2005 CF 1596 (*Mahjoub CF*), aux paragraphes 70 à 73 où il est déclaré que les renseignements confidentiels « vont beaucoup plus loin qu’une simple culpabilité par association » et que les renseignements aussi bien publics que confidentiels ont démontré que M. Mahjoub était lié à « des personnes très haut placées et influentes dans le mouvement islamique extrémiste ». Sa décision s’accorde essentiellement avec celle de la juge Dawson qui avait conclu qu’il y avait « un fondement raisonnable qui permet de croire que M. Mahjoub était un chef, un décideur, un planificateur et un recruteur pour la cause islamique radicale » (*Mahjoub CF*, précitée, au paragraphe 91).

[52] De même, je ne peux accepter l’argument du demandeur selon lequel la représentante du ministre s’est fondée sur un raisonnement stéréotypé pour conclure qu’il se livrerait au terrorisme malgré le changement de situation. En fait, la conclusion de la représentante du ministre concernant le danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada indique qu’elle a examiné l’ensemble de la preuve et réitère essentiellement les conclusions à cet égard auxquelles est parvenue cette Cour dans la décision *Mahjoub CF*, précitée, aux paragraphes 80 à 82 et 89 à 93, selon lesquelles il pourrait rétablir des liens avec ses contacts ou des réseaux terroristes, que sa notoriété n’est pas nécessairement un obstacle à sa participation continue à des activités terroristes, que les groupes terroristes avec lesquels il était lié continuent de demeurer dangereux et, finalement, qu’il continue de constituer un danger pour



MacKay in *Jaballah*, above, at paragraph 41:

In my view, general descriptive profiles based on more than one individual may be information of use in intelligence assessments, and the use of such a profile, by the Minister or his delegate, provided it is not the exclusive or principal information relied upon, is not so unreasonable in assessing threats to national security that the Court should intervene on review.

[53] The applicant submits on the authority of *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25 (C.A.), that the delegate failed to provide sufficient reasons that articulate and sustain her findings. The legal duty to provide reasons is well established, the underlying rationale is varied and what constitutes adequate reasons will change with the circumstances of each case (*VIA Rail*, above, at paragraphs 17-20). However, I will stress again that the circumstances of the present matter are particular, given the inherent constraints imposed by classified information which cannot be disclosed. Such constraints mean that the delegate had an overriding legal obligation not to disclose or specifically refer to any information that might compromise national security or the safety of any person in her reasons. This necessarily restricts the public articulation of the specific evidentiary basis underpinning conclusions, where any of the evidence relied upon is classified; in the words of Justice Noël “[o]ften the very form of disclosure can have an impact on national security or the safety of any person” (*Charkaoui (Re)* (2003), 39 Imm.L.R. (3d) 308 (F.C.), at paragraph 16; see also *Harkat* 2003, above). On a tangential note, I find myself in a similar position with regard to the present matter, as stated by Mr. Justice Edmond Blanchard in *Almrei* 2004, above, at paragraph 62:

. . . I am obligated by law not to disclose any information which would be injurious to national security or to the safety of any person. In consequence, my reasons cannot be as complete as they would otherwise be with respect to why such information was either accepted or rejected in whole or in part.

la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui. En outre, sur cette question, je suis le raisonnement du juge MacKay dans la décision *Jaballah*, précitée, où il dit ceci au paragraphe 41 :

À mon avis, un profil descriptif général de plusieurs individus peut s’avérer une information utile dans l’évaluation des renseignements de sécurité, et l’utilisation d’un tel profil par le ministre ou son représentant, à condition qu’il ne s’agisse pas de la seule ou principale information à l’appui, lorsqu’il sert à évaluer la menace pour la sécurité nationale, n’est pas déraisonnable au point de justifier l’intervention de la Cour.

[53] Le demandeur s’appuie sur l’arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.), pour faire valoir que la représentante du ministre n’a pas donné de motifs suffisants pour formuler et appuyer ses conclusions. L’obligation légale de fournir des motifs est bien établie, sa raison d’être comporte de nombreux aspects et ce qui constitue des motifs appropriés dépend des circonstances de chaque cas. (*VIA Rail*, précitée, aux paragraphes 17 à 20). Toutefois, je soulignerai encore une fois que les circonstances de l’espèce sont particulières, compte tenu des contraintes intrinsèques imposées par l’interdiction de divulguer les renseignements confidentiels. Ces contraintes signifient que la représentante du ministre était soumise à l’obligation légale impérative de ne pas dévoiler ni faire référence spécifiquement à des renseignements qui pourraient compromettre la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui dans ses motifs. Cette obligation limite nécessairement les éléments de preuve pouvant être mentionnés à l’appui de ses conclusions, lorsque ceux-ci sont confidentiels; selon le juge Noël : « [s]ouvent la forme même de la divulgation peut avoir une incidence sur la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui » (*Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1418, au paragraphe 16; voir également *Harkat* 2003, précitée). Incidemment, je conclus que les observations du juge Edmond Blanchard dans la décision *Almrei* 2004, précitée, au paragraphe 62 sont pertinentes en l’espèce :

[. . .] je suis tenu en droit de ne divulguer aucune information susceptible d’être préjudiciable pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d’autrui. Mes motifs ne peuvent donc être aussi complets qu’ils le seraient autrement sur les raisons pour lesquelles cette information a été acceptée ou rejetée, en totalité ou en partie.

[54] In relation to the issue of the danger that Mr. Mahjoub poses to the security of Canada, there was much relevant classified information, not contained in the public record. Having personally reviewed all of the information, both classified and public, which was before the delegate, I recognize how her findings could appear insufficiently corroborated solely through the lens of the public record. However, when considered in concert with the classified evidence, I am satisfied that her conclusions were well grounded in the evidence before her. I do not find that she committed any reviewable errors with regard to the danger to the security of Canada issue.

3. Substantial risk of death and/or torture upon return to Egypt

Delegate's Reasons

[55] The delegate first considered Mr. Mahjoub's submission that he could be executed if returned to Egypt, substantiated by the fact that other Egyptians tried at the same time received this penalty. She decided that in light of his 15-year sentence, and her examination of the Egyptian Criminal Code, that he "does not face a harsher punishment than the one he received." She also concluded that there was no evidence to support the allegation that others who were sentenced to imprisonment along with Mr. Mahjoub were subsequently executed. Consequently, she declared that there was no substantial risk that Mr. Mahjoub would face the death penalty upon his return to Egypt.

[56] The delegate enumerated the sources she had considered in her assessment of the country conditions in Egypt. She mentioned according more weight to recent reports as they were "more likely to reflect the situation that Mr. Mahjoub would face upon return", and giving less weight to those that failed to cite methodologies or failed to express the basis for their conclusions.

[54] Pour ce qui est de la question du danger que représente M. Mahjoub pour la sécurité du Canada, il y avait de nombreux renseignements confidentiels pertinents qui ne se trouvaient pas dans le dossier public. Ayant personnellement examiné la totalité des renseignements, tant confidentiels que publics, dont était saisie la représentante du ministre, je reconnais que ses conclusions peuvent paraître insuffisamment corroborées au vu uniquement du dossier public. Toutefois, si on les lit en tenant compte de la preuve confidentielle, je suis convaincue que ses conclusions sont bien étayées par la preuve dont elle était saisie. Je ne crois pas qu'elle a commis d'erreur susceptible de contrôle pour ce qui concerne la question du danger pour la sécurité du Canada.

3. Le risque sérieux de mort ou de torture en cas de retour en Égypte

Les motifs de la représentante du ministre

[55] La représentante du ministre a d'abord examiné l'allégation de M. Mahjoub selon laquelle il serait exécuté s'il rentrait en Égypte, appuyée par le fait que cette peine a été infligée à d'autres Égyptiens dont le procès s'est déroulé à la même époque que le sien. Elle a décidé qu'au vu de la peine de 15 ans qu'il s'est fait infliger, et de son examen du code criminel égyptien, il [TRADUCTION] « ne serait pas exposé à une sanction plus lourde que celle qu'il a reçue ». Elle a également conclu qu'il n'y avait pas de preuve étayant l'allégation selon laquelle les autres personnes qui ont été condamnées à une peine d'emprisonnement en même temps que M. Mahjoub ont par la suite été exécutées. Par conséquent, elle a déclaré qu'il n'y avait pas de risque sérieux que M. Mahjoub soit exposé à la peine de mort à son retour en Égypte.

[56] La représentante a énuméré les sources qu'elle avait consultées pour apprécier la situation en Égypte. Elle a dit avoir accordé plus de poids aux rapports récents étant donné qu'ils sont [TRADUCTION] « plus susceptibles de refléter la situation à laquelle serait exposé M. Mahjoub à son retour au pays », et moins de poids à ceux qui ne donnaient pas la méthode de recherche suivie ou le fondement de leurs conclusions.

[57] She remarked that U.S. Department of State (U.S. DOS) reports concluded that Egypt's "human rights record remain [*sic*] poor." She also cited Human Rights Watch (HRW) that "torture and mistreatment are routine, particularly during interrogation and criminal investigation." However, she concluded the Egyptian government was making efforts to hold security officials accountable for such abuses, and generally the human rights situation had been improving in Egypt in recent years.

[58] The delegate gave little weight to a 2005 Amnesty International (AI) report that concluded that torture is used systematically throughout Egypt on the grounds that it cited no definite sources of evidence. She opined that it was based on vague, anecdotal and uncorroborated evidence.

[59] With regard to a document chronicling the experiences of Mr. Al Maati upon his return to Egypt under circumstances similar to Mr. Mahjoub, the delegate determined that the document "contains numerous conjectures, suppositions and hearsay allegations" and fails to corroborate its allegations, thereby undermining its probity. Furthermore, she decided that the two cases were to be distinguished, and consequently the alleged experiences of Mr. Al Maati had little bearing on the present matter, and deserved little weight.

[60] The delegate accorded considerable weight to the 2002 *Bilasi-Ashri* decision of the Court of Appeal of Austria<sup>1</sup> in concluding there were not large scale violations of human rights in Egypt, and that such abuses were not an "institutionalized every day practice." The delegate deemed that the rigour of the judicial process in that matter conferred a greater degree of probity on its conclusions, compared with that of other evidence. However, she found that "there is sufficient evidence that torture remains a problem" and

[57] Elle a fait observer que les rapports du Département d'État américain avaient conclu que [TRADUCTION] « les antécédents [de l'Égypte] en matière de droits de la personne sont toujours peu reluisants ». Elle a également cité Human Rights Watch (HRW) selon lequel [TRADUCTION] « la torture et les mauvais traitements sont fréquents, particulièrement pendant les interrogatoires et les enquêtes en matière criminelle ». Toutefois, elle a conclu que le gouvernement égyptien faisait des efforts pour tenir les agents de sécurité responsables de leurs abus, et que, généralement, la situation en matière de respect des droits de la personne s'était améliorée en Égypte au cours des dernières années.

[58] La représentante a accordé peu de poids à un rapport d'Amnistie internationale (AI) de 2005 qui concluait que la torture était systématiquement utilisée partout en Égypte au motif que ce rapport ne citait aucune source précise de preuve. À son avis, ce rapport se fondait sur des éléments de preuve vagues, anecdotiques et non corroborés.

[59] En ce qui concerne un document exposant le vécu de M. Al Maati à son retour en Égypte dans des circonstances semblables à celles de M. Mahjoub, la représentante conclut qu'il [TRADUCTION] « contient de nombreuses conjectures, suppositions et allégations fondées sur des ouï-dire » et qu'il ne corroborait pas ses allégations, ce qui en diminuerait la valeur. En outre, elle conclut qu'il y avait lieu de faire une distinction entre ces deux affaires; par conséquent, ce que M. Al Maati aurait vécu avait peu de pertinence quant à la présente espèce, et elle ne pouvait lui accorder que peu de poids.

[60] La représentante a accordé un poids considérable à la décision rendue en 2002 par la Cour d'appel d'Autriche<sup>1</sup> dans l'affaire *Bilasi-Ashri* lorsqu'elle a conclu qu'il n'y avait pas de violations généralisées des droits de la personne en Égypte et que de tels abus ne constituaient pas [TRADUCTION] « une pratique quotidienne institutionnalisée ». La représentante a estimé que la rigueur du processus judiciaire dans cette affaire conférait un degré supérieur de crédibilité à ses conclusions, par comparaison à d'autres éléments de

therefore that it was necessary to assess the assurances Egypt provided.

[61] Egypt had given assurances to Canada that Mr. Mahjoub would not be tortured upon his return, in the form of two diplomatic notes and a letter from Major General Omar M. Soliman, GIS Chief. The delegate reviewed the trustworthiness of the assurances “as to their nature, their content as well as precedents and incentives with regards to the Egyptian government”. She gave little weight to the letter in view of its unofficial nature. However, she did accord considerable weight to the diplomatic notes as they constituted “part of the official record of bilateral relations between Canada and Egypt.” She decided that Egypt would not torture Mr. Mahjoub after officially denying it would, concluding it had too much to lose in the event it reneged on its guarantee.

[62] In response to the submissions that the Egyptian assurances were not reliable, substantiated on the basis of HRW reports, an affidavit from AI’s Ms. Gloria Nafziger and a letter from an Egyptian-American professor, the delegate questioned the basis on which these assertions were founded. She preferred to rely on the submissions of the Swedish government to the Committee against Torture (CAT) in the *Agiza v. Sweden* matter (UN Doc. CAT/C/134/D/233/2003 (24 May 2005)), where Sweden maintained that Egypt abided by its assurances, though this was contradicted by HRW, the alleged victim of the abuses and his mother. The delegate also favoured the Swedish position that the notoriety of a case will tend to enhance the likelihood of compliance with assurances.

[63] In relation to the cases of deportation from Sweden to Egypt, specifically the matter involving Mr. Agiza, the delegate undermined the statements by the CAT that Sweden should have known that Egypt “resorted to consistent and widespread use of torture against detainees.” She decided that the CAT’s

preuve. Toutefois, elle a jugé [TRADUCTION] « qu’il y a suffisamment d’éléments de preuve établissant que la torture demeure un problème » et, par conséquent, qu’il était nécessaire d’apprécier les assurances qu’avait fournies l’Égypte.

[61] L’Égypte avait assuré le Canada que M. Mahjoub ne serait pas torturé à son retour, et ces assurances ont été données dans deux notes diplomatiques et une lettre du Major général Omar M. Soliman, chef du SRG. La représentante a examiné la fiabilité de ces assurances [TRADUCTION] « quant à leur nature et à leur contenu, de même qu’à titre de précédents et d’incitatifs pour le gouvernement égyptien ». Elle a accordé peu de poids à la lettre en raison de son caractère non officiel. Toutefois, elle a accordé une importance considérable aux notes diplomatiques étant donné qu’elles font [TRADUCTION] « partie du dossier officiel des relations bilatérales entre le Canada et l’Égypte ». Elle en a conclu que l’Égypte ne torturerait pas M. Mahjoub puisqu’elle avait officiellement déclaré qu’elle ne le ferait pas, au motif que ce pays avait trop à perdre s’il reniait ses promesses.

[62] En réponse aux conclusions selon lesquelles les assurances fournies par l’Égypte n’étaient pas fiables, étayées par les rapports de HRW, l’affidavit de M<sup>me</sup> Gloria Nafziger d’AI et la lettre d’un professeur américano-égyptien, la représentante a mis en doute le fondement de ces affirmations. Elle a préféré retenir les observations du gouvernement suédois déposées devant le Comité contre la torture (CCT) dans l’affaire *Agiza c. Suède* (Doc. NU CAT/C/134/D/233/2003 (24 mai 2005)), dans lequel la Suède a affirmé que l’Égypte respectait les assurances qu’elle donnait, bien que cela ait été contredit par HRW, la prétendue victime de mauvais traitements, et sa mère. La représentante a également préféré avaliser la position de la Suède selon laquelle la notoriété d’une affaire rendait plus probable le respect des assurances données par le pays.

[63] Pour ce qui est des cas d’expulsion de la Suède vers l’Égypte, plus précisément dans l’affaire intéressant M. Agiza, la représentante a mis en doute les déclarations faites par le CCT selon lesquelles la Suède aurait dû savoir que l’Égypte [TRADUCTION] « faisait un usage répandu et continu de la torture contre les

conclusions to this effect relied on its own dated findings from 1996, and disregarded later reports which did not specifically mention systemic torture, and which stated that Egypt had been improving. In the delegate's view this dictated that the CAT evidence deserved little weight.

[64] In summary, the delegate gave little weight to any of the evidence submitted on behalf of Mr. Mahjoub on the assurances issue, concluding that it all essentially stemmed from the *Agiza* case, which lacked probity in her view.

(a) Country conditions

i. Death penalty

[65] The applicant submits that the delegate ignored evidence that others tried along with Mr. Mahjoub, when he was convicted *in absentia*, received the death penalty. Upon careful review of the evidence on this issue, I find no direct reference to the alleged execution of those convicted *in absentia* along with Mr. Mahjoub. Thus, I am not persuaded that the delegate ignored evidence. Even if I could have reached a different conclusion, I find that it was not patently unreasonable for her to conclude that there was no substantial risk that Mr. Mahjoub would face the death penalty upon return.

ii. Substantial risk of torture

[66] The assessment of whether Mr. Mahjoub faces a substantial risk of torture upon return to Egypt required the delegate to consider the country's general human rights record as well as the personal risk to him, assurances provided by Egypt that he will not be tortured along with a concomitant assessment of the value of these assurances, the ability of the Egyptian government to effectively control its own security forces, and more (*Suresh*, above). This issue is a fact-driven inquiry and requires me to accord a high

détenu». Selon elle, les conclusions du CCT à cet effet s'appuyaient sur ses propres conclusions périmées datant de 1996, et ne tenaient pas compte de rapports ultérieurs qui ne faisaient pas précisément mention de torture systémique, et qui indiquaient que la situation en Égypte s'améliorait. Aux yeux de la représentante, elle était tenue de ne donner que peu de poids à la preuve du CCT.

[64] En résumé, la représentante a accordé peu de poids à l'un quelconque des éléments de preuve présentés au nom de M. Mahjoub sur la question des assurances données, et a conclu que cette preuve découlait essentiellement de la décision *Agiza*, où l'on avait manqué de rigueur selon elle.

a) Situation dans le pays

i. Peine de mort

[65] Le demandeur soutient que la représentante n'a pas tenu compte des éléments de preuve indiquant que d'autres personnes ayant subi leur procès avec M. Mahjoub, quand il a été reconnu coupable par contumace, ont été condamnées à la peine de mort. Après avoir examiné soigneusement la preuve sur cette question, je ne trouve aucune référence directe à l'exécution alléguée des personnes condamnées par contumace en même temps que M. Mahjoub. Je ne suis donc pas convaincue que la représentante n'a pas tenu compte de la preuve. Même si j'avais pu en arriver à une conclusion différente, j'estime qu'il n'était pas manifestement déraisonnable de sa part de conclure qu'il n'y avait aucun risque sérieux que M. Mahjoub subisse la peine de mort à son retour en Égypte.

ii. Risque sérieux de torture

[66] Afin d'apprécier la gravité du risque que M. Mahjoub soit soumis à la torture à son retour en Égypte, la représentante a dû examiner les antécédents de ce pays en matière de respect des droits de la personne, ainsi que le risque personnel couru par le demandeur, les assurances fournies par l'Égypte qu'il ne serait pas torturé, et par là apprécier la valeur de ces assurances, la capacité du gouvernement égyptien de contrôler de façon efficace ses propres forces de sécurité, et bien d'autres éléments (voir *Suresh*, précité). Il s'agit là

level of deference to the decision maker. However, I remain mindful of the Supreme Court of Canada's articulation at paragraph 126 of *Suresh*, above that:

The Minister must provide written reasons for her decision. These reasons must articulate and rationally sustain a finding that there are no substantial grounds to believe that the individual . . . will be subjected to torture, execution or other cruel or unusual treatment, so long as the person under consideration has raised those arguments.

[67] The delegate properly determined that the risk of torture must be “personal and present” and evaluated against a “balance of probabilities” standard in order to constitute a “substantial risk” in this context (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592 (C.A.), at paragraphs 150-152 (*Suresh* FCA)). In other words, whether on the finding of facts, it is more likely than not that the individual would be personally subjected to a danger of torture (*Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239 (F.C.A.), at paragraph 29).

[68] The applicant submits the delegate selectively relied on information that went against the bulk of the evidence in concluding there was no institutionalized torture in Egypt. In his view, this suggests an arbitrary rejection of important, credible evidence on this issue. I agree with the applicant. In coming to this conclusion, the delegate determined that the human rights documentation from Amnesty International and Human Rights Watch was unreliable and not credible, and therefore gave it little or no weight.

[69] Referring to the 2005 AI report on Egypt citing the systematic use of torture in Egyptian detention centres, she categorized the report as “anecdotal and hearsay” in nature, using vague and uncorroborated statements such as “circumstances suggesting that torture . . . may have caused or contributed to their deaths” or “several members . . . were reportedly tortured . . . others were apparently denied medical attention in

d'une question de fait et je dois donc faire preuve d'un haut degré de déférence à l'égard du décideur. Toutefois, je garde à l'esprit la mise en garde donnée par la Cour suprême du Canada au paragraphe 126 de l'arrêt *Suresh*, précité :

La ministre doit motiver sa décision par écrit. Ses motifs doivent exposer clairement et étayer rationnellement sa conclusion qu'il n'existe pas de motifs sérieux de croire que la personne [. . .] sera torturée ou exécutée ou subira quelque autre traitement cruel ou inusité, dans la mesure où cette personne a fait valoir qu'elle s'exposait à un tel sort.

[67] La représentante a correctement conclu que le risque de torture doit être « personnel et actuel » et qu'il doit être évalué en fonction de la norme de la « prépondérance de la preuve » pour constituer un « risque sérieux » dans ce contexte (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), aux paragraphes 150 à 152 (*Suresh* CAF)). Autrement dit, il s'agit de décider si, d'après les faits dont le tribunal est saisi, il est probable que l'intéressé serait personnellement exposé au risque de subir la torture (*Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239 (C.A.F.), au paragraphe 29).

[68] Le demandeur soutient que la représentante a retenu de manière sélective les renseignements contraires à la majeure partie de la preuve pour conclure qu'il n'y avait pas de torture institutionnalisée en Égypte. Il fait valoir que cela révèle un rejet arbitraire d'éléments de preuve importants et dignes de foi concernant cette question. J'abonde dans son sens. Pour tirer cette conclusion, la représentante a dit que les documents concernant les droits de la personne provenant d'Amnistie internationale et de Human Rights Watch n'étaient ni fiables ni crédibles, et, par conséquent, elle ne leur a accordé que peu ou pas de poids.

[69] Faisant référence au rapport de 2005 de AI sur l'Égypte, qui mentionnait l'usage systématique de la torture dans les centres de détention égyptiens, elle a estimé que le rapport était [TRADUCTION] « anecdotique et fondé sur des ouï-dire », ajoutant qu'il comportait des déclarations vagues et non corroborées telles que [TRADUCTION] « des circonstances laissant croire que la torture [. . .] pouvait avoir causé leur décès ou y avoir

prison.” Thus, she would give the AI report little weight as a result.

[70] In my opinion, it was arbitrary for the delegate to reject the probity of the 2005 AI report on the grounds that it was “hearsay and anecdotal”, and then subsequently rely on the U.S. DOS reports that could be similarly qualified. The latter reports, which the delegate preferred over the others, are also “anecdotal” in their reliance on individual instances of torture and citations of police prosecution for abuses, and “hearsay” in their reproduction of findings made by third parties, such as international agencies like HRW. Ironically, it is interesting to note the 2004 U.S. DOS report itself cited HRW with regard to the 2002 torture of Zaki Abd al-Malak in Ismailia, Egypt, and the 2003 U.S. DOS report cited AI concerning the State Security Investigations Service (SSIS) use of torture in March and April, 2003.

[71] The delegate effectively ignored the ultimate findings of the Committee against Torture (CAT) in the *Agiza v. Sweden* matter that torture was systemic in Egypt. She rejected its probity as it “used its own findings from 1996” and the fact that a later CAT report from 2002 made “no conclusion as to institutionalized and systemic torture.” In my opinion, this was misleading. In fact, CAT relied on its 1996 report, as one “among other” more recent sources cited in the *Agiza* matter. Further, the 2002 CAT report (*Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Egypt*, UN CAT/C/CR/29/4, 23 December, 2002), referenced in the *Agiza* citation found [at paragraph 5] “the persistence of the phenomenon of torture and ill-treatment of detainees by law enforcement officials” and also “the widespread evidence of torture and ill-treatment in administrative premises under the control of the State Security Investigation Department” in finding that Egypt systematically used torture.

contribué » ou « plusieurs membres [. . .] auraient selon les rapports été torturés [. . .] et on aurait apparemment refusé à d’autres des soins médicaux en prison ». Ainsi, elle a accordé peu de poids à ce rapport de AI.

[70] À mon avis, la représentante a agi arbitrairement en niant la valeur du rapport de 2005 de AI au motif qu’il était « anecdotique et fondé sur des oui-dire », pour ensuite retenir les rapports du Département d’État américain auxquels les mêmes qualificatifs auraient pu s’appliquer. Ces derniers rapports, que la représentante a préférés aux autres, sont tout autant « anecdotiques » puisqu’ils reposent sur des cas individuels de torture et des citations de poursuites contre la police pour abus, et aussi « fondés sur des oui-dire » du fait qu’ils reprennent des conclusions tirées par des tiers, tels que des organismes internationaux comme HRW. Ironiquement, il est intéressant de constater que le rapport de 2004 du Département d’État américain cite lui-même HRW concernant la torture en 2002 de Zaki Abd al-Malak à Ismailia, en Égypte, et que le rapport de 2003 du même Département d’État citait AI à propos de l’usage de la torture par le Service des enquêtes sur la sécurité de l’État (SESE) en mars et avril 2003.

[71] En réalité, la représentante n’a pas tenu compte des conclusions définitives du Comité contre la torture (CCT) dans la décision *Agiza c. Suède* selon lesquelles la torture est systémique en Égypte. Elle en a rejeté l’exactitude parce que le CCT [TRADUCTION] « se servait de ses propres conclusions datant de 1996 » et parce qu’un autre rapport du CCT datant de 2002 ne tirait [TRADUCTION] « aucune conclusion quant au fait que la torture est institutionnalisée et systémique ». À mon avis, ce sont des arguments fallacieux. En fait, le CCT s’est appuyé sur son rapport de 1996, « parmi d’autres » sources plus récentes citées dans la décision *Agiza*. En outre, le rapport de 2002 du CCT (*Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Égypte*, Doc. NU CAT/C/CR/29/4, 23 décembre 2002), mentionné dans la citation que l’on trouve dans *Agiza*, constatait [au paragraphe 5] « la persistance de la torture et des mauvais traitements infligés aux détenus par les responsables de l’application des lois » et également « qu’il existe des preuves que la torture et les mauvais traitements sont couramment pratiqués dans les locaux administratifs qui

[72] The delegate's blanket rejection of information from agencies with worldwide reputations for credibility such as AI and HRW is puzzling, especially given the institutional reliance of Canadian courts and tribunals on these very sources. Indeed, the Minister of Citizenship and Immigration frequently relies on information from these organizations in creating country condition reports, which in turn are used by Immigration and Refugee tribunals, in recognition of their general reputation for credibility (France Houle, "Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert: le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés" (2004), 38 *R.J.T.* 263, at pages 315-316 and at note 136).

[73] This reputation for credibility has been affirmed by Canadian courts at all levels. The Supreme Court of Canada relied on information compiled by AI, as well as one of its reports, in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pages 829, 830, 839. That Court also cited AI in *Suresh*, above, at paragraph 11 in noting the use of torture in the context of that case.

[74] Similarly, the Federal Court has recognized the reliability of both Amnesty International and Human Rights Watch. For instance, my colleague Justice Michael Kelen referred to a HRW report as "credible" (*Buri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 323 (F.C.T.D.), at paragraph 22); another colleague, Justice François Lemieux, stated that an immigration officer erred in failing to consider a current AI report relating to country conditions, where the report was not among the documents she had considered and where the officer's views were contrary to its findings (*Kazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 10 Imm. L.R. (3d) 143 (F.C.T.D.), at paragraphs 28, 30).

dépendent du Service de renseignements de la Sûreté d'État », pour conclure que l'Égypte utilisait systématiquement la torture.

[72] Le rejet en bloc par la représentante de renseignements provenant d'organismes de renom dans le monde entier quant à leur fiabilité comme AI et HRW est surprenant, surtout compte tenu du fait que les cours de justice et les tribunaux canadiens s'appuient systématiquement sur ces mêmes sources. D'ailleurs, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration consulte fréquemment les renseignements publiés par ces organismes en vue d'établir des rapports sur la situation dans certains pays, qui sont à leur tour utilisés par les tribunaux dans les causes d'immigration et de protection des réfugiés, en reconnaissance de leur réputation générale sur le plan de la crédibilité (France Houle, « Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert : le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés » (2004), 38 *R.J.T.* 263, aux pages 315 et 316 et à la note 136).

[73] Cette réputation sur le plan de la crédibilité a été confirmée par les tribunaux canadiens à tous les niveaux. La Cour suprême du Canada s'est appuyée sur des renseignements compilés par AI, de même que sur l'un de ses rapports, dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pages 829, 830 et 839. Elle a également cité AI dans l'arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 11, pour signaler l'utilisation de la torture dans cette affaire.

[74] De même, la Cour fédérale a reconnu la fiabilité d'Amnistie internationale et de Human Rights Watch. Par exemple, mon collègue le juge Michael Kelen a qualifié le rapport de HRW de « digne de foi » (*Buri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1358, au paragraphe 22); un autre de mes collègues, le juge François Lemieux, a déclaré qu'une agente d'immigration avait commis une erreur en omettant d'examiner un rapport de AI ayant trait à la situation dans le pays concerné, alors que le rapport ne se trouvait pas parmi les documents qu'elle avait examinés et que ses opinions étaient contraires à cette preuve documentaire (*Kazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 178, aux paragraphes 28 et 30).



[75] In *Thang v. Canada (Solicitor General)* (2004), 35 Imm. L.R. (3d) 241 (F.C.), at paragraph 8, Justice James O'Reilly seemingly recognized that the credibility of AI did not necessarily mandate that a decision maker agree with the conclusions of its reports, but it did require her to state why she found the report unpersuasive. It remains open to this reviewing Court to assess whether the delegate's treatment of evidence from such credible sources was done arbitrarily or by ignoring crucial evidence.

[76] On country conditions, the delegate relied on the 2003 and 2004 U.S. DOS reports citing serious human rights abuses committed by Egyptian security forces, and qualifying the overall record as "poor" with "serious problems remain[ing]." She also mentions a 2005 HRW report, depicting torture as "routine," especially during interrogation and criminal investigation. She highlighted differences between the two sources with regard to the increasing accountability of police officers, stating that she preferred the U.S. DOS reports over the HRW report as they contained greater detail. She concluded that she found "the statement contained in the US Report that the Egyptian Government is making efforts to hold security personnel accountable more persuasive."

[77] "Efforts" to improve accountability do not alter the fundamental, overall findings of the U.S. DOS reports, reinforced by the HRW report, that serious human rights problems exist in Egypt. Crucially, both sources essentially come to similar conclusions on the determinative issue; the current state of the human rights situation in Egypt. It is logically flawed for the delegate to highlight difference on *ex post facto* accountability when both reports agree on crucial, determinative evidence.

[75] Dans la décision *Thang c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 457, au paragraphe 8, le juge James O'Reilly a de même reconnu que la crédibilité de AI n'oblige pas nécessairement le décideur à souscrire aux conclusions de ses rapports, mais il est au moins tenu d'expliquer pourquoi il n'a pas été convaincu par tel ou tel rapport. Cette Cour peut donc vérifier si la manière dont la représentante a apprécié la preuve provenant de sources aussi crédibles a été arbitraire ou si elle a fait abstraction d'éléments de preuve importants.

[76] Pour ce qui est de la situation dans le pays, la représentante s'est appuyée sur les rapports de 2003 et de 2004 du Département d'État américain qui dénombrent de sérieuses violations commises par les forces de sécurité égyptiennes en matière de droits de la personne et qui mentionnent que, dans l'ensemble, la situation de ce pays est « mauvaise » et qu'il reste [TRADUCTION] « de graves problèmes à résoudre ». Elle a mentionné également un rapport de 2005 de HRW, qui qualifie la torture de [TRADUCTION] « routinière » particulièrement au cours des interrogatoires et des enquêtes criminelles. Elle a souligné les différences entre les deux sources pour ce qui concerne la responsabilisation accrue des agents de police, indiquant qu'elle préférerait les rapports du Département d'État américain à celui de HRW parce qu'ils étaient plus détaillés. Elle a conclu [TRADUCTION] « que le passage dans le rapport américain selon lequel le gouvernement égyptien fait des efforts pour tenir le personnel des services de sécurité responsable de ses actes était plus convaincant ».

[77] Les « efforts » visant à accroître la responsabilisation des agents ne modifient pas les conclusions fondamentales et générales des rapports du Département d'État américain, renforcées par le rapport de HRW, selon lesquelles il existe en Égypte de graves problèmes en matière de droits de la personne. Ce qui est crucial, c'est que les deux sources tirent essentiellement des conclusions semblables sur la question déterminante, c'est-à-dire l'état actuel des droits de la personne en Égypte. La représentante a commis une erreur de logique en soulignant les différences sur la responsabilisation après le fait alors que les deux rapports vont dans le même sens sur des éléments de preuve essentiels et déterminants.

[78] Further, though the U.S. DOS reports stated that security personnel have been held accountable for abuses, the detail provided in these reports related only to police officers, and to a lesser extent, prison officials. The HRW report superficially differed in that it only stated that security officials (i.e., non-police) had not been prosecuted. Substantively, both sources essentially agreed on this point.

[79] The delegate noted that “victims can bring criminal or civil actions for compensation relating to police abuse” as impliedly supporting the conclusion that Mr. Mahjoub does not face substantial risk of torture upon his return. In my view, even if torture victims can increasingly bring about *ex post facto* claims, it does little to prevent the occurrence of such abuses in the first place. Logically, such a finding does not relate to the “personal and present” risk of torture faced by the applicant upon his return to Egypt.

[80] The delegate expressed her preference for recent reports over more dated information, as being more likely to reflect the situation of Mr. Mahjoub. In fact, she did the opposite. Substantively, she found the 2002 Court of Appeal of Austria *Bilasi-Ashri* decision, which relied upon pre-2001 evidence, to be more indicative of the current human rights situation in Egypt than more recent reports from the U.S. DOS, HRW, and AI. Although she noted that the extradition never occurred, as Egypt refused to agree to the conditions stipulated by Austria, she nevertheless found the 2002 *Bilasi-Ashri* decision to be persuasive. She ignored that this refusal is reflective of Egypt’s general attitude towards human rights. It was not tenable for her to rely on this single source of evidence to conclude that torture was not prevalent in Egypt, where the bulk of the evidence pointed to the contrary conclusion.

[78] En outre, même si les rapports du Département d’État américain déclarent que le personnel de sécurité a été tenu responsable des violations commises, les détails fournis dans ces rapports se rapportaient uniquement à des agents de police, et dans une moindre mesure, aux responsables des prisons. Le rapport de HRW différait superficiellement en ce qu’il déclarait simplement que les agents de sécurité (c’est-à-dire n’appartenant pas à la police) n’avaient pas été poursuivis. Sur le fond, les deux sources s’entendaient sur ce point.

[79] La représentante a signalé que le passage selon lequel [TRADUCTION] « les victimes peuvent tenter des actions civiles ou criminelles pour obtenir réparation en cas d’abus commis par la police » était de façon implicite la conclusion que M. Mahjoub ne court pas de risque sérieux d’être torturé à son retour en Égypte. À mon avis, même si les victimes de torture peuvent de plus en plus demander réparation après le fait, il n’en reste pas moins que de tels abus sont commis au départ. Logiquement, une telle conclusion n’a rien à voir avec le risque de torture « personnel et actuel » que courrait le demandeur à son retour en Égypte.

[80] La représentante a exprimé sa préférence pour les rapports récents par rapport aux renseignements plus anciens, qui indiqueraient vraisemblablement mieux la situation de M. Mahjoub. En fait, elle a fait le contraire. Sur le fond, elle a conclu que l’arrêt de la Cour d’appel d’Autriche, rendu en 2002, dans l’affaire *Bilasi-Ashri*, qui s’appuyait sur des éléments de preuve antérieurs à 2001, était plus instructif sur l’état actuel des droits de la personne en Égypte que les rapports plus récents publiés par le Département d’État américain, HRW et AI. Bien qu’elle ait signalé que l’extradition n’a pas eu lieu, étant donné que l’Égypte a refusé d’accepter les conditions imposées par l’Autriche, elle a néanmoins estimé que l’arrêt *Bilasi-Ashri* de 2002 était convaincant. Elle n’a pas tenu compte du fait que ce refus reflétait l’attitude générale des autorités égyptiennes en matière de droits de la personne. Elle ne pouvait pas se fier à cet unique élément de preuve pour conclure que la torture n’était pas répandue en Égypte, alors que l’essentiel de la preuve allait dans le sens contraire.

[81] I adopt the position of Justice Marshall Rothstein who stated in *Rosales v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 72 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), at paragraph 7 that a reviewable error is committed when a decision maker “arrives at its conclusion by ignoring relevant and apparently overwhelming evidence to the contrary.”

[82] I find that the delegate’s selective reliance on one piece of evidence that held that human rights abuses were not a systemic problem in Egypt, against the overwhelming bulk of the evidence which essentially pointed to the contrary, to be patently unreasonable.

[83] Despite her conclusion that human rights abuses were not systematic and institutionalized in Egypt, the delegate nevertheless found that the situation was problematic. Thus, she proceeded with an evaluation of Egypt’s assurances not to torture or mistreat Mr. Mahjoub in the event of his return to Egypt.

(b) Egypt’s assurances

[84] The Supreme Court of Canada in *Suresh*, above, warned against placing too much reliance on assurances made by governments that have engaged in torture in the past. Specifically, at paragraph 124, the Court cautioned:

We would signal the difficulty in relying too heavily on assurances by a state that it will refrain from torture in the future when it has engaged in illegal torture or allowed others to do so on its territory in the past.

[85] The unanimous Court also highlighted the difference between assurances regarding the death penalty (through a potentially legal process) and torture (an illegal process), as the former are easier to monitor and generally more reliable than the latter (*Suresh*, above, at paragraph 124).

[81] J’abonde dans le sens du juge Marshall Rothstein qui a dit dans la décision *Rosales c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 1454 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 7, qu’une erreur susceptible de contrôle est commise quand le décideur « arrive à une conclusion qui ne tient manifestement pas compte d’une preuve pertinente et écrasante opposée à cette conclusion ».

[82] Je conclus que, lorsque la représentante a retenu de manière sélective un unique élément de preuve selon lequel les violations des droits de la personne ne constituent pas un problème systémique en Égypte, et qui va à l’encontre de la preuve écrasante qui est essentiellement opposée à cette conclusion, elle a agi de manière manifestement déraisonnable.

[83] Malgré sa conclusion selon laquelle les violations des droits de la personne ne sont pas systématiques et institutionnalisées en Égypte, la représentante a néanmoins conclu que la situation posait problème. Elle s’est donc livrée à l’appréciation des assurances données par l’Égypte qui a déclaré que M. Mahjoub ne serait pas torturé et ne subirait pas de mauvais traitements à son retour dans ce pays.

b) Les assurances données par l’Égypte

[84] Dans l’arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême du Canada a fait une mise en garde contre le fait d’accorder trop d’importance aux assurances données par des gouvernements qui par le passé ont fait usage de la torture. Plus précisément, au paragraphe 124, la Cour déclare ce qui suit :

Nous tenons à souligner le problème que crée le fait d’accorder trop de poids à l’assurance donnée par un État qu’il n’aura pas recours à la torture à l’avenir, alors que par le passé il s’y est livré illégalement ou a permis que d’autres s’y livrent sur son territoire.

[85] La Cour a également souligné à l’unanimité la différence entre les assurances données concernant la peine de mort (appliquée conformément à un processus peut-être légal) et la torture (un processus illégal), étant donné que celles-là sont plus faciles à contrôler et généralement plus dignes de foi que celles-ci (*Suresh*, précité, au paragraphe 124).

[86] The Court then offered important guidance, suggesting factors the Minister may take into account in evaluating assurances given by a foreign government with regards to torture (*Suresh*, above, at paragraph 125):

In evaluating assurances by a foreign government, the Minister may also wish to take into account the human rights record of the government giving the assurances, the government's record in complying with its assurances, and the capacity of the government to fulfill the assurances, particularly where there is doubt about the government's ability to control its security forces. In addition, it must be remembered that before becoming a Convention refugee, the individual involved must establish a well-founded fear of persecution (although not necessarily torture) if deported.

[87] In my view, these factors provide a cautious framework for any analysis of the trustworthiness of assurances given by a foreign government. For instance, a government with a poor human rights record would normally require closer scrutiny of its record of compliance with assurances. A poor record of compliance may in turn require the imposition of additional conditions, such as monitoring mechanisms or other safeguards which may be strongly recommended by international human rights bodies. Conversely, a country with a good human rights record would often likely have a correspondingly good record of compliance, and therefore additional conditions may be unnecessary to enhance the reliability of assurances.

[88] In the present case, the applicant submits that the delegate failed to apply the analysis suggested by the Supreme Court and disregarded the bulk of evidence from a multitude of sources that cited Egypt's non-compliance with assurances. I agree with the applicant. Although I recognize that the Supreme Court accorded some discretion in applying these factors, I nevertheless believe it required at least a degree of analytical consideration by any decision maker charged with assessing the reliability of assurances.

[86] La Cour a ensuite donné des directives importantes, et énoncé les facteurs que le ministre peut prendre en compte dans l'appréciation des assurances données par un gouvernement étranger concernant la torture (*Suresh*, précité, au paragraphe 125) :

Lorsqu'elle évalue les assurances fournies par un gouvernement étranger, la ministre peut aussi vouloir tenir compte des antécédents de ce gouvernement en matière de respect des droits de la personne, de la mesure dans laquelle il s'est conformé dans le passé à de telles assurances et de sa capacité de le faire, plus particulièrement lorsqu'il n'est pas certain qu'il soit en mesure de contrôler ses forces de sécurité. Il faut en outre se rappeler que, avant de se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, l'intéressé doit établir qu'il craint avec raison d'être persécuté (mais pas nécessairement torturé) s'il est expulsé.

[87] À mon avis, ces facteurs fournissent un cadre judicieux d'analyse de la fiabilité des assurances données par un gouvernement étranger. Par exemple, le gouvernement ayant de mauvais antécédents en matière de respect des droits de la personne doit normalement faire l'objet d'un examen plus approfondi pour vérifier s'il a ou non respecté les assurances qu'il a données par le passé. De mauvais antécédents peuvent à leur tour réclamer l'imposition de conditions supplémentaires, comme des mécanismes de contrôle ou d'autres garanties qui peuvent être fortement recommandées par des organismes internationaux des droits de la personne. À l'inverse, le pays qui a de bons antécédents en matière de respect des droits de la personne aura vraisemblablement tendance à respecter les assurances qu'il a données, et il peut donc être inutile d'imposer des conditions supplémentaires afin de s'assurer de la fiabilité des assurances données.

[88] En l'espèce, le demandeur soutient que la représentante n'a pas fait l'analyse énoncée par la Cour suprême et n'a pas tenu compte de l'essentiel de la preuve provenant d'une multitude de sources et indiquant que l'Égypte ne respectait pas les assurances qu'elle donnait. Je suis d'accord avec le demandeur. J'admets que la Cour suprême a reconnu au décideur un certain pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces facteurs, mais je crois néanmoins que cela impose à tout le moins au décideur chargé d'évaluer la fiabilité des assurances de se livrer à une certaine forme d'examen analytique à cet égard.

[89] Although the delegate gave little weight to an unofficial letter, she accorded considerable weight to the diplomatic notes “written in the third person and constituting official government communications.” As a well-established form of high-level communication between the countries, she found them to be more persuasive. However, in doing so she failed to take into account the human rights record of the Government as well as its record of compliance with assurances. This is particularly troubling in light of the extensive human rights reports provided to the delegate discussing the poor human rights record of Egypt. Even more troubling is the reliance of the delegate on the assurance given by the Egyptian government that Mr. Mahjoub would be treated in full conformity with the human rights charter given the uncontradicted evidence before her that there is no such charter in Egypt.

[90] I further agree with the applicant that the delegate erred by ignoring the overwhelming bulk of evidence which documents Egypt’s poor record of compliance. For instance, she rejected multiple reports dealing with assurances by Human Rights Watch (including “Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” [(2004), 16 *Human Rights Watch*, No. 4 (D)]; “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” [(2005), 17 *Human Rights Watch*, No. 4 (D)]; “Black Hole: The Fate of Islamists Rendered to Egypt” [(2005), 17 *Human Rights Watch*, No. 5 (E)]), the first two which dealt specifically and extensively with the issue; the April 2005 report (*Still at Risk*, at page 5) concluded that:

Governments in states where torture is a serious human rights problem almost always deny such abusive practices. It defies common sense to presume that a government that routinely flouts its obligations under international law can be trusted to respect those obligations in an isolated case.

[91] She rejected the affidavit of Ms. Gloria Nafziger, Amnesty International (AI) refugee co-ordinator in

[89] Bien que la représentante ait accordé peu de poids à une lettre non officielle, elle a donné un poids considérable à des notes diplomatiques [TRADUCTION] « rédigées à la troisième personne et constituant des communications officielles du gouvernement ». Étant donné qu’il s’agit d’une forme bien établie de communication de haut niveau entre les pays, elle a estimé qu’elles étaient plus convaincantes. Toutefois, en agissant de la sorte, elle n’a pas tenu compte des antécédents de l’État égyptien en matière de droits de la personne, non plus que de son respect de ses assurances. Cela est particulièrement troublant au vu des rapports détaillés sur les droits de la personne qui ont été remis à la représentante et qui exposent les mauvais antécédents de l’Égypte à cet égard. Ce qui est encore plus troublant, c’est que la représentante s’est appuyée sur l’assurance donnée par le gouvernement égyptien que M. Mahjoub serait traité en toute conformité avec la charte des droits de la personne, compte tenu de la preuve non contredite dont elle était saisie et qui établit qu’une telle charte n’existe pas en Égypte.

[90] Je conviens aussi avec le demandeur que la représentante a commis une erreur en ne tenant pas compte de la preuve écrasante qui établit le piètre bilan de l’Égypte sur le plan du respect des assurances données. Par exemple, elle a rejeté de nombreux rapports de Human Rights Watch traitant des assurances données (notamment « Promesses vides : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » [(2004), 16 *Human Rights Watch*, No. 4(D)]; « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » [(2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4 (D)]; « Black Hole : The Fate of Islamists Rendered to Egypt » [(2005), 17 *Human Rights Watch*, No. 5(E)]), dont les deux premiers traitaient la question de manière précise et fouillée; le rapport d’avril 2005 (*Toujours en danger*, à la page 5) concluait en ces termes :

[TRADUCTION] Les gouvernements des pays où la torture constitue un problème grave en matière de respect des droits de la personne nient presque toujours avoir recours à ces pratiques abusives. Il est contraire au bon sens de présumer qu’on peut croire un gouvernement qui passe régulièrement outre à ses obligations en droit international qu’il les respectera dans un cas isolé.

[91] Elle a rejeté l’affidavit de M<sup>me</sup> Gloria Nafziger, coordonnatrice des réfugiés d’Amnistie internationale

Toronto, which stated “individuals have reportedly been subjected to torture upon return despite assurances having been provided by Egyptian officials in advance that they would not be tortured,” as the delegate found there was “little in the form of evidenciary [*sic*] basis for this conclusion.”

[92] As it “relies on evidence from other reports, [and] makes general and unsubstantiated allegations” she gave little weight to a letter from the American-Egyptian professor which states these assurances are regularly and consistently violated: “The Government of Egypt frequently fails to abide by its promises when it comes to the human rights of detainees”, “a culture of impunity exists with respect to ongoing torture, especially against anyone who is viewed as an opponent of the regime”, “[i]t is certain that a person extradited to Egypt under the circumstances involved in this case will be tortured”, “[i]n my view, it is beyond doubt that if returned to Egypt Mr. Mahjoub is extremely likely to be tortured, mistreated and abused.”

[93] In sum, she gave little weight to any of thereports, the affidavit and the letter “since they mostly stem from one case, that of Mr. Agiza, that they mostly rely on the claims from the plaintiff himself, claim [*sic*] directly contradicted by the Government of Sweden.”

[94] Rather than accepting the bulk of the evidence on Egypt’s poor record of compliance, the delegate unusually relied almost entirely on the submissions of Sweden in *Agiza v. Sweden*, above, that Egypt abided by its assurances. I find that her favouring of a biased party’s submissions over the final conclusions of the CAT to be perverse.

[95] In the present case, neither of the two diplomatic notes relied upon by the delegate mention monitoring mechanisms, and they contain no specific commitments

(AI) à Toronto, qui a déclaré que [TRADUCTION] « on a signalé que des personnes avaient été victimes de torture à leur retour, malgré les assurances données auparavant par les autorités égyptiennes qu’elles ne seraient pas torturées », puisque la représentante a estimé que [TRADUCTION] « il n’y a que peu d’éléments de preuve à l’appui de cette conclusion ».

[92] Étant donné qu’elle [TRADUCTION] « s’appuie sur une preuve tirée d’autres rapports, [et] qu’elle fait des allégations générales et non fondées », la représentante a accordé peu de poids à une lettre du professeur américano-égyptien qui disait que ces assurances sont violées de façon régulière et systématique : [TRADUCTION] « Le gouvernement égyptien passe fréquemment outre à ses promesses quand il s’agit des droits de la personne des détenus »; « une culture d’impunité existe pour ce qui est du recours permanent à la torture, plus précisément contre toute personne qui est considérée comme un opposant au régime »; « il est certain qu’une personne extradée vers l’Égypte dans ces circonstances sera torturée »; « à mon avis, il ne fait aucun doute que, si on le renvoie en Égypte, M. Mahjoub subira très vraisemblablement la torture, des mauvais traitements et des abus ».

[93] En résumé, elle a accordé peu de poids à ces rapports, à l’affidavit et à la lettre [TRADUCTION] « puisqu’ils proviennent en grande partie d’une cause, celle de M. Agiza, et qu’ils s’appuient principalement sur les allégations du plaignant lui-même, allégations qui sont directement contredites par le gouvernement suédois ».

[94] Plutôt que d’accepter l’essentiel de la preuve concernant les mauvais antécédents de l’Égypte quant au respect de ses obligations, la représentante s’est, de façon tout à fait inusitée, appuyée presque entièrement sur les conclusions de la Suède dans l’affaire *Agiza c. Suède*, précitée, selon lesquelles l’Égypte respectait les assurances qu’elle donnait. Je suis d’avis que le fait qu’elle ait préféré les conclusions biaisées d’une partie aux conclusions finales du CCT est arbitraire.

[95] En l’espèce, aucune des deux notes diplomatiques sur lesquelles la représentante s’est appuyée ne mentionne de système de contrôle, et elles

not to abuse Mr. Mahjoub. The only element that could be construed as an assurance is a general statement that he would be treated in accordance with the human rights charter, though the evidence demonstrates it does not exist.

[96] Furthermore, an effective monitoring mechanism was specifically recommended by the Special Rapporteur on Torture as a precondition for the return of Mr. Mahjoub (letter from Theo van Boven, Special Rapporteur on Torture of the Commission on Human Rights, to His Excellency The Minister of Foreign Affairs of Canada; April 2, 2002). There is nothing in the record that indicates any such mechanism or other “safeguard,” nor anything to suggest that Canada ever sought such a condition from Egypt. Indeed, there is nothing in the record which demonstrates any specific requests by the Canadian government in terms of assurances.

[97] I remain mindful that the proper role of this reviewing Court does not entail a reweighing of the evidence. However, the delegate consistently ignored critical evidence, failed to take important factors into consideration and arbitrarily relied on selected evidence. This flawed approach can be considered nothing short of patently unreasonable with regard to the substantial risk of torture issue.

#### 4. Best interests of the children

[98] The delegate considered the submissions made by Mr. Mahjoub’s wife that his deportation would have a detrimental impact on their children but concluded that “[h]owever detrimental the effect that Mr. Mahjoub’s deportation would have [*sic*] on his children, I am unable to find that their best interest outweighs my findings that Mr. Mahjoub is a danger to the security of Canada.”

[99] The applicant submits that this statement suggests that the best interests of the children could not

ne contiennent aucun engagement précis de ne pas commettre d’abus à l’égard de M. Mahjoub. Le seul élément qui pourrait être interprété comme une assurance est une déclaration générale selon laquelle il serait traité conformément à la charte des droits de la personne, alors que la preuve établit que cette charte n’existe pas.

[96] En outre, un système de contrôle efficace avait été précisément recommandé par le Rapporteur spécial sur la torture en tant que condition préalable au retour de M. Mahjoub en Égypte (Lettre de Theo van Boven, Rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de la personne à son Excellence le ministre des Affaires étrangères du Canada; le 2 avril 2002). Il n’y a rien dans le dossier qui indique qu’un tel système ou une autre forme de « garantie » existe, ni rien non plus qui laisse entendre que le Canada ait jamais exigé une telle condition de l’Égypte. En fait, il n’y a rien dans le dossier qui indique que le gouvernement canadien a demandé précisément aux autorités égyptiennes de formuler des assurances.

[97] Je suis consciente du fait qu’il ne revient pas à la Cour, saisie de la demande de contrôle judiciaire, de pondérer la preuve de nouveau. Toutefois, la représentante a fait abstraction d’éléments de preuve essentiels à plusieurs reprises, elle n’a pas tenu compte de facteurs importants et elle s’est appuyée de manière sélective sur certains éléments de preuve. Cette démarche déficiente ne peut être considérée que comme manifestement déraisonnable au regard de la question du risque sérieux de torture.

#### 4. L’intérêt supérieur des enfants

[98] L’épouse de M. Mahjoub a fait valoir que son renvoi aurait un effet préjudiciable sur leurs enfants, mais la représentante a conclu que [TRADUCTION] « quel que soit le préjudice que le renvoi de M. Mahjoub puisse causer à ses enfants, je ne peux conclure que leur intérêt l’emporte sur le fait que M. Mahjoub constitue un danger pour la sécurité du Canada ».

[99] Le demandeur soutient que cette conclusion laisse entendre que l’intérêt supérieur des enfants ne

outweigh the danger he posed to Canada; without a corresponding analysis of the evidence, it does not meet the requirement to provide cogent reasons. Such a failure to provide reasons addressing the factual specificities of this issue constitutes an error in his view.

[100] The respondents submit that Mr. Mahjoub is not entitled to a positive determination of this issue merely on the grounds that he has children in Canada, and that it is in their interest that he remains here. The best interests of his children do not trump the substantial danger that the applicant poses to Canadian security. Therefore this decision is reasonable, and the reasons sufficiently reveal its basis.

[101] My colleague Justice MacKay addressed a similar issue in *Jaballah*, above, at paragraph 38, and I agree with his finding in that case that the delegate deserves considerable deference with regard to this issue.

[102] I am not persuaded in the circumstances of the present matter that the delegate made her determination without regard to the information before her. She acknowledged Mr. Mahjoub's specific situation, as well as the impact that his deportation was likely to have on his children, but nevertheless concluded that their best interests did not affect her ultimate determination. I can find no grounds for this Court's intervention with regard to this issue.

##### 5. Alternatives to removal

[103] The delegate concluded that the release of Mr. Mahjoub under conditions would compromise national security, as he would be able to re-establish his links to terrorist networks, and be able to participate in the facilitation and furthering of terrorist activities. She expressed concern that by virtue of the terrorist network's sophistication and proven capacities, Mr. Mahjoub could potentially leave the country and "disappear." In her view, this all precluded any possibility of conditional release.

[104] In considering the option of removal to a third country, the delegate canvassed his position on the issue

pourrait pas l'emporter sur le danger qu'il représente pour le Canada; si nulle analyse correspondante de la preuve n'est faite, cela va à l'encontre de l'obligation de fournir des motifs valables. Il fait valoir qu'omettre de se pencher sur les faits particuliers soulevant cette question constitue une erreur.

[100] Les défendeurs soutiennent que M. Mahjoub ne peut avoir gain de cause relativement à cette question simplement parce qu'il a des enfants au Canada, et qu'il est dans leur intérêt qu'il demeure ici. L'intérêt supérieur de ses enfants n'éclipse pas le grave danger que le demandeur présente pour la sécurité canadienne. Par conséquent, cette décision est raisonnable, et les motifs expliquent suffisamment son fondement.

[101] Mon collègue le juge MacKay s'est penché sur une question semblable dans la décision *Jaballah*, précitée, au paragraphe 38 et, comme lui, je suis d'avis qu'il faut faire preuve de beaucoup de retenue judiciaire à l'égard de la conclusion de la représentante sur cette question.

[102] Je ne suis pas convaincue que, en l'espèce, la représentante a pris sa décision sans tenir compte des renseignements dont elle était saisie. Elle a reconnu la situation particulière de M. Mahjoub, de même que l'impact que son renvoi aurait probablement sur ses enfants, mais elle a néanmoins conclu que leur intérêt supérieur ne modifiait pas sa décision ultime. Je ne vois aucun motif d'intervenir relativement à cette question.

##### 5. Solutions autres que le renvoi

[103] La représentante a conclu que la libération de M. Mahjoub sous certaines conditions compromettrait la sécurité nationale, étant donné qu'il serait en mesure de rétablir ses liens avec les réseaux terroristes, et qu'il pourrait contribuer à faciliter et à réaliser des activités terroristes. Elle s'est dite préoccupée que, en raison de la complexité et des capacités prouvées du réseau terroriste, M. Mahjoub pourrait peut-être quitter le pays et « disparaître ». À son avis, tout cela faisait obstacle à toute possibilité de libération conditionnelle.

[104] Lorsqu'elle a étudié la solution consistant à renvoyer l'intéressé vers un pays tiers, la représentante



but concluded that “Mr. Mahjoub’s counsel has not provided any listing of countries that would be considered safe third countries”.

[105] The applicant submits the delegate’s rejection of conditional release as an option usurps the Court’s role in determining whether a release can be made in a way that protects Canada’s security. He argues the delegate did not properly consider the effect of his “blown cover” and fragile mental/physical state and that the decision reflects an exaggerated and stereotypical view of terrorists. He also challenges the delegate’s position that he has the onus to identify a safe third-country alternative.

[106] The respondents distinguish the present situation from that in *Suresh*, above, in view of the delegate’s determination that Mr. Mahjoub does not face substantial risk of torture or death if returned to Egypt. This essential difference means that the same importance should not be attached to safe third-country alternatives in the present case.

[107] The delegate’s expression of her opinion with regard to conditional release does not preclude this Court from determining whether the applicant may be released with conditions, where such an application is made. I make no further comment on this issue, as it forms the subject matter of another proceeding before this Court.

[108] With regard to the third-country alternative, the Supreme Court of Canada specified that a deportation to torture issue required the consideration of specific factors such as the human rights record of the receiving state, personal risk to the individual, assurances and so on, and that “[i]t may also involve a reassessment of the refugee’s initial claim and a determination of whether a third country is willing to accept the refugee” (*Suresh*, above, at paragraph 39; emphasis added). I concur with the respondents that in light of this permissive language used by the Court in *Suresh*, above, there was no

a exprimé sa position sur la question, mais elle a conclu ceci : [TRADUCTION] « L’avocat de M. Mahjoub n’a pas fourni de liste de pays qui pourraient être considérés comme des pays tiers sûrs ».

[105] Le demandeur fait valoir que le rejet par la représentante de toute possibilité de libération conditionnelle constitue une usurpation du rôle de la Cour concernant la question de savoir si une libération peut être accordée d’une façon qui protège la sécurité du Canada. Il prétend que la représentante n’a pas pris en compte, comme elle le devait, les conséquences du fait que son identité est maintenant connue et la fragilité de son état de santé mentale et physique, et que la décision reflète une vision exagérée et stéréotypée des terroristes. Il conteste également la position de la représentante voulant que c’est à lui qu’il incombe de désigner un pays tiers sûr.

[106] Les défendeurs distinguent la situation actuelle de celle qui prévalait dans l’affaire *Suresh*, précitée, compte tenu du fait que la représentante a conclu que M. Mahjoub ne courait pas de risque sérieux d’être torturé ou d’être tué s’il retournait en Égypte. Cette différence essentielle signifie qu’il ne faut pas attacher la même importance à la désignation de pays tiers sûrs en l’espèce.

[107] Le fait que la représentante a exprimé son avis à l’égard de la libération conditionnelle n’empêche pas la Cour de décider si le demandeur pouvait être libéré sous certaines conditions, si une telle demande était faite. Je ne ferai aucune autre observation sur cette question, étant donné qu’elle fait l’objet d’une autre instance devant la Cour.

[108] Pour ce qui est du choix d’un pays tiers, la Cour suprême du Canada a précisé que la question du risque de torture en cas d’expulsion exige l’examen de facteurs précis comme les antécédents du pays de destination en matière de droits de la personne, les risques personnels courus par l’intéressé, les assurances qu’il ne sera pas torturé, ainsi que de bien d’autres éléments, et que cela « peut également comporter la réévaluation de la demande initiale du réfugié et l’examen de la question de savoir si un pays tiers est disposé à l’accueillir » (*Suresh*, précité, au paragraphe 39; non souligné dans

obligation on the delegate to necessarily conduct an analysis concerning third-country alternatives. In view of her conclusion that Mr. Mahjoub did not face a substantial risk of torture on his return to Egypt, there was no reason for the delegate to proceed with such an analysis.

## CONCLUSION

[109] In light of my preceding reasons, I find that the delegate's decision with regard to the substantial risk of torture faced by Mr. Mahjoub on his return to Egypt was patently unreasonable. Mr. Mahjoub's application for judicial review is allowed, and the delegate's decision is set aside. This matter is to be remitted for redetermination in accordance with these reasons by another delegate of the Minister.

[110] I am cognizant that in redetermining this matter, it is possible for the subsequent decision maker to conclude that Mr. Mahjoub faces a substantial risk of torture and that he continues to pose a danger to the security of Canada. This would inevitably lead to the issue of whether the present circumstances justify deportation to face torture, the balancing exercise addressed by the Supreme Court of Canada in *Suresh*, above.

[111] However, this is not a live issue in the present matter, and therefore it would be beyond my purview to consider it. In coming to this conclusion, I rely on comments made by my colleague Justice Dawson in *Mahjoub* 2005, above, at paragraph 65, where she similarly declined to deal with the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c.11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] issues as it was unnecessary to do so:

The Supreme Court has . . . cautioned that Charter issues should not be decided where it is not necessary to do so, and has stressed that Charter issues are to be decided on a proper

l'original). Je conviens avec les défendeurs que, du fait que la Cour a utilisé, dans l'arrêt *Suresh*, précité, une formulation facultative, la représentante n'avait aucune obligation d'analyser les possibilités de renvoi vers un pays tiers. Vu sa conclusion que M. Mahjoub ne courrait pas de risque sérieux de torture en cas d'expulsion vers l'Égypte, elle n'avait aucune raison de procéder à une telle analyse.

## CONCLUSION

[109] Au vu des motifs que je viens d'exposer, je conclus que la décision de la représentante concernant le risque sérieux de torture que courrait M. Mahjoub à son retour en Égypte était manifestement déraisonnable. La demande de contrôle judiciaire de M. Mahjoub est accueillie, et la décision de la représentante est infirmée. Cette affaire est renvoyée pour qu'un nouvel examen soit effectué par un autre représentant du ministre en tenant compte des présents motifs.

[110] Je suis consciente du fait que, après avoir réexaminé cette affaire, il est possible que le nouveau décideur en arrive à la conclusion que M. Mahjoub court un risque sérieux de torture et qu'il continue de poser un danger pour la sécurité du Canada. Cela mènerait inévitablement à la question de savoir si la situation actuelle justifie l'expulsion vers un pays où l'intéressé pourrait être torturé; pour y répondre, il faudra concilier les intérêts en cause, comme l'a fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*, précité.

[111] Toutefois, cette question n'est pas en litige en l'espèce, et j'outrepasserais donc ma compétence si je m'y penchais. Pour tirer cette conclusion, je m'appuie sur les observations faites par ma collègue la juge Dawson dans la décision *Mahjoub* 2005, précitée, au paragraphe 65, où elle a de la même manière refusé de se pencher sur des questions relevant de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], puisqu'il était inutile de le faire :

La Cour suprême a [. . .] souligné que les questions liées à la Charte ne devraient pas être tranchées lorsque cela n'est pas nécessaire, et qu'elles doivent être tranchées au moyen d'une

evidentiary record. See, for example, *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraphs 6 to 12 for authority that unnecessary issues of law should not be decided (particularly constitutional issues). . . .

[112] At the end of the hearing, one of the counsel for the applicant, Ms. Jackman, indicated that if the Court based its decision on administrative law principles, there would probably not be a certified question.

[113] The Court agreed to allow the parties one week to make submissions with regard to a potential question, or questions, to be certified. Accordingly, counsel for the parties have seven days following the release of this decision, to file submissions with the Court in this regard, if they so choose.

#### JUDGMENT

The application for judicial review is allowed and the delegate's decision to return the applicant to Egypt is set aside. This matter is to be remitted for re-determination in accordance with these reasons by another delegate of the Minister.

Counsel for the parties have seven days following the release of this decision to file submissions with the Court for certification of a question or questions.

#### APPENDIX A

##### CHRONOLOGY OF EVENTS AND PROCEEDINGS

(Adapted from version produced by Madam Justice Dawson in *Mahjoub* 2005)

December 30, 1995 Mr. Mahjoub enters Canada and immediately makes a claim for Convention refugee status.

October 24, 1996 Mr. Mahjoub is declared to be a Convention refugee by the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board.

preuve appropriée. Se reporter, par exemple, à *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, aux paragraphes 6 à 12, où l'on a statué qu'il n'y a pas lieu de trancher des questions de droit (particulièrement des questions constitutionnelles) [. . .]

[112] À la fin de l'audience, l'une des avocates du demandeur, M<sup>me</sup> Jackman, a indiqué que, si la Cour fondait sa décision sur des principes de droit administratif, il n'y aurait probablement pas de question à faire certifier.

[113] La Cour a accepté d'accorder aux parties une semaine pour présenter des observations ayant trait à la certification d'une ou de plusieurs questions. Par conséquent, les avocats des parties ont sept jours à la suite du prononcé de la présente décision pour déposer leurs observations à la Cour à cet égard, s'ils choisissent de le faire.

#### JUGEMENT

La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de la représentant d'expulser le demandeur en Égypte est annulée. L'affaire est renvoyée pour être examinée de nouveau par un autre représentant du ministre, qui devra tenir compte des présents motifs.

Les avocats des parties ont sept jours après le prononcé de la présente décision pour déposer leurs observations auprès de la Cour en vue de la certification d'une ou de plusieurs questions.

#### ANNEXE A

##### CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS ET DES PROCÉDURES

[Adaptée à partir de la version produite par la juge Dawson dans *Mahjoub* 2005]

30 décembre 1995 M. Mahjoub arrive au Canada et présente immédiatement une demande d'asile.

24 octobre 1996 M. Mahjoub est reconnu comme réfugié au sens de la Convention par la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

June 26, 2000	Mr. Mahjoub is detained on the basis of a security certificate signed by the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) and the Solicitor General of Canada (together the Ministers).	26 juin 2000	M. Mahjoub est arrêté et détenu sur la base d'un certificat de sécurité signé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) et le solliciteur général du Canada (tous deux désignés sous l'appellation ministres).
October 5, 2001	The certificate is found to be reasonable by Justice Nadon of this Court.	5 octobre 2001	Le juge Nadon, de la Cour, conclut que le certificat est raisonnable.
March 25, 2002	Mr. Mahjoub is found to be inadmissible to Canada and a deportation order is issued.	25 mars 2002	M. Mahjoub est déclaré interdit de territoire au Canada et une mesure d'expulsion est prise à son égard.
October 18, 2002	Mr. Mahjoub moves for release from detention.	18 octobre 2002	M. Mahjoub dépose une requête pour obtenir sa mise en liberté.
October 31, 2002	The application for release is scheduled to be heard on January 28 and 29, 2003.	31 octobre 2002	La date d'audition de la requête de mise en liberté est fixée aux 28 et 29 janvier 2003.
December 16, 2002	A summary of confidential information is provided to Mr. Mahjoub.	16 décembre 2002	Un résumé des renseignements confidentiels est communiqué à M. Mahjoub.
March 28, 2003	Mr. Mahjoub is served with the documents that are to be placed before the Minister for the purpose of making a decision, pursuant to paragraph 115(2)(b) of the Act, as to whether Mr. Mahjoub should be removed to Egypt. Mr. Mahjoub's responding submissions are to be provided before May 23, 2003.	28 mars 2003	M. Mahjoub reçoit signification des documents qui doivent être remis au ministre pour qu'une décision soit prise, conformément à l'alinéa 115(2)b) de la Loi, sur la question de savoir si M. Mahjoub doit être renvoyé en Égypte. Les observations de M. Mahjoub en réponse doivent être déposées avant le 23 mai 2003.
March 28, 2003	The application for release is adjourned and subsequently set for May 10, 2003.	28 mars 2003	La requête de mise en liberté est ajournée et, par la suite, la reprise de l'audition est fixée au 10 mai 2003.
May 10, 2003	Evidence is led and the application for release is heard. The	10 mai 2003	La preuve est produite et la requête en mise en liberté est

	parties agree to bifurcate the proceedings so that if Mr. Mahjoub's application is not successful on the merits, the matter will resume for argument on the constitutionality of his detention.		entendue. Les parties conviennent de séparer la procédure. Si M. Mahjoub n'a pas gain de cause au fond, l'audience se poursuivra afin que les arguments portant sur la constitutionnalité de sa détention fassent l'objet d'un débat.
July 30, 2003	The Court determines that Mr. Mahjoub has not met the onus of showing that he will not be removed from Canada within a reasonable time and that his release from detention will not pose a danger to national security or to the safety of any person. Counsel are directed to correspond with the Registry of the Court with respect to scheduling the resumption of the hearing for the purpose of considering the constitutional issues.	30 juillet 2003	La Cour conclut que M. Mahjoub ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que la mesure de renvoi du Canada prise à son égard ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Les avocats sont invités à s'adresser au greffe de la Cour pour obtenir une date de reprise de l'audition afin que les questions constitutionnelles soient débattues.
November 20, 2003	After counsel fail to contact the Registry, and after the Court issues three directions and holds a case management conference, the hearing is ordered to be resumed on January 10 and 11, 2004.	20 novembre 2003	Les avocats n'ayant pas contacté le greffe et la Cour ayant délivré trois directives et tenu une conférence de gestion de l'instance, une ordonnance prévoit que l'audition reprendra les 10 et 11 janvier 2004.
January 9, 2004	Mr. Mahjoub's motion to adjourn the scheduled hearing is allowed. The motion is brought on the ground that Mr. Mahjoub had retained new counsel "but they are unable to proceed with the application for release as currently scheduled given the state of application."	9 janvier 2004	La requête de M. Mahjoub afin d'obtenir l'ajournement de l'audience prévue est accueillie. La requête est motivée par le fait que M. Mahjoub a retenu les services de nouveaux avocats, [TRADUCTION] « qui ne peuvent procéder à l'audience sur la requête de mise en liberté à la date prévue, étant donné l'état du dossier ».
March 8, 2004	Mr. Mahjoub's further motion for leave to raise new issues and to adduce additional evidence is	8 mars 2004	La requête supplémentaire de M. Mahjoub pour obtenir l'autorisation de soulever de nouvelles

	allowed.		questions et de présenter des éléments de preuve supplémentaires est accueillie.
May 31— June 4, 2004	Mr. Mahjoub's application for Release is heard by the Court.	31 mai—4 juin 2004	La Cour entend la requête en mise en liberté de M. Mahjoub.
July 22, 2004	The Minister determines that Mr. Mahjoub should be removed from Canada and be returned to Egypt.	22 juillet 2004	Le ministre conclut que M. Mahjoub doit être expulsé du Canada et renvoyé en Égypte.
September 7-8, 2004	Further evidence is heard with respect to Mr. Mahjoub's application for release.	7 et 8 septembre 2004	Des éléments de preuve supplémentaires sont entendus au sujet de la requête de mise en liberté de M. Mahjoub.
September 8, 2004	The Court stays Mr. Mahjoub's removal to Egypt, pending determination of the application for judicial review of the Minister's decision to remove him.	8 septembre 2004	La Cour sursoit au renvoi de M. Mahjoub en Égypte, jusqu'à ce qu'une décision ait été prise quant à sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de l'expulser.
December 13, 2004	As a result of the issuance of the reasons of the Federal Court of Appeal in <i>Charkaoui (Re)</i> , [2005] 2 F.C.R. 299 ( <i>Charkaoui FCA</i> ), the Court inquires if counsel wish to make further submissions.	13 décembre 2004	Suite au prononcé des motifs de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt <i>Charkaoui (Re)</i> , [2005] 2 R.C.F. 299 ( <i>Charkaoui CAF</i> ), la Cour demande aux avocats s'ils veulent déposer des observations supplémentaires.
December 17, 2004	The Court hears the application for judicial review of the Minister's decision to remove Mr. Mahjoub to Egypt. At this hearing, filing deadlines are agreed between counsel for the filing of additional submissions with respect to new jurisprudence, including <i>Charkaoui FCA</i> , above. Such submissions are to be considered in both the judicial review application and the application for release from detention.	17 décembre 2004	La Cour entend la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de renvoyer M. Mahjoub en Égypte. À l'audience, les avocats conviennent des dates de dépôt d'observations additionnelles fondées sur la jurisprudence récente, y compris l'arrêt <i>Charkaoui CAF</i> , précité. Ces observations seront prises en compte à la fois dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire et dans celui de la requête de mise en liberté.
January 31, 2005	The application for judicial review is allowed, and the	31 janvier 2005	La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision du

	Minister's decision to remove Mr. Mahjoub to Egypt is set aside ( <i>Mahjoub</i> 2005, above).		ministre de renvoyer M. Mahjoub en Égypte est annulée ( <i>Mahjoub</i> 2005, précitée).
February 8, 2005	The Court directs that on February 11, 2005 it will hear submissions from counsel as to which constitutional issues remain live as a result of the decision of the Federal Court of Appeal in <i>Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [2005] 3 F.C.R. 142 ( <i>Almrei</i> FCA), released on that day.	8 février 2005	La Cour délivre une directive prévoyant que, le 11 février 2005, elle entendra les observations des avocats au sujet des questions constitutionnelles encore pertinentes, vu l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire <i>Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [2005] 3 R.C.F. 142 ( <i>Almrei</i> , CAF), rendue le même jour.
February 11, 2005	At the commencement of the hearing, counsel for Mr. Mahjoub concedes that as a result of the binding authority of the Federal Court of Appeal's decision in <i>Almrei</i> FCA, above, no constitutional issues remain live. Mr. Mahjoub does not abandon the constitutional arguments, but does not intend to argue them again and expects the Court to dismiss the constitutional issues in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal. Counsel for the Ministers adopt the submission that all of the constitutional issues have been decided in <i>Almrei</i> FCA, above, against Mr. Mahjoub, and states that it is not necessary for the Court to hear submissions. The Court sits to hear new evidence relevant to the statutory criteria for release.	11 février 2005	Au début de l'audience, les avocats de M. Mahjoub admettent que : vu le précédent établi par la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt <i>Almrei</i> CAF, précité, il n'y a plus de questions constitutionnelles pertinentes. M. Mahjoub ne renonce pas à ses arguments constitutionnels, mais il n'a pas l'intention de les plaider à nouveau. Il s'attend à ce que la Cour rejette les questions constitutionnelles vu la décision de la Cour d'appel fédérale. Les avocats des ministres sont d'avis qu'il a été répondu à toutes les questions constitutionnelles dans l'arrêt <i>Almrei</i> CAF, précité, qui a rejeté le point de vue de M. Mahjoub, et déclarent qu'il n'est pas nécessaire que la Cour entende les divers points de vue. La Cour siège donc pour entendre la nouvelle preuve pertinente aux critères prévus par la loi pour la mise en liberté.
March 14-15, 2005	Further evidence is adduced with respect to Mr. Mahjoub's application for release.	14 et 15 mars 2005	Des éléments de preuve supplémentaires sont produits relativement à la requête en mise en liberté de M. Mahjoub.

March 18, 2005	The Court hears further evidence <i>ex parte</i> and <i>in camera</i> . This hearing is adjourned so that further information may be obtained in response to the Court's questions.	18 mars 2005	La Cour entend des preuves supplémentaires <i>ex parte</i> et à huis clos. L'audience est ajournée pour obtenir des renseignements supplémentaires en réponse aux questions de la Cour.
March 22, 2005	Oral submissions are made by counsel for the parties, subject to the right to address further submissions following the further <i>in camera</i> session.	22 mars 2005	Les avocats des parties présentent leurs observations verbalement, sous réserve de leur droit de présenter des observations supplémentaires à la suite de toute nouvelle séance à huis clos.
May 2-3, 2005	Further evidence is received <i>in camera</i> and <i>ex parte</i> .	2-3 mai 2005	Des éléments de preuve supplémentaires sont produits à huis clos et <i>ex parte</i> .
May 12, June 21, and June 29, 2005	Public summaries are released summarizing information received <i>ex parte</i> and <i>in camera</i> .	12 mai, 21 juin et 29 juin 2005	Des résumés des renseignements obtenus <i>ex parte</i> et à huis clos sont rendus publics.
July 6, 2005	A psychological assessment of Mr. Mahjoub is received by the Court.	6 juillet 2005	La Cour reçoit une évaluation psychologique au sujet de M. Mahjoub.
August 3, 2005	Final oral submissions are made to the Court. Mr. Mahjoub is given one week to submit a clarification of the psychologist's report.	3 août 2005	Les plaidoiries finales ont lieu devant la Cour. M. Mahjoub se voit accorder une semaine pour présenter des éclaircissements concernant le rapport du psychologue.
August 9, 2005	Clarification of the report is filed by Mr. Mahjoub's counsel.	9 août 2005	Les éclaircissements concernant le rapport sont déposés par les avocats de M. Mahjoub.
August 22, 2005	The most recent public summary is amended by the Court to provide further disclosure.	22 août 2005	La Cour modifie le résumé public le plus récent afin d'y ajouter d'autres éléments.
November 25, 2005	Mr. Mahjoub's application for release from detention is dismissed by Madam Justice Dawson ( <i>Mahjoub FC</i> , above). The Court was satisfied that he will not be removed from Canada	25 novembre 2005	La requête en mise en liberté de M. Mahjoub est rejetée par la juge Dawson ( <i>Mahjoub CF</i> , précité). La Cour se dit convaincue qu'il ne pourra être expulsé du Canada dans un délai raison-



	<p>within a reasonable time, and was not satisfied that his release would not pose a danger to the security of Canada or to the safety of any person. The Court found that the imposition of conditions would be insufficient to neutralize the danger his release would pose.</p>		<p>nable et elle n'a pas été convaincue que sa mise en liberté ne poserait pas un danger pour la sécurité du Canada ou la sécurité d'autrui. La Cour conclut que l'imposition de conditions ne serait pas suffisante pour neutraliser le danger que poserait sa mise en liberté.</p>
January 3, 2006	<p>The Minister's delegate releases her decision and reasons, finding that Mr. Mahjoub poses a danger to the security of Canada or the safety of any person and that he does not face a substantial risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment if deported to Egypt. She recommends his return to Egypt.</p>	3 janvier 2006	<p>La représentante du ministre rend publics sa décision et ses motifs, et conclut que M. Mahjoub représente un danger pour la sécurité du Canada ou la sécurité d'autrui et qu'il ne court pas un risque sérieux de torture ou de traitement cruel et inusité ou d'être puni s'il est renvoyé en Égypte. Elle recommande son expulsion vers l'Égypte.</p>
January 6, 2006	<p>Mr. Mahjoub makes application for leave and judicial review of the Minister's decision.</p>	6 janvier 2006	<p>M. Mahjoub dépose une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du ministre.</p>
February 9, 2006	<p>Mr. Mahjoub makes a motion to seal part of the record, in order to protect the identity of the university professor—author of a report, and for an extension of time to file applicant's record.</p>	9 février 2006	<p>M. Mahjoub présente une requête afin qu'une partie du dossier reste confidentielle, afin de protéger l'identité du professeur d'université—auteur d'un rapport—et pour obtenir une prolongation en vue de déposer son dossier de demandeur.</p>
February 20, 2006	<p>Letter received from respondents agreeing to extension of time and confidentiality order sought by Mr. Mahjoub.</p>	20 février 2006	<p>Une lettre est reçue des défendeurs acceptant la prolongation et l'ordonnance de confidentialité demandées par M. Mahjoub.</p>
March 2, 2006	<p>The Court orders production of copy of professor's report to deal with the motion, to be sealed and exclusively viewed by the Court.</p>	2 mars 2006	<p>La Cour ordonne la production d'une copie du rapport du professeur pour instruire la requête, mais elle ordonne qu'elle demeure confidentielle et qu'elle ne soit vue que par les membres de la Cour.</p>

March 17, 2006	The Court orders extension of applicant's time to file record, and sets respondents' timeline for filing accordingly; also approves editing of report.	17 mars 2006	La Cour ordonne la prolongation du délai accordé au demandeur pour déposer son dossier et fixe le délai de dépôt du dossier des défendeurs; elle approuve également la modification du rapport.
September 18, 2006	The Court deals with scheduling matters and establishes timelines for filing and for section 87 [of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> ] application for confidentiality brought by the Ministers.	18 septembre 2006	La Cour se penche sur les questions de mise au rôle et fixe les délais de dépôt et de demande de confidentialité fondée sur l'article 87 [de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> ] déposée par les ministres.
September 28, 2006	The Court grants Mr. Mahjoub's application for leave and fixes hearing at a special sitting in Toronto on November 15, 2006, with associated filing dates.	28 septembre 2006	La Cour accueille la demande d'autorisation de M. Mahjoub et fixe l'audition au 15 novembre 2006, qui aura lieu lors d'une audience spéciale à Toronto, de même que les dates de dépôt connexes.
October 19, 2006	Section 87 application by Ministers is heard by Court <i>ex parte</i> and <i>in camera</i> ; matter reserved.	19 octobre 2006	La demande fondée sur l'article 87 qui a été déposée par les ministres est entendue par la Cour <i>ex parte</i> et à huis clos; la Cour met la cause en délibéré.
October 23, 2006	Section 87 application by Ministers is unopposed by the applicant; confidentiality order is granted by this Court.	23 octobre 2006	La demande fondée sur l'article 87 déposée par les ministres n'est pas contestée par le demandeur; l'ordonnance de confidentialité est accordée par la Cour.
November 15/16, 2006	Hearing in Toronto regarding present judicial review before this Court.	15 et 16 novembre 2006	Tenue de l'audience à Toronto concernant le présent contrôle judiciaire devant la Cour.

## APPENDIX B

## ANNEXE B

Subparagraph 19(1)(e)(iii), clauses 19(1)(e)(iv)(B) and 19(1)(e)(iv)(C), subparagraph 19(1)(f)(ii) and clause 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act):

Le sous-alinéa 19(1)e)(iii), les divisions 19(1)e)(iv)(B) et 19(1)e)(iv)(C), le sous-alinéa 19(1)f)(ii) et la division 19(1)f)(iii)(B) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi) :

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons, who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

...

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) will engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) will, while in Canada, engage in or instigate the subversion by force of any government,

(iii) will engage in terrorism, or

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

(A) engage in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(B) engage in or instigate the subversion by force of any government, or

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have engaged in acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada,

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

(A) acts of espionage or subversion against democratic government, institutions or processes, as they are understood in Canada, or

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut :

[...]

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

(i) soit commettront des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit, pendant leur séjour au Canada, travailleront ou inciteront au renversement d'un gouvernement par la force,

(iii) soit commettront des actes de terrorisme,

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle :

(A) soit commettra des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit travaillera ou incitera au renversement d'un gouvernement par la force,

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

(i) soit se sont livrées à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée :

(A) soit à des actes d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada,

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

---

<sup>1</sup> Descriptions of this decision by the Austrian Court of Appeal are taken from the European Court of Human Rights decision *Bilasi-Ashri v. Austria*, Application No. 3314/02, November 26, 2002, section A.5.

---

<sup>1</sup> Les descriptions de cette décision rendue par la Cour d'appel d'Autriche sont tirées de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme intitulée *Bilasi-Ashri c. Autriche*, requête n° 3314/02, 26 novembre 2002, article A.5.

IMM-7498-05  
2006 FC 1310

IMM-7498-05  
2006 CF 1310

**Zaheer Mohiuddin Mohammed** (*Applicant*)

**Zaheer Mohiuddin Mohammed** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, von Finckenstein J.—Ottawa, October  
30, 2006.

Cour fédérale, juge von Finckenstein—Ottawa, 30  
octobre 2006.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion for non-disclosure of tribunal record for reasons of national security, public safety in context of judicial review of immigration officer's denial of permanent resident status — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 86, 87 dealing with non-disclosure of materials in immigration matters — Although IRPA, s. 87 applying to judicial review proceedings, limited to information under ss. 11, 86(1), 112, 115 — Such information not including circumstances of applicant's case — Federal Courts Rules (FCR), rr. 317, 318 procedure for tribunal to object to disclosure of certain materials not incorporated by reference into Immigration and Refugee Protection Rules — Application of FCR, r. 4 ("gap rule") — R. 318(3) invoked — Procedure set out in IRPA, s. 87 followed — Withheld information would be injurious to national security, safety of persons — Motion granted.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Requête en interdiction de divulgation du dossier du tribunal administratif pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique présentée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire du rejet, par l'agent d'immigration, d'une demande de résidence permanente — Les art. 86 et 87 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) traitent de l'interdiction de divulgation de documents en matière d'immigration — Bien que l'art. 87 de la LIPR s'applique à une demande de contrôle judiciaire, il ne vise que les renseignements pris en compte dans le cadre des art. 11, 86(1), 112 et 115 — Ces renseignements ne comprennent pas les circonstances de l'affaire du demandeur — Les règles 317 et 318 des Règles des Cours fédérales (RCF), qui prévoient une procédure permettant à un tribunal administratif de s'opposer à la divulgation de certains documents, n'ont pas été intégrées par renvoi dans les Règles en matière d'immigration et de protection des réfugiés — Application de la règle 4 des RCF (« règle des lacunes ») — La règle 318(3) a été invoquée — La procédure énoncée à l'art. 87 de la LIPR a été suivie — Les renseignements non divulgués porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes — Requête accueillie.*

*Practice — "Gap" Rule — Motion for non-disclosure of tribunal record for reasons of national security, public safety brought in context of judicial review of immigration officer's denial of permanent resident status — Federal Court Rules (FCR), r. 4 containing "gap rule" to deal with lacuna in rules regarding sensitive information tribunal not wanting to disclose in judicial review of immigration decision — R. 4 invoked to apply FCR, r. 318(3), follow procedure set out in Immigration and Refugee Protection Act, s. 87 — Motion granted.*

*Pratique — Règle des « lacunes » — Requête en interdiction de divulgation du dossier du tribunal administratif pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique présentée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire du rejet, par l'agent d'immigration, d'une demande de résidence permanente — La règle 4 des Règles des Cours fédérales (RCF) énonce la « règle des lacunes » pour corriger une lacune dans les règles concernant les renseignements sensibles qu'un tribunal administratif ne veut pas divulguer dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision rendue en matière d'immigration — La règle 4 a été invoquée pour appliquer la règle 318(3) des RCF afin de suivre la procédure énoncée à l'art. 87 de la Loi sur*

This was a motion by the respondent for non-disclosure of the tribunal record for reasons of national security and public safety and for a declaration that the tribunal be allowed to object to disclosure by serving a written objection. It was brought in the context of an application for judicial review of the denial by an immigration officer (tribunal) of permanent resident status after the applicant was granted Convention refugee status. The denial was based on the applicant's membership in the Mohajir Quami Movement (MQM), an organization found to have engaged in acts of terrorism, and the applicant was considered inadmissible under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). After leave to seek judicial review was granted, the certified tribunal record was served on the parties. But the Tribunal withheld several pages of documents in its possession on the basis that disclosure of the documents "would be injurious to national security or the safety of any person". The applicant then filed a motion to determine whether it was open to the respondent to provide an incomplete disclosure of the tribunal record without first seeking the Court's directions on the matter contrary to rules 317 and 318 of the *Federal Courts Rules* (FCR). The respondent was ordered to forward the withheld portions to the Court under seal and to bring the present motion for non-disclosure of the portions of the tribunal record it sought to withhold from the applicant. Hearing dates on the motion were subsequently scheduled.

The issue was what is the appropriate procedure to follow to determine whether part of the tribunal record should not be disclosed for national security reasons.

*Held*, the motion should be granted.

Rules 15, 16 and 17 of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* govern applications for leave to commence judicial review proceedings. They make no reference to withholding portions of the record for any reason including reasons of national security. Sections 86 and 87 of the IRPA deal with non-disclosure of materials in immigration matters. Although section 87 would normally apply to an application for judicial review, it is limited to information protected under subsection 86(1) or information arising under

*l'immigration et la protection des réfugiés — Requête accueillie.*

Il s'agissait d'une requête en interdiction de divulgation du dossier du tribunal administratif pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique présentée par le défendeur et en vue d'obtenir un jugement déclarant que le tribunal administratif est autorisé à s'opposer à la divulgation en signifiant une objection écrite. La requête a été soumise dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire du rejet, par un agent d'immigration (le tribunal), de la demande de résidence permanente après que le demandeur s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. Le refus reposait sur l'appartenance du demandeur au Mouvement Mohajir Quami (MQM), une organisation qui a été reconnue comme ayant commis des actes de terrorisme, et le demandeur a été déclaré interdit de territoire en application de l'alinéa 34(1)f de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Le dossier certifié du tribunal administratif a été signifié aux parties après le prononcé de l'ordonnance autorisant le demandeur à présenter une demande de contrôle judiciaire. Cependant, le tribunal a conservé plusieurs pages des documents en sa possession parce que la divulgation des documents « porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes ». Le demandeur a alors présenté une requête pour savoir si le défendeur pouvait fournir un dossier du tribunal administratif incomplet sans avoir d'abord obtenu des directives de la Cour sur la question contrairement à ce que prévoient les règles 317 et 318 des *Règles des Cours fédérales* (les RCF). Le défendeur a reçu l'ordre de transmettre à la Cour, sous pli scellé, les documents qui n'étaient pas contenus dans le dossier du tribunal administratif et de présenter une requête en interdiction de divulgation des parties du dossier qu'il ne voulait pas divulguer au demandeur. Les dates de l'audience relatives à la requête ont été fixées par la suite.

La question en litige était celle de savoir quelle procédure doit être suivie et permet de déterminer si une partie du dossier du tribunal administratif ne doit pas être divulguée pour des raisons de sécurité nationale.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

Les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire sont régies par les articles 15, 16 et 17 des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*. Ces dispositions ne prévoient pas que la divulgation du dossier puisse être refusée pour quelque raison que ce soit, y compris pour des raisons de sécurité nationale. Les articles 86 et 87 de la LIPR traitent de l'interdiction de divulgation de documents en matière d'immigration. Bien que l'article 87 s'applique normalement à une demande de contrôle judiciaire,

section 11, 112 or 115 of the IRPA. The applicant's application does not involve those sections since he made an inland application for permanent residence and was considered inadmissible. Rule 4 of the *Immigration and Refugee Protection Rules* (Rules) incorporates by reference parts of the FCR, but not Part 5 wherein rules 317 and 318, which provide for a procedure allowing a tribunal to object to the disclosure of certain materials are found. Thus there is a lacuna in the Rules regarding sensitive information that a tribunal does not want to disclose in cases concerning judicial reviews of immigration decisions. Rule 4 of the FCR contains a "gap rule" to deal with such lacuna. Because the issue here was not covered either in the Rules or in the FCR, rule 4 was applicable and was invoked to allow the Court to use FCR, rules 317 and 318. Relying on subsection 318(3) of the FCR, the procedure set out in section 87 of the IRPA was followed since it specifically refers to judicial review proceedings and the Court must stay as close as possible to the original legislative intent when filling lacuna. Parliament evidently had IRPA, section 87 in mind when considering non-disclosure in the context of judicial reviews. Moreover, although the applicant would be entitled to a summary of the suppressed information if the procedure under IRPA, section 86 were followed, the information sought to be withheld in this case would be very difficult to summarize and would be of no help to the applicant while imposing a considerable burden on the respondent.

Finally, the release of the information sought to be withheld would be injurious to national security or to the safety of persons. Therefore, the information was authorized to be released subject to the redactions indicated thereon.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).  
*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), rr. 4 (as am. *idem*, s. 3), 15 (as am. by SOR/2002-232, s. 8), 16, 17 (as am. *idem*, s. 14).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19), 318.

il ne vise que les renseignements protégés au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115 de la LIPR. La demande du demandeur n'a aucun lien avec ces dispositions parce qu'il a présenté une demande de résidence permanente de l'intérieur du Canada et il a été déclaré interdit de territoire. La règle 4 des *Règles en matière d'immigration et de protection des réfugiés* (les règles) intègre par renvoi des parties des RCF, mais pas la partie 5 où se trouvent les règles 317 et 318; ces dispositions décrivent une procédure qui permet à un tribunal administratif de s'opposer à la divulgation de certains documents. Il semble donc y avoir une lacune dans les règles en ce qui concerne les renseignements sensibles qu'un tribunal administratif ne veut pas divulguer dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision rendue en matière d'immigration. La règle 4 des RCF renferme une « règle des lacunes » pour corriger ce genre de lacune. Comme la question en l'espèce n'était pas visée par les règles ni les RCF, la règle 4 s'appliquait et elle a été invoquée pour permettre à la Cour d'utiliser les règles 317 et 318 des RCF. En invoquant le paragraphe 318(3) des RCF, la procédure énoncée à l'article 87 de la LIPR a été suivie parce qu'elle s'applique expressément aux contrôles judiciaires et la Cour doit, lorsqu'elle comble une lacune, respecter autant que possible l'intention originale du législateur. Le législateur voulait manifestement que ce soit l'article 87 de la LIPR qui régisse l'interdiction de divulgation dans les cas de contrôle judiciaire. De plus, bien que le demandeur ait droit à un résumé des renseignements supprimés si la procédure énoncée à l'article 86 de la LIPR est suivie, les renseignements que le défendeur ne souhaitait pas divulguer en l'espèce seraient difficilement résumés car ils ne seraient d'aucune utilité pour le demandeur alors que leur préparation représenterait un travail considérable pour le défendeur.

Enfin, la divulgation des renseignements que l'on souhaitait ne pas divulguer porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes. Par conséquent, la divulgation des renseignements a été autorisée, sous réserve des suppressions qui y étaient indiquées.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11, 34(1), 78 (mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(A)), 86, 87, 112, 115.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 4, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19), 318.  
*Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de*

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 11, 34(1), 78 (as am by S.C. 2005, c. 10, s. 34(E)), 86, 87, 112, 115.

*protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), règles 4 (mod., *idem*, art. 3), 15 (mod. par DORS/2002-232, art. 8), 16, 17 (mod., *idem*, art. 14).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, Lemieux J., IMM-5395-05, 29/5/06 (F.C.).

MOTION for non-disclosure of part of the Tribunal record for reasons of national security and public safety brought in the context of judicial review of an immigration officer's denial of permanent resident status. Motion granted.

##### APPEARANCES:

*Lorne Waldman* for applicant.  
*Lorne McClenaghan* and *Marcel R. Larouche* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

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

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

VON FINCKENSTEIN J.:

#### Background

[1] Zaheer Mohiuddin Mohammed (the applicant) applied for permanent residence in Canada after being granted Convention refugee status. The application was denied on November 4, 2005, pursuant to subsection 34(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) based on his membership in the Mohajir Quami Movement (the MQM), an organization that was found to have engaged in acts of terrorism. The applicant does not dispute that he was and is a member

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION CITÉE :

*Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, le juge Lemieux, IMM-5395-05, 29-5-06 (C.F.).

REQUÊTE en interdiction de divulgation d'une partie du dossier du tribunal administratif pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique présentée dans le cadre du contrôle judiciaire du rejet, par un agent d'immigration, d'une demande de résidence permanente. Requête accueillie.

##### ONT COMPARU :

*Lorne Waldman* pour le demandeur.  
*Lorne McClenaghan* et *Marcel R. Larouche* pour le défendeur.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

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

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE VON FINCKENSTEIN :

#### Le contexte

[1] Zaheer Mohiuddin Mohammed (le demandeur) a présenté une demande de résidence permanente au Canada après s'être vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. La demande a été rejetée le 4 novembre 2005, en application du paragraphe 34(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), au motif que le demandeur était membre du Mouvement Mohajir Quami (le MQM), une organisation ayant commis des actes de terrorisme.



of the MQM, but disputes that he or the MQM engaged in acts of terrorism.

[2] The applicant was granted leave to seek judicial review in an order dated July 27, 2006, by Justice Barnes. The July 27 order directed the tribunal to send copies of its record to the parties and to the Registry of the Court by August 17, 2006.

[3] The tribunal, an immigration officer employed by Citizenship and Immigration Canada [CIC], prepared and certified the tribunal record and served the certified tribunal record on the Court and the parties. The certified tribunal record was accompanied by a cover letter under the signature of June Levato (Levato letter). The Levato letter disclosed that the tribunal was withholding several pages of documents in its possession on the basis that disclosure of the documents “would be injurious to national security or the safety of any person”.

[4] The applicant then made a motion dated September 6, 2006, to determine whether it was open to the respondent to provide an incomplete disclosure of the tribunal record without first seeking the Court’s directions on the matter contrary to rules 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19] and 318 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. SOR/2004-283, s. 2)] (FCR) or section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[5] Prothonotary Lafrenière ordered the Minister of Citizenship and Immigration (the respondent) to forward the withheld portions to the Court under seal. He also ordered the respondent to bring a motion for non-disclosure of the portions of the tribunal record it seeks to withhold from the applicant.

[6] Consequently, the respondent has brought this motion for non-disclosure requesting:

Le demandeur ne conteste pas son appartenance au MQM, mais le fait que cette organisation a commis des actes de terrorisme.

[2] Le 27 juillet 2006, le juge Barnes a rendu une ordonnance autorisant le demandeur à présenter une demande de contrôle judiciaire. L’ordonnance enjoignait aussi au tribunal administratif de faire parvenir des copies de son dossier aux parties et au greffe de la Cour au plus tard le 17 août 2006.

[3] Le tribunal administratif, un agent d’immigration de Citoyenneté et Immigration Canada [CIC], a préparé son dossier, l’a certifié et l’a transmis à la Cour et aux parties, accompagné d’une lettre de June Levato (la lettre de M<sup>me</sup> Levato), qui affirmait que plusieurs pages de documents en la possession du tribunal administratif ne se trouvaient pas dans le dossier parce que leur divulgation [TRADUCTION] « porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes ».

[4] Le 6 septembre 2006, le demandeur a présenté une requête afin de savoir si le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le défendeur) pouvait fournir un dossier du tribunal administratif incomplet sans avoir d’abord obtenu des directives de la Cour sur la question, contrairement à ce que prévoient les règles 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19] et 318 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-238, art. 2)] (les RCF), ou l’article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 44, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[5] Le protonotaire Lafrenière a ordonné le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le défendeur) de transmettre à la Cour, sous pli scellé, les documents qui n’étaient pas contenus dans le dossier du tribunal administratif. Il lui a aussi ordonné de présenter une requête en interdiction de divulgation des parties du dossier qu’il ne voulait pas divulguer au demandeur.

[6] En conséquence, le défendeur a déposé sa requête en interdiction de divulgation afin d’obtenir :

1. A declaration that the respondent is not required to disclose the redacted portions of the certified tribunal record for reasons of national security and public safety; and

2. A declaration that the tribunal was permitted to object to disclosure by serving a written objection.

[7] On October 11, 2006, Chief Justice Lutfy ordered:

(a) an *ex-parte in camera* hearing to be heard the morning of October 25, 2006, in the absence of counsel for the applicant; and

(b) a public hearing of the motion of the respondent in the afternoon of October 25, 2006, with counsel for both sides being present.

#### Issue

[8] At the public hearing both sides agreed that there is only one issue to be decided, namely:

a. What is the appropriate procedure to be followed to determine whether part of the tribunal record may not be disclosed by reasons of national security?

#### Analysis

[9] Applications for leave to commence judicial review proceedings in immigration matters are governed by Rules 15 [as am. by SOR/2002-232, s. 8], 16 and 17 [as am. *idem*, s. 14] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* [SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1)] (Immigration Rules) which provide as follows:

15. (1) An order granting an application for leave

(a) shall specify the language and the date and place fixed under paragraphs 74(a) and (b) of the Act for the hearing of the application for judicial review;

1. un jugement déclarant que, pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité publique, il n'est pas tenu de divulguer les parties du dossier certifié du tribunal administratif qui ont été supprimées;

2. un jugement déclarant que le tribunal administratif a été autorisé à s'opposer à la divulgation en signifiant une objection écrite.

[7] Le 11 octobre 2006, le juge en chef Lutfy a ordonné :

a) la tenue d'une audience *ex parte* à huis clos au cours de la matinée du 25 octobre 2006, en l'absence de l'avocat du demandeur;

b) l'audition publique de la requête du défendeur au cours de l'après-midi du 25 octobre 2006, à laquelle seraient présents les avocats des deux parties.

#### La question en litige

[8] Les deux parties ont convenu, lors de l'audience publique, qu'une seule question devait être tranchée en l'espèce, à savoir :

a. Quelle procédure doit être suivie et permet de déterminer si une partie du dossier du tribunal administratif ne doit pas être divulguée pour des raisons de sécurité nationale?

#### Analyse

[9] Les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire en matière d'immigration sont régies par les règles 15 [mod. par DORS/2002-232, art. 8], 16 et 17 [mod., *idem*, art. 14] des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* [DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1)] (les Règles en matière d'immigration) :

15. (1) L'ordonnance faisant droit à la demande d'autorisation :

a) spécifie la langue ainsi que la date et le lieu fixés en application des alinéas 74a) et b) de la Loi pour l'audition de la demande de contrôle judiciaire;

(b) shall specify the time limit within which the tribunal is to send copies of its record required under Rule 17;

(c) shall specify the time limits within which further materials, if any, including affidavits, transcripts of cross-examinations, and memoranda of argument are to be served and filed;

(d) shall specify the time limits within which cross-examinations, if any, on affidavits are to be completed; and

(e) may specify any other matter that the judge considers necessary or expedient for the hearing of the application for judicial review.

(2) The Registry shall send to the tribunal a copy of an order granting leave forthwith after it is made.

(3) The tribunal shall be deemed to have received a copy of the order on the tenth day after it was sent by mail by the Registry.

16. Where leave is granted, all documents filed in connection with the application for leave shall be retained by the Registry for consideration by the judge hearing the application for judicial review.

17. Upon receipt of an order under Rule 15, a tribunal shall, without delay, prepare a record containing the following, on consecutively numbered pages and in the following order:

(a) the decision or order in respect of which the application for judicial review is made and the written reasons given therefore,

(b) all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal,

(c) any affidavits, or other documents filed during any such hearing, and

(d) a transcript, if any, of any oral testimony given during the hearing, giving rise to the decision or order or other matter that is the subject of the application for judicial review,

and shall send a copy, duly certified by an appropriate officer to be correct, to each of the parties and two copies to the Registry.

[10] It should be noted that there is no reference to withholding portions of the record for any reason including reasons of national security as

b) spécifie le délai accordé au tribunal administratif pour envoyer des copies de son dossier, prévu à la règle 17;

c) spécifie le délai de signification et de dépôt d'autres documents, le cas échéant, dont les affidavits, la transcription des contre-interrogatoires et les mémoires;

d) spécifie le délai dans lequel les contre-interrogatoires sur les affidavits, le cas échéant, doivent être terminés;

e) peut spécifier toute autre question que le juge estime nécessaire ou pratique pour l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

(2) Le greffe envoie immédiatement au tribunal une copie de l'ordonnance faisant droit à la demande d'autorisation.

(3) Le tribunal administratif est réputé avoir reçu une copie de l'ordonnance le dixième jour après sa mise à la poste par le greffe.

16. Lorsque la demande d'autorisation est accueillie, le greffe garde les documents déposés à l'occasion de la demande, pour que le juge puisse en tenir compte à l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

17. Dès réception de l'ordonnance visée à la règle 15, le tribunal administratif constitue un dossier composé des pièces suivantes, disposées dans l'ordre suivant sur des pages numérotées consécutivement :

a) la décision, l'ordonnance ou la mesure visée par la demande de contrôle judiciaire, ainsi que les motifs écrits y afférents;

b) tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif,

c) les affidavits et autres documents déposés lors de l'audition,

d) la transcription, s'il y a lieu, de tout témoignage donné de vive voix à l'audition qui a abouti à la décision, à l'ordonnance, à la mesure ou à la question visée par la demande de contrôle judiciaire,

dont il envoie à chacune des parties une copie certifiée conforme par un fonctionnaire compétent et au greffe deux copies de ces documents.

[10] Il faut souligner que ces dispositions ne prévoient pas que la divulgation du dossier puisse être refusée pour quelque raison que ce soit, par exemple, pour des

argued in this case.

[11] Sections 86 and 87 of the IRPA deal with non-disclosure of materials in immigration matters.

**86.** (1) The Minister may, during an admissibility hearing, a detention review or an appeal before the Immigration Appeal Division, make an application for non-disclosure of information.

(2) Section 78 applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require, including that a reference to “judge” be read as a reference to the applicable Division of the Board.

**87.** (1) The Minister may, in the course of a judicial review, make an application to the judge for the non-disclosure of any information with respect to information protected under subsection 86(1) or information considered under section 11, 112 or 115.

(2) Section 78, except for the provisions relating to the obligation to provide a summary and the time limit referred to in paragraph 78(d), applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require.

[12] As this case concerns an application for judicial review, section 87 ordinarily would be the applicable section. However, section 87 is limited to information protected under subsection 86(1) or information arising under section 11, 112 or 115. In this instance the applicant was accepted as a Convention refugee and made an inland application for permanent residence. His application in no way involves subsection 86(1), section 11, 112 or 115 of the IRPA. Instead, he was considered inadmissible under paragraph 34(1)(f) of the IRPA.

[13] The Immigration Rules incorporate, by reference, parts of the FCR. Rule 4 [as am. by SOR/2005-339, s. 3] of the Immigration Rules provide:

**4.** (1) Subject to subrule (2), except to the extent that they are inconsistent with the Act or these Rules, Parts 1 to 3, 6, 7, 10 and 11 and rules 383 to 385 of the *Federal Courts Rules* apply to applications for leave, applications

raisons de sécurité nationale comme celles qui sont invoquées en l’espèce.

[11] Les articles 86 et 87 de la LIPR traitent de l’interdiction de divulgation de documents en matière d’immigration :

**86.** (1) Le ministre peut, dans le cadre de l’appel devant la Section d’appel de l’immigration, du contrôle de la détention ou de l’enquête demander l’interdiction de la divulgation des renseignements.

(2) L’article 78 s’applique à l’examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, la mention de juge valant mention de la section compétente de la Commission.

**87.** (1) Le ministre peut, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, demander au juge d’interdire la divulgation de tout renseignement protégé au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115.

(2) L’article 78 s’applique à l’examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l’obligation de fournir un résumé et au délai.

[12] La présente affaire concernant une demande de contrôle judiciaire, l’article 87 devrait normalement s’appliquer. Cette disposition vise cependant seulement les renseignements protégés au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115. En l’espèce, le demandeur s’est vu reconnaître le statut de réfugié et a présenté une demande de résidence permanente de l’intérieur du Canada. Sa demande n’a aucun lien avec le paragraphe 86(1) ou les articles 11, 112 ou 115 de la LIPR. Il a plutôt été interdit de territoire en application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR.

[13] Les Règles en matière d’immigration incorporent par renvoi des dispositions des RCF. La règle 4 [mod. par DORS/2005-339, art. 3] des Règles en matière d’immigration prévoit :

**4.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la demande d’autorisation, la demande de contrôle judiciaire et l’appel sont régis par les parties 1, 2, 3, 6, 7, 10 et 11 et les règles 383 à 385 des *Règles des Cours fédérales*, sauf dans le cas où ces

for judicial review and appeals.

(2) Rule 133 of the *Federal Courts Rules* does not apply to the service of an application for leave or an application for judicial review.

[14] Rules 317 and 318 of the FCR provide for a procedure allowing a tribunal to object to the disclosure of certain materials. They provide as follows:

**317.** (1) A party may request material relevant to an application that is in the possession of a tribunal whose order is the subject of the application and not in the possession of the party by serving on the tribunal and filing a written request, identifying the material requested.

(2) An applicant may include a request under subsection (1) in its notice of application.

(3) If an applicant does not include a request under subsection (1) in its notice of application, the applicant shall serve the request on the other parties.

**318.** (1) Within 20 days after service of a request under rule 317, the tribunal shall transmit

(a) a certified copy of the requested material to the Registry and to the party making the request; or

(b) where the material cannot be reproduced, the original material to the Registry.

(2) Where a tribunal or party objects to a request under rule 317, the tribunal or the party shall inform all parties and the Administrator, in writing, of the reasons for the objection.

(3) The Court may give directions to the parties and to a tribunal as to the procedure for making submissions with respect to an objection under subsection (2).

(4) The Court may, after hearing submissions with respect to an objection under subsection (2), order that a certified copy, or the original, of all or part of the material requested be forwarded to the Registry.

[15] Unfortunately, rules 317 and 318 are found in Part 5 of the FCR. Rule 4 of the Immigration Rules does not incorporate Part 5 into said Rules.

dispositions sont incompatibles avec la Loi ou les présentes règles.

(2) La règle 133 des *Règles des Cours fédérales* ne s'applique pas à la signification d'une demande d'autorisation ou d'une demande de contrôle judiciaire.

[14] Les règles 317 et 318 des RCF décrivent une procédure qui permet à un tribunal administratif de s'opposer à la divulgation de certains documents :

**317.** (1) Une partie peut demander que des documents ou éléments matériels pertinents à la demande qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet de la demande lui soient transmis en signifiant à l'office fédéral et en déposant une demande de transmission de documents qui indique de façon précise les documents ou éléments matériels demandés.

(2) Un demandeur peut inclure sa demande de transmission de documents dans son avis de demande.

(3) Si le demandeur n'inclut pas sa demande de transmission de documents dans son avis de demande, il est tenu de signifier cette demande aux autres parties.

**318.** (1) Dans les 20 jours suivant la signification de la demande de transmission visée à la règle 317, l'office fédéral transmet :

(a) au greffe et à la partie qui en a fait la demande une copie certifiée conforme des documents en cause;

(b) au greffe les documents qui ne se prêtent pas à la reproduction et les éléments matériels en cause.

(2) Si l'office fédéral ou une partie s'opposent à la demande de transmission, ils informent par écrit toutes les parties et l'administrateur des motifs de leur opposition.

(3) La Cour peut donner aux parties et à l'office fédéral des directives sur la façon de procéder pour présenter des observations au sujet d'une opposition à la demande de transmission.

(4) La Cour peut, après avoir entendu les observations sur l'opposition, ordonner qu'une copie certifiée conforme ou l'original des documents ou que les éléments matériels soient transmis, en totalité ou en partie, au greffe.

[15] Malheureusement, ces dispositions se trouvent dans la partie 5 des RCF et la règle 4 des Règles en matière d'immigration n'incorpore pas cette partie dans ces règles.

[16] Thus, there seems to be a lacuna in the Rules for dealing with sensitive information that a tribunal does not want to disclose in cases concerning judicial review of immigration decisions.

[17] To deal with such a lacuna, the FCR contain a so-called “gap rule” within rule 4, which provides:

4. On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

[18] It strikes me that rule 4 is directly applicable to the situation at hand. Here we are dealing with a situation where the parties have brought a motion asking me to deal with an issue not covered either in the Immigration Rules or the FCR.

[19] Parenthetically, I would like to note that no one appearing before me on this motion advanced the proposition that material injurious to national security or the safety of persons must be disclosed by reason of the lack of procedure for non-disclosure. Both parties before me only stressed that the decision as to whether something can be withheld or not should be made by the court and not by the respondent alone. I certainly agree with that proposition.

[20] The closest analogy can be found in rules 317 and 318 of the FCR. I shall therefore deal with the subject-matter of this motion by invoking rule 4 so as to allow me to use rules 317 and 318.

[21] Subsection 318(3) of the FCR allows for directions as to the procedure to be followed. The question therefore arises as to what type of procedure should be invoked.

[22] The parties are unanimous that three types of analogous procedures exist that could be invoked:

(a) section 38 of the CEA; or

[16] Il semble donc y avoir une lacune dans les règles en ce qui concerne les renseignements sensibles qu’un tribunal administratif ne veut pas divulguer dans le cadre du contrôle judiciaire d’une décision rendue en matière d’immigration.

[17] C’est pour corriger ce genre de lacune que les RCF renferment ce qu’on appelle une « règle des lacunes », à la règle 4 :

4. En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l’espèce.

[18] Il me paraît évident que la règle 4 des RCF s’applique directement en l’espèce, où les parties ont déposé une requête me demandant de me prononcer sur une question que ni les Règles en matière d’immigration ni les RCF n’abordent.

[19] J’ouvre une parenthèse pour faire remarquer que personne n’a prétendu devant moi que des renseignements et des documents qui portent atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes doivent être divulgués parce qu’il n’existe pas de procédure concernant leur non-divulgateion. Les deux parties ont seulement affirmé que c’est à la Cour et non au défendeur seul de décider si des documents ou des renseignements doivent ou non être divulgués. Je suis parfaitement d’accord avec elles.

[20] La meilleure analogie se trouve dans les règles 317 et 318 des RCF. Je vais donc appliquer la règle 4 des RCF à l’objet de la présente requête de façon à pouvoir utiliser les règles 317 et 318 des RCF.

[21] Le paragraphe 318(3) des RCF prévoit que des directives peuvent être données sur la façon de procéder. La question est donc de savoir quelle procédure devrait être utilisée.

[22] Les parties reconnaissent unanimement que trois procédures analogues peuvent être utilisées :

a) celle prévue à l’article 38 de la LPC;

- (b) the procedure set out in section 86 of the IRPA; or  
(c) the procedure set out in section 87 of the IRPA.

[23] The parties also agree that the procedure in section 38 of the CEA is unduly complicated, would require a separate application and would involve another party, the Attorney General of Canada. I agree and, in the spirit of dealing with applications for judicial review expeditiously, I discard the CEA option.

[24] As between sections 86 and 87, the difference lies in the applicant's entitlement to a summary under section 86 as to the suppressed information, while the same is not available under section 87.

[25] The respondent advocates following the procedure set out in section 87, while the applicant submits that section 86 is more appropriate. The applicant's rationale being that while the applicant should not know the material that falls under the national security umbrella, he is entitled to a summary so that he knows at least the ambit of the information that works against him.

[26] In this case the applicant has been advised that he is not being granted permanent residency, as he is considered to be inadmissible by virtue of paragraph 34(1)(f) of the IRPA, i.e. being a member of an organization in which there are reasonable grounds to believe engages or has engaged or will engage in acts of terrorism. The decision of the CIC officer T. Argyrides, dated November 4, 2005, in the underlying application for judicial review states:

I have considered the documentary evidence presented by counsel on record on behalf of Mr. Mohammad (*sic*), his admission of his membership with the MQM (Altaf faction) and his support of the parties' ideology and principals. It is this officer's opinion that there are reasonable grounds to believe that Mr. Mohammad (*sic*) is a member of the MQM Altaf group, an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in terrorist activity. [Application record, at p. 9.]

[27] The applicant is thus aware that it is his membership in the MQM that caused the immigration officer to consider him inadmissible.

- b) celle prévue à l'article 86 de la LIPR;  
c) celle prévue à l'article 87 de la LIPR.

[23] Les parties reconnaissent également que la procédure prévue à l'article 38 de la LPC est inutilement compliquée, qu'elle exigerait qu'une demande distincte soit présentée et qu'elle concernerait aussi une autre partie, le procureur général du Canada. Je suis d'accord avec elles et, comme les demandes de contrôle judiciaire doivent être traitées rapidement, j'écarte la procédure prévue par la LPC.

[24] La différence entre les articles 86 et 87 réside dans le fait que le demandeur a droit, en vertu du premier, à un résumé des renseignements supprimés, mais non en vertu du deuxième.

[25] Le défendeur préconise la procédure décrite à l'article 87, alors que, selon le demandeur, celle prévue à l'article 86 convient mieux. Le demandeur fait valoir que, bien qu'il ne doive pas prendre connaissance des documents et renseignements ayant un lien avec la sécurité nationale, il a droit à un résumé afin de savoir au moins quelle est la portée des renseignements qui lui sont défavorables.

[26] En l'espèce, le demandeur a appris que le statut de résident permanent lui était refusé parce qu'il était interdit de territoire en application de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR au motif qu'il était membre d'une organisation dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu'elle était, avait été ou serait l'auteur d'actes de terrorisme. Dans la décision du 4 novembre 2005 qui fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire en cause, l'agent de CIC, T. Argyrides, a écrit :

[TRADUCTION] J'ai examiné la preuve documentaire produite par l'avocat de M. Mohammed, le fait qu'il a reconnu son appartenance au MQM (faction Altaf) et son appui à l'idéologie et aux principes de cette organisation. J'estime qu'il y a des motifs raisonnables de croire que M. Mohammed est membre du groupe Altaf du MQM, une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est ou a été l'auteur d'actes de terrorisme. [Dossier du demandeur, à la p. 9.]

[27] Le demandeur sait donc que c'est à cause de son appartenance au MQM qu'il a été déclaré interdit de territoire par l'agent d'immigration.

[28] Section 87 refers specifically to judicial review proceedings, while section 86 is more geared to non-admissibility hearings based on ministerial certificates. It behooves the Court when filling lacuna to stay as close as possible to the original legislative intent. In this case, Parliament evidently had section 87 in mind when considering non-disclosure in the context of judicial reviews. Accordingly, it seems to me that section 87 is the more appropriate procedure to be used under these circumstances.

[29] In addition, I would note that a summarizing some of the information normally sought to be withheld (i.e. relating to CSIS [Canadian Security Intelligence Service] procedures, file numbers, contacts, working relationships and names of CSIS personnel) is extremely difficult, would be of no help to the applicant yet imposes a considerable burden on the respondent. Finally, I see that my colleague, Lemieux J., equally ordered a motion under section 87 in the similar case of *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, file number IMM 5395-05 on May 29, 2006.

[30] This morning I reviewed *in camera* in the absence of applicant's counsel, the materials the respondent wishes to withhold. I am satisfied that the release of the information sought to be withheld would be injurious to national security or to the safety of persons. I, therefore, have authorized the release of the information subject to the redactions indicated thereon.

[31] This application for judicial review shall now proceed on the basis of the tribunal record made of:

- (a) the portion already furnished to the applicant; and
- (b) the remainder redacted as per my order of October 27, 2006.

[28] L'article 87 s'applique expressément aux contrôles judiciaires, alors que l'article 86 vise plus particulièrement les enquêtes fondées sur des certificats du ministre. La Cour doit, lorsqu'elle comble une lacune, respecter autant que possible l'intention du législateur. Dans la présente affaire, le législateur voulait manifestement que ce soit l'article 87 qui régisse l'interdiction de divulgation dans les cas de contrôle judiciaire. Par conséquent, il me semble que la procédure prévue par cette disposition est la plus appropriée dans les circonstances.

[29] J'aimerais ajouter qu'il est extrêmement difficile de résumer certains des renseignements que l'on souhaite normalement ne pas divulguer (renseignements concernant les procédures du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité], numéros de dossier, personnes-ressources, relations de travail et noms des employés du SCRS). De plus, un tel résumé ne serait d'aucune utilité pour le demandeur, alors que sa préparation représente un travail considérable pour le défendeur. Finalement, je constate que mon collègue le juge Lemieux a accueilli une requête en vertu de l'article 87 dans *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, dossier IMM-5395-05, le 29 mai 2006, une affaire semblable à celle dont je suis actuellement saisi.

[30] Ce matin, j'ai examiné à huis clos, en l'absence de l'avocat du demandeur, les renseignements que le défendeur souhaite ne pas divulguer. Je suis convaincu que la divulgation de ces renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité des personnes. Par conséquent, j'ai autorisé la divulgation des renseignements, sous réserve des suppressions qui y sont indiquées.

[31] Le dossier du tribunal administratif renfermera, aux fins de la demande de contrôle judiciaire :

- a) les renseignements déjà transmis au demandeur;
- b) les renseignements qui restent une fois certaines parties supprimées conformément à mon ordonnance du 27 octobre 2006.



[32] Adapting section 78 [as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34(E)] to the circumstances of an application for judicial review (as mandated by subsection 87(2)), I am of the view that:

1. The hearing on the merits should be conducted in two parts:

- a public hearing the morning of November 20, 2006, with counsel for both sides being present; and
- an *ex-parte in camera* hearing to be heard in the afternoon of November 20, 2006, in the absence of counsel for the Applicant.

2. When making its decision on the merits in the judicial review application the Court will consider both:

- the publicly available Tribunal record; and
- the information in the redacted portions of the Tribunal record, available at the *in camera* hearing, to the extent, if any, that pertains to the applicant.

[33] Finally this matter should have come before the Court by way of motion of the respondent urging the Court to adopt the procedure spelled out above. It is hoped that this will happen in future cases. Given that the applicant had to bring this matter to the attention of this Court, an order for costs of this motion in favour of the applicant will issue.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The motion for non-disclosure of part of the Tribunal record is granted. The respondent shall file with the Court and serve the applicant with the redacted version of the Tribunal record as attached to my order of October 27, 2006.

2. The hearing of the application on the merits of this case on November 20, 2006, will take place in two parts:

[32] Adaptant l'article 78 [mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(A)] à une demande de contrôle judiciaire (comme l'exige le paragraphe 87(2)), je suis d'avis :

1. que l'audience sur le fond devrait se dérouler en deux parties :

- une audience publique au cours de la matinée du 20 novembre 2006, en présence des avocats des deux parties;
- une audience *ex parte* à huis clos au cours de l'après-midi du 20 novembre 2006, en l'absence de l'avocat du demandeur;

2. que, lorsqu'elle statuera sur le fond de la demande de contrôle judiciaire, la Cour prendra en considération :

- le dossier public du tribunal administratif;
- les renseignements supprimés du dossier du tribunal administratif qui auront été divulgués au cours de l'audience à huis clos, dans la mesure, le cas échéant, où ils concernent le demandeur.

[33] Finalement, la présente affaire aurait dû être soumise à la Cour au moyen d'une requête présentée par le défendeur demandant à la Cour d'adopter la procédure décrite ci-dessus. Il faut espérer que les choses se passeront ainsi à l'avenir. Étant donné que le demandeur a dû soumettre la question à la Cour, une ordonnance lui accordant les dépens sera rendue.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La requête en interdiction de divulgation d'une partie du dossier du tribunal administratif est accueillie. Le défendeur doit déposer à la Cour et signifier au demandeur la version expurgée du dossier du tribunal administratif jointe à mon ordonnance du 27 octobre 2006.

2. L'audition de la demande sur le fond, qui aura lieu le 20 novembre 2006, se déroulera en deux parties :

• a public hearing the morning of November 20, 2006, with counsel for both sides being present; and

• an *ex-parte in camera* hearing to be heard in the afternoon of November 20, 2006, in the absence of counsel for the applicant.

3. The applicant shall have his costs in this motion.

• une audience publique aura lieu au cours de la matinée du 20 novembre 2006, en présence des avocats des deux parties;

• une audience *ex parte* à huis clos aura lieu au cours de l'après-midi du 20 novembre 2006, en l'absence de l'avocat du demandeur.

3. Le demandeur a droit aux dépens de la présente requête.

T-2228-05  
2007 FC 125

T-2228-05  
2007 CF 125

**Philippa Lawson** (*Applicant*)

**Philippa Lawson** (*demanderesse*)

v.

c.

**Accusearch Inc. d.b.a. Abika.com** (*Respondent*)

**Accusearch Inc. faisant affaire sous le nom  
Abika.com** (*défenderesse*)

and

et

**The Privacy Commissioner of Canada** (*Intervener*)

**La commissaire à la protection de la vie privée du  
Canada** (*intervenante*)

*INDEXED AS: LAWSON v. ACCUSEARCH INC. (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : LAWSON c. ACCUSEARCH INC. (C.F.)*

Federal Court, Harrington J.—Ottawa, January 22 and  
February 5, 2007.

Cour fédérale, juge Harrington—Ottawa, 22 janvier et  
5 février 2007.

*Privacy—Personal Information Protection and Electronic Documents Act—Judicial review of Privacy Commissioner’s decision lacking jurisdiction to investigate complaint American company collecting, using, disclosing information about Canadians contrary to Act—Application allowed—Commissioner not distinguishing between power to investigate, effectiveness of investigation—Although Act not having extraterritorial effect, Commissioner still having jurisdiction to investigate complaint in Canada—Inability to identify Canadian sources of information irrelevant.*

*Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques — Contrôle judiciaire de la décision de la commissaire à la protection de la vie privée portant qu’elle n’avait pas compétence pour faire enquête quant à une plainte relative à la collecte, l’utilisation et la communication, par une société américaine, de renseignements sur des Canadiens contrairement à la Loi — Demande accueillie — La commissaire n’a pas bien fait la différence entre son pouvoir de mener enquête et l’efficacité de son enquête — Bien que la Loi n’ait pas de portée extraterritoriale, la commissaire a néanmoins compétence pour mener enquête quant à une plainte déposée au Canada — L’incapacité de trouver les sources canadiennes des renseignements est sans pertinence.*

This was an application for judicial review of the refusal by the Privacy Commissioner (the Commissioner) to investigate the applicant’s complaint. That complaint concerned the collection, use and disclosure by an American company (the respondent) of personal information about Canadians for inappropriate purposes contrary to the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA). The Commissioner concluded that she could not proceed with the complaint because PIPEDA does not have extraterritorial effect, and that as such she lacked jurisdiction to compel the respondent to produce the evidence necessary for her to conduct the investigation.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire du refus de la commissaire à la protection de la vie privée (la commissaire) de faire enquête quant à la plainte de la demanderesse. La plainte portait sur la collecte, l’utilisation et la communication, par une société américaine (la défenderesse), de renseignements personnels sur des Canadiens pour des motifs inappropriés contrairement à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE). La commissaire a conclu qu’elle ne pouvait pas donner suite à la plainte parce que la LPRPDE n’a pas de portée extraterritoriale et qu’elle n’avait donc pas le pouvoir de forcer la défenderesse à produire les éléments de preuve dont elle avait besoin pour mener l’enquête.

*Held*, the application should be allowed.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

The Commissioner correctly held that PIPEDA does not have an extraterritorial effect. However, she failed to distinguish her power to investigate from the effectiveness of her investigation. The Commissioner did have jurisdiction to investigate the complaint. This power was not lost simply because she could not subpoena a non-resident. Most of the information at issue herein had to have come from Canada. The inability to identify the Canadian sources of that information may frustrate an investigation, but it cannot be said that PIPEDA should be interpreted in such a way that Parliament did not give the Commissioner jurisdiction.

La commissaire a conclu à juste titre que la LPRPDE n'a pas de portée extraterritoriale. Cependant, elle n'a pas bien fait la différence entre son pouvoir de mener enquête et l'efficacité de son enquête. La commissaire avait le pouvoir de mener une enquête. Elle n'a pas perdu ce pouvoir du simple fait qu'elle ne pouvait pas assigner un étranger à comparaître. La majeure partie des renseignements en cause en l'espèce devait provenir du Canada. L'incapacité de trouver les sources canadiennes de ces renseignements peut nuire à une enquête, mais on ne peut interpréter la LPRPDE de manière à affirmer que le législateur n'a pas conféré compétence au commissaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 46 (as am. by S.C. 1999, c. 18, s. 89).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.  
*Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. § 1681 (2000).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 69(F); 1996, c. 31, s. 82).  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 2 "organization", 3, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, Sch.1.  
*Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27].  
*Telecommunications Act of 1996*, 47 U.S.C. § 151 (2000).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Blood Tribe (Department of Health) v. Canada (Privacy Commissioner)*, [2007] 2 F.C.R. 561; (2006), 274 D.L.R. (4th) 665; 53 C.P.R. (4th) 273; 354 N.R. 302; 2006 FCA 334; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427; (2004), 240 D.L.R. (4th) 193; 32 C.P.R. (4th) 1; 322 N.R. 306; 2004 SCC 45; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42.

##### CONSIDERED:

*Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572; (2004), 247 D.L.R. (4th) 275; 1 B.L.R. (4th) 119; 36 C.P.R. (4th) 385; 328 N.R. 297; 2004 FCA 387; *Bangoura v. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341; 17 C.P.C. (6th) 30; 2002 O.A.C. 76 (Ont. C.A.); *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. § 1681 (2000).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 69(F); 1996, ch. 31, art. 82).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 46 (mod. par L.C. 1999, ch. 18, art. 89).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 2 « organisation », 3, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, ann. 1.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.  
*Statut de Westminster de 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27].  
*Telecommunications Act of 1996*, 47 U.S.C. § 151 (2000).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Blood Tribe (Department of Health) c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée)*, [2007] 2 R.C.F. 561; 2006 CAF 334; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427; 2004 CSC 45; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572; 2004 CAF 387; *Bangoura v. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341; 17 C.P.C. (6th) 30; 2002 O.A.C. 76 (C.A. Ont.); *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157.

(4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 280 N.R. 201; 2001 SCC 90; *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313.

## REFERRED TO:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *United Nations v. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 F.C. 541; (1979), 99 D.L.R. (3d) 609; 28 N.R. 207 (C.A.); *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.); *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416; (2003), 234 D.L.R. (4th) 1; 39 B.L.R. (3d) 1; 39 C.P.C. (5th) 1; 113 C.R.R. (2d) 189; 314 N.R. 209; 182 O.A.C. 201; 2003 SCC 72; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, [2006] 2 S.C.R. 612; (2006), 273 D.L.R. (4th) 663; 52 C.P.R. (4th) 321; 354 N.R. 201; 218 O.A.C. 339; 2006 SCC 52; *R. v. Libman*, [1985] 2 S.C.R. 178; (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; 21 C.C.C. (3d) 206; 62 N.R. 161; 12 O.A.C. 33.

APPLICATION for judicial review of the Privacy Commissioner's refusal to investigate the applicant's complaint on the basis of lack of jurisdiction. Application allowed.

## APPEARANCES:

*David Fewer and Philippa Lawson* for applicant.

No one appearing for respondent.

*Steven J. Welchner and Kris Klein* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic*, Ottawa, for applicant.  
*Welchner Law Office*, Ottawa, for intervener.

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

[1] HARRINGTON J.: Philippa Lawson, like many Canadians, is concerned with the collection, use and

## DÉCISIONS CITÉES :

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Nations Unies c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541 (C.A.); *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.); *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416; 2003 CSC 72; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, [2006] 2 R.C.S. 612; 2006 CSC 52; *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178.

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus de la commissaire à la protection de la vie privée de faire enquête quant à la plainte de la demanderesse au motif qu'elle n'avait pas compétence. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*David Fewer et Philippa Lawson* pour la demanderesse.

Aucune comparution pour la défenderesse.

*Steven J. Welchner et Kris Klein* pour l'intervenante.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Welchner Law Office*, Ottawa, pour l'intervenante.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE HARRINGTON : Philippa Lawson, comme de nombreux Canadiens, est préoccupée par la

disclosure of personal information without consent. She is a lawyer and the Executive Director of the Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic at the University of Ottawa's Faculty of Law. The Clinic takes a deep interest in these matters.

[2] Having formed the view that Accusearch Inc., an American corporation, was routinely collecting, using and disclosing (usually for a fee) personal information about Canadians to Canadians and to others, for inappropriate purposes and without the knowledge and consent of the individuals in question, she filed a complaint with the Privacy Commissioner of Canada. She submitted that Accusearch Inc.'s activities were contrary to the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA), S.C. 2000, c. 5. She called upon the Commissioner to investigate.

[3] After protracted correspondence and discussion, on 18 November 2005 the Office of the Privacy Commissioner, through Heather Black, Assistant Privacy Commissioner, refused to investigate. Although the refusal deals with a number of issues, in essence the Privacy Commissioner was of the view that PIPEDA did not give her jurisdiction to investigate Ms. Lawson's complaint. This is a judicial review of that decision, a decision which raises important questions about the extraterritorial effect of Canada's laws and the jurisdiction of Canadian tribunals absent a real and substantial connection with this country.

#### THE FACTS

[4] Ms. Lawson is a Canadian citizen. She resides and works here. Among other things, her Clinic assists clients in the preparation of complaints to the Privacy Commissioner and launches its own privacy complaints.

[5] In the winter of 2003-2004 Ms. Lawson's assistant was researching the practices of Internet online

cueille, l'utilisation et la communication de renseignements personnels faites sans consentement. Elle est avocate et directrice générale de la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa. La Clinique s'intéresse vivement à ces questions.

[2] Parce qu'elle était d'avis qu'Accusearch Inc., une société américaine, recueillait et utilisait couramment des renseignements personnels sur des Canadiens et les communiquait à des Canadiens et à d'autres personnes (habituellement moyennant certains frais), pour des motifs inappropriés, à l'insu des individus visés et sans leur consentement, elle a déposé une plainte auprès de la commissaire à la protection de la vie privée du Canada. Selon elle, les activités d'Accusearch Inc. contrevenaient à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), L.C. 2000, ch. 5. Elle a demandé à la commissaire de faire enquête.

[3] Après avoir échangé de nombreuses lettres et en avoir longuement discuté, le 18 novembre 2005, le Commissariat à la protection de la vie privée, par l'inter-médiaire de Heather Black, la commissaire adjointe à la protection de la vie privée, a refusé de faire enquête. Le refus était étayé par un certain nombre de motifs, mais la commissaire à la protection de la vie privée était essentiellement d'avis que la LPRPDE ne lui conférerait pas compétence pour faire enquête sur la plainte déposée par M<sup>me</sup> Lawson. Il s'agit du contrôle judiciaire de cette décision, laquelle soulève des questions importantes sur la portée extraterritoriale des lois canadiennes et la compétence des tribunaux canadiens en l'absence de liens réels et substantiels avec le Canada.

#### LES FAITS

[4] M<sup>me</sup> Lawson est citoyenne canadienne. Elle demeure et travaille ici. Entre autres choses, sa Clinique aide des clients à préparer des plaintes à présenter à la commissaire à la protection de la vie privée et elle dépose ses propres plaintes concernant la protection de la vie privée.

[5] Au cours de l'hiver 2003-2004, l'assistante de M<sup>me</sup> Lawson faisait des recherches sur les pratiques

businesses. She came across a Web site by the name of Abika.com, which offered a variety of search services on individuals including background checks, psychological profiles, e-mail traces, unlisted and cell phone numbers, automobile licence plate details and criminal records. Many of these research services were for sale. These searches were not limited to Americans, but extended to persons in Canada as well as the United Kingdom, Australia, France, Germany, Russia, Italy, Hong Kong, Singapore, Japan and Taiwan.

[6] Background checks were offered on a “confidential basis”—that is to say, without the consent of the individual who was the subject of the search. Ms. Lawson tested the service by ordering a Canada background check on herself. She made this request from Canada using her Canadian work e-mail address and a mail server for the University of Ottawa, which server is located in Canada. She paid US\$119 for the report, using a Canadian credit card. An e-mail from Abika.com confirmed the order and payment and requested further details, which she provided. These were her Canadian address, telephone number and date of birth.

[7] The search results were sent to Ms. Lawson’s work e-mail address as requested. They purported to contain the results of a criminal record search and “psychological profile.” The criminal record search was apparently limited to Ontario and indicated that she had no criminal convictions. She did not file the “psychological profile” with the Court, but claims it is a useless piece of fiction.

[8] Using the Internet, the Clinic researched Abika.com. Apparently, it is a division of Accusearch Inc., a Wyoming corporation with its principal place of business in that state. According to the Office of the

d’entreprises en ligne. Elle est tombée sur le site Web Abika.com, qui offrait toute une gamme de services de recherche sur des individus, comme vérifier les antécédents, établir le profil psychologique, trouver l’origine de courrier électroniques, fournir des numéros de téléphones confidentiels et des numéros de téléphone cellulaire, trouver des renseignements à partir de plaques d’immatriculation et vérifier l’existence de casiers judiciaires. Beaucoup de ces services de recherche étaient payants. Ces recherches ne se limitaient pas à des personnes demeurant aux États-Unis, elles portaient également sur des personnes habitant le Canada, le Royaume-Uni, l’Australie, la France, l’Allemagne, la Russie, l’Italie, Hong Kong, Singapour, le Japon ainsi que Taïwan.

[6] La vérification des antécédents pouvait se faire [TRADUCTION] « de façon confidentielle »—c’est-à-dire sans le consentement de la personne visée par la recherche. M<sup>me</sup> Lawson a testé le service en demandant la vérification de ses propres antécédents au Canada. Elle a fait cette demande à partir du Canada en utilisant son adresse de courrier électronique au travail au Canada et le serveur de courrier électronique de l’Université d’Ottawa, qui est situé au Canada. Elle a payé 119 \$US pour le rapport, en utilisant une carte de crédit canadienne. Abika.com a confirmé la commande et le paiement par courrier électronique et a demandé des renseignements supplémentaires, que M<sup>me</sup> Lawson a fournis. Il s’agissait de son adresse au Canada, de son numéro de téléphone et de sa date de naissance.

[7] Les résultats de la recherche ont été envoyés à M<sup>me</sup> Lawson à son adresse de courrier électronique au travail, comme elle l’avait demandé. Ils contenaient, semble-t-il, les résultats de la recherche sur son casier judiciaire ainsi qu’un « profil psychologique ». La recherche sur le casier judiciaire avait apparemment été limitée à l’Ontario et avait pour résultat que M<sup>me</sup> Lawson n’était coupable d’aucun crime. Elle n’a pas soumis le « profil psychologique » à la Cour, mais elle prétend qu’il est inventé de toute pièce et ne vaut rien.

[8] Au moyen d’Internet, la Clinique a fait des recherches sur Abika.com. Il semble que cette entreprise soit une division d’Accusearch Inc., une société du Wyoming dont le principal établissement se situe dans

Wyoming Secretary of State, the president, secretary and treasurer of Accusearch Inc. is Jay Puler, address not provided. The registered agent is Jay Patel, with a Cheyenne, Wyoming address. Ms. Lawson also determined that the domain name Abika.com was registered with an American web hosting company. Its server is in the State of Delaware.

[9] Ms. Lawson initially complained to the Privacy Commissioner in June 2004. She alleged that Abika.com, in the course of private commercial activities, routinely collected, used and disclosed personal information about Canadians for inappropriate purposes and without their knowledge or consent. Furthermore, Abika.com was alleged to have compiled and disclosed inaccurate information under its “psychological profile” service. She went on at some length to submit that although based in the United States, Abika.com violated PIPEDA in a number of respects.

[10] I pause to say that the Privacy Commissioner is not arguing the complaint was trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; circumstances which would have justified a refusal to prepare a report. It is clear that if Accusearch Inc. were a Canadian corporation carrying on business in Canada through a Web site located in Canada, Ms. Lawson’s complaint would have been investigated.

[11] The Privacy Commissioner carried out a preliminary investigation designed to determine whether she had jurisdiction under PIPEDA. She discovered and informed Ms. Lawson that Accusearch Inc. appeared to operate another Web site, Abika.ca, which denoted some connection with Canada. However, this Web site was simply a conduit to connect with Abika.com. This led Ms. Lawson to reformulate her complaint, which she did on 20 December 2004. It should be mentioned that she also filed a complaint with the Federal Trade Commission in the United States on the grounds that Abika appeared to be violating various provisions of the U.S. *Telecommunications Act of 1996* [47 U.S.C. § 151 (2000)] and the U.S. *Fair Credit Reporting Act* [15

cet État. Selon le Secrétariat d’État du Wyoming, le président, le secrétaire et le trésorier d’Accusearch Inc. est Jay Puler, dont l’adresse n’est pas fournie. L’agent enregistré est Jay Patel, qui a une adresse à Cheyenne, au Wyoming. M<sup>me</sup> Lawson a aussi établi que le nom de domaine Abika.com était enregistré chez une entreprise d’hébergement Web américaine. Son serveur est situé dans l’État du Delaware.

[9] La plainte de M<sup>me</sup> Lawson auprès de la commissaire à la protection de la vie privée remonte à juin 2004. Selon elle, Abika.com, dans l’exercice d’activités commerciales privées, avait couramment recueilli, utilisé et communiqué des renseignements personnels sur des Canadiens pour des motifs inappropriés, et ce, à leur insu et sans leur consentement. En outre, Abika.com aurait réuni et communiqué des renseignements inexacts dans son service de « profil psychologique ». Elle exposait ensuite de façon assez détaillée comment Abika.com, bien que située aux États-Unis, avait contrevenu à la LPRPDE d’un certain nombre de manières.

[10] Je prends le temps de souligner que la commissaire à la protection de la vie privée ne prétend pas que la plainte était frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi, des raisons qui auraient justifié le refus de dresser un rapport. Il est clair que si Accusearch Inc. avait été une société canadienne exerçant ses activités au Canada par l’intermédiaire d’un site Web situé au Canada, la plainte de M<sup>me</sup> Lawson aurait fait l’objet d’une enquête.

[11] La commissaire à la protection de la vie privée a mené une enquête préliminaire visant à déterminer si la LPRPDE lui conférait compétence. Elle a découvert et fait part à M<sup>me</sup> Lawson qu’Accusearch Inc. semblait exploiter un autre site Web, Abika.ca, ce qui dénotait un certain lien avec le Canada. Cependant, ce site Web n’était qu’un canal de communication vers Abika.com. Ces renseignements ont amené M<sup>me</sup> Lawson à reformuler sa plainte, ce qu’elle a fait le 20 décembre 2004. Il faut mentionner qu’elle a également déposé une plainte auprès de la Federal Trade Commission des États-Unis pour le motif qu’Abika contreviendrait à différentes dispositions de la loi américaine sur les télécommunications de 1996 [*Telecommunications Act*



U.S.C. § 1681 (2000)].

#### THE PRIVACY COMMISSIONER'S DECISION

[12] In declining to investigate the complaint on jurisdictional grounds, the Assistant Privacy Commissioner raised a number of important legal issues which I believe must be segregated and analysed separately.

[13] As a matter of fact, the Commissioner contacted Abika.com in Wyoming. However, she wrote: "Our investigation efforts have been frustrated by the fact that Abika.com would not respond to our request for the names of its Canadian-based sources."

[14] She went on to say that in order to investigate Abika.com based in Wyoming, her Office "must have the requisite legislative authority to exercise our powers outside Canada." She took the point that the basic principles of sovereignty and comity under international law mitigate against a country legislating outside its borders. While Parliament may legislate with extraterritorial effect, this is rarely done and, in her opinion was not done in this case. She added that normally, "Canadian legislation will only apply to the persons, property, juridical acts and events that occur within the territorial boundaries of the enacting body's jurisdiction."

[15] Since Abika.com had not provided the names of its Canadian-based sources, she added she would have "no means of identifying—let alone investigating—those who would represent a Canadian presence for this organization and further, have no ability to compel an American organization to respond."

[16] She said that the Abika.ca Web site denoted a Canadian presence, because the Canadian Internet Registration Authority (a non-governmental organiza-

of 1996, 47 U.S.C. § 151 (2000)] ainsi qu'à la loi américaine sur les enquêtes de crédit équitables [*Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. § 1681 (2000)].

#### LA DÉCISION DE LA COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

[12] Dans sa lettre où elle refuse de faire enquête sur la plainte pour des motifs de compétence, la commissaire adjointe à la protection de la vie privée a soulevé un certain nombre de questions juridiques importantes qui, à mon sens, doivent être isolées et analysées séparément.

[13] En fait, la commissaire adjointe a pris contact avec Abika.com au Wyoming. Cependant, elle a écrit : « Nous nous sommes heurtés à un obstacle, Abika.com refusant de répondre à notre demande quant aux sources provenant du Canada. »

[14] Elle a ensuite affirmé que, afin de faire enquête sur Abika.com, qui est située au Wyoming, le Commissariat « doit avoir l'autorisation légale requise pour exercer ses pouvoirs à l'extérieur du Canada ». Selon elle, les principes fondamentaux de la souveraineté et de la courtoisie en droit international rendent difficile l'adoption par un pays de lois ayant un effet à l'extérieur de son territoire. Bien que le législateur puisse adopter des lois à portée extraterritoriale, il le fait rarement et, à son avis, il ne l'a pas fait en l'espèce. Elle a ajouté que, normalement, « la législation canadienne ne s'appliquera qu'aux personnes, à la propriété et aux actes et activités juridiques qui sont à l'intérieur des frontières territoriales où le corps législatif exerce sa compétence ».

[15] Elle a aussi ajouté que, puisqu'Abika.com n'a pas fourni le nom de ses sources au Canada, elle n'aurait « aucun moyen d'identifier les personnes qui représenteraient une présence canadienne pour cette organisation, encore moins d'enquêter à leur sujet. Et nous n'avons pas le pouvoir de forcer une organisation américaine à nous répondre ».

[16] Elle a affirmé que le site Web Abika.ca dénotait une présence canadienne, sinon l'Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (un organisme non

tion) would not otherwise grant such a registration. The registrant, however, could be a Canadian citizen, but reside and work elsewhere. She was of the view that the “.ca” registration was an insufficient connecting factor to indicate a real and substantial link between Canada and Abika’s operation in the United States.

[17] She shared Ms. Lawson’s concerns about the challenges posed by global electronic commerce and the indiscriminate non-consensual collection, use and disclosure of personal information by profiling and data broker organizations. She was frustrated that PIPEDA did not give her Office jurisdiction with respect to transborder data flow.

[18] The conclusion is most telling:

In conclusion, we cannot proceed with your complaint as we lack jurisdiction to compel U.S. organizations to produce the evidence necessary for us to conduct the investigation. As a result, I am sorry to say that we have no choice but to close this file. The organization has been so informed. However, you should know that we have just recently launched an investigation in respect of a similar organization where we have been able to identify the Canadian sources of data.

## ISSUES

[19] Although on notice, the respondent, Accusearch Inc., has ignored this judicial review. However, the Privacy Commissioner has intervened in order to defend her decision.

[20] Three issues arise from this judicial review of her decision:

a. As a matter of statutory interpretation, did Parliament vest the Privacy Commissioner with the authority to investigate complaints levied against foreign organizations which collect, use and sell the personal information of Canadians?

gouvernemental) n’aurait pas permis qu’il soit enregistré ainsi. Par contre, la personne ayant procédé à l’enregis-trement pouvait être un citoyen canadien, mais résider et travailler ailleurs. Elle était d’avis que l’enregistrement « .ca » ne constituait pas un facteur de rattachement suffisant pour établir un lien réel et substantiel entre le Canada et les activités d’Abika aux États-Unis.

[17] Elle a fait savoir qu’elle partageait les préoccupations de M<sup>me</sup> Lawson sur les problèmes que posent le commerce électronique à l’échelle mondiale et la cueillette, l’utilisation et la communication sans discernement et sans consentement de renseignements personnels par des organisations établissant des profils et par des courtiers en données. Elle a fait savoir qu’il lui déplaisait que la LPRPDE ne lui confère pas compétence au sujet de la circulation transfrontalière de données.

[18] La conclusion est particulièrement éloquente :

En conclusion, nous ne pouvons donner suite à votre plainte, puisque nous n’avons pas le pouvoir de forcer des organisations américaines à produire les éléments de preuve dont nous aurions besoin pour mener l’enquête. Par conséquent, j’ai le regret de vous dire que nous devons fermer ce dossier. L’organisation en a été informée. Toutefois, sachez que nous venons d’amorcer une enquête concernant une organisation semblable, dans une situation où nous avons été en mesure de repérer les sources canadiennes de données.

## LES QUESTIONS

[19] Bien qu’elle ait reçu un avis, l’intimée, Accusearch Inc., n’a tenu aucunement compte du présent contrôle judiciaire. Cependant, la commissaire à la protection de la vie privé est intervenue pour défendre sa décision.

[20] Le présent contrôle judiciaire visant sa décision soulève trois questions :

a. Sur le plan de l’interprétation des lois, le législateur a-t-il conféré à la commissaire à la protection de la vie privée le pouvoir de faire enquête sur des plaintes déposées contre des organismes étrangers qui recueillent, utilisent et vendent les renseignements personnels de Canadiens?

b. If so, does the Privacy Commissioner have the discretion to refuse to carry out an investigation on the grounds that there are insufficient real and substantial connections with Canada?

c. What is the standard of judicial review of the Privacy Commissioner's decision; correctness as submitted by Ms. Lawson or reasonableness *simpliciter* as submitted by the Commissioner?

b. Le cas échéant, la commissaire à la protection de la vie privé a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de refuser de procéder à une enquête pour le motif qu'il n'y a pas suffisamment de liens réels et substantiels avec le Canada?

c. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision de la Commissaire à la protection de la vie privée; la décision correcte, comme le soutient M<sup>me</sup> Lawson, ou la décision raisonnable *simpliciter*, comme le soutient la commissaire?

## DISCUSSION

### The Standard of Review

[21] This case rests to be decided on statutory interpretation; more particularly, the scope of the Commissioner's powers under PIPEDA. For the reasons set out by the Federal Court of Appeal in *Blood Tribe (Department of Health) v. Canada (Privacy Commissioner)*, [2007] 2 F.C.R. 561, I am of the view that the standard of review is correctness. I refer also to *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN*), at paragraphs 48-49.

### The Meaning of PIPEDA

[22] As declared countless times by the Supreme Court (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, being but one example), the provisions of a statute are to be interpreted in a contextual and purposive way. The words used must be considered in context and in their grammatical and ordinary sense in harmony with the scheme of the statute, its object and the intention of Parliament.

[23] PIPEDA is more fully described as being, "An Act to support and promote electronic commerce by protecting personal information that is collected, used or disclosed in certain circumstances, [and] by providing for the use of electronic means to communicate or record information or transactions". Section 3 goes on to provide that the purpose of Part 1 of the Act is:

## ANALYSE

### La norme de contrôle

[21] La présente affaire devra être tranchée par l'interprétation des lois, plus précisément par l'interprétation de la portée des pouvoirs conférés à la commissaire par la LPRPDE. Pour les motifs énoncés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Blood Tribe (Department of Health) c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée)*, [2007] 2 R.C.F. 561, je suis d'avis que la norme de contrôle est la décision correcte. Je m'appuie également sur l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN*), aux paragraphes 48 et 49.

### Le sens de la LPRPDE

[22] Comme l'a souvent répété la Cour suprême (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, n'est qu'un des nombreux exemples), les dispositions d'une loi doivent être interprétées de manière contextuelle et téléologique. Les mots doivent être examinés dans leur contexte et selon leur sens grammatical et ordinaire et en conformité avec l'esprit de la loi, son objet et l'intention du législateur.

[23] La LPRPDE est définie plus précisément comme étant une « [l]oi visant à faciliter et à promouvoir le commerce électronique en protégeant les renseignements personnels recueillis, utilisés ou communiqués dans certaines circonstances [et] en prévoyant l'utilisation de moyens électroniques pour communiquer ou enregistrer de l'information et des transactions ».

3. . . . to establish, in an era in which technology increasingly facilitates the circulation and exchange of information, rules to govern the collection, use and disclosure of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

Part 1 applies to organizations which collect, use or disclose personal information in the course of commercial activities. An organization [section 2] “includes an association, a partnership, a person and a trade union.” The issue here is whether PIPEDA applies to a foreign organization.

[24] Division 2 of Part 1 of the Act, sections 11 through 17, is titled “Remedies”. An individual may file a written complaint with the Commissioner that an organization has contravened a provision of the Act or has not followed a recommendation set out in Schedule 1, being the national standard of Canada entitled *Model Code for the Protection of Personal Information*. Under section 12 of PIPEDA, the Commissioner shall conduct an investigation and to that end may issue subpoenas, administer oaths, enter premises and copy records. The Commissioner may also initiate her own complaints.

[25] The Commissioner may attempt to conclude a complaint by dispute resolution. Section 13 requires her to prepare a report unless she is of the view that the complainant ought first to exhaust grievance or review procedures otherwise available, or the complaint could be more appropriately dealt with by means of a procedure provided for under other federal or provincial law, or the complaint was stale dated when filed, or was trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith. After receiving the report, a complainant may apply to this Court, which may, in addition to other remedies, order

Ensuite, l'article 3 présente l'objet de la partie 1 de la Loi, qui est :

3. [. . .] de fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

La partie 1 s'applique aux organisations qui recueillent, utilisent ou communiquent des renseignements personnels dans l'exercice de leurs activités commerciales. Une organisation [article 2] « [s]'entend notamment des associations, sociétés de personnes, personnes et organisations syndicales ». La question en l'espèce est de savoir si la LPRPDE s'applique à une organisation étrangère.

[24] La section 2 de la partie 1 de la Loi, c'est-à-dire les articles 11 à 17, est intitulée « Recours ». Tout intéressé peut déposer auprès de la commissaire une plainte contre une organisation qui a contrevenu à l'une des dispositions de la Loi ou qui a omis de mettre en œuvre une recommandation énoncée dans l'annexe 1, qui est la norme nationale du Canada intitulée *Code type sur la protection des renseignements personnels*. Selon l'article 12 de la LPRPDE, la commissaire procède à l'examen de toute plainte et à cette fin, a le pouvoir d'assigner des témoins à comparaître, de faire prêter serment, d'entrer dans des locaux et de copier des documents. La commissaire peut également de son propre chef entreprendre toute enquête.

[25] La commissaire peut tenter de régler une plainte en ayant recours à un mode de règlement des différends. L'article 13 l'oblige à dresser un rapport, sauf si elle est convaincue que le plaignant devrait d'abord épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts, que la plainte pourrait avantageusement être instruite selon des procédures prévues par le droit fédéral ou provincial, que la plainte a été déposée trop tard ou que la plainte est futile, vexatoire ou entachée de mauvaise foi. Après avoir reçu le rapport, le plaignant peut

an organization to correct its practices, publish a notice of such action taken and condemn it to damages.

[26] The events leading to the enactment of PIPEDA and its purpose and meaning were extensively reviewed by Mr. Justice Décary in the Federal Court of Appeal's decision in *Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572. There was no doubt in his mind that PIPEDA established a right to protection of personal information collected, used or disclosed in the course of commercial activities in connection with a business, be it interprovincial or international. Ms. Lawson made the same point by referring to extracts from Hansard. In *Bell ExpressVu*, above, and *SOCAN*, above, the Supreme Court applied the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] and other statutes to communications to and from Canada. As noted by Mr. Justice Binnie at paragraph 68 of *SOCAN*, “[n]ational practice confirms that *either* the country of transmission *or* the country of reception may take jurisdiction over a ‘communication’ linked to its territory, although whether it chooses to do so is a matter of legislative or judicial policy”.

[27] With respect, I think the Commissioner did not distinguish her power to investigate from the effectiveness of her investigation.

[28] I agree with her that PIPEDA gives no indication that Parliament intended to legislate extraterritorially. The Supreme Court reached that same conclusion in *SOCAN*, above, but nevertheless held that the *Copyright Act* applied to protected works downloaded in Canada from foreign Web sites. The Commissioner does not lose her power to investigate because she can neither subpoena the organization nor enter its premises in Wyoming.

[29] The parties have both drawn analogies from the jurisdiction of courts. This is useful but cannot be carried too far. Although the Commissioner shares some

demandeur à la Cour, qui peut, en plus d’autres recours, ordonner à l’organisation de revoir ses pratiques, publier un avis énonçant les mesures prises et la condamner à des dommages-intérêts.

[26] Le juge Décary a exposé les faits ayant mené à l’adoption de la LPRPDE ainsi que son objet et son sens dans l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572. Il n’y avait aucun doute dans son esprit que la LPRPDE établissait un droit à la protection des renseignements personnels recueillis, utilisés et communiqués dans l’exercice des activités commerciales d’une entreprise, qu’elle soit interprovinciale ou internationale. M<sup>me</sup> Lawson a défendu le même point de vue en s’appuyant sur des extraits du Hansard. Dans les arrêts *Bell ExpressVu*, précité, et *SOCAN*, précité, la Cour suprême a appliqué la *Loi sur le droit d’auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42], ainsi que d’autres lois, aux communications faites à partir du Canada et vers le Canada. Comme l’a souligné le juge Binnie, au paragraphe 68 de *SOCAN*, « [l]a pratique nationale confirme que *soit* le pays de transmission, *soit* le pays de réception peut s’attribuer compétence à l’égard d’une “communication” ayant un lien avec son territoire, mais sa décision relève de la politique législative ou judiciaire ».

[27] En toute déférence, je crois que la commissaire n’a pas bien fait la différence entre son pouvoir de mener enquête et l’efficacité de son enquête.

[28] Je conviens avec la commissaire que rien dans la LPRPDE n’indique que le législateur avait l’intention de légiférer extraterritorialement. La Cour suprême a tiré la même conclusion dans *SOCAN*, précité, mais elle a néanmoins conclu que la *Loi sur le droit d’auteur* s’appliquait aux œuvres protégées téléchargées au Canada de sites Web étrangers. La commissaire ne perd pas son pouvoir de mener enquête parce qu’elle ne peut ni assigner les membres d’une organisation à comparaître ni entrer dans ses locaux au Wyoming.

[29] Les parties ont toutes deux établi des analogies avec la compétence des tribunaux. La comparaison est utile, mais elle ne devrait pas être poussée trop loin.

powers with a court, such as the power of subpoena, her office is not a judicial tribunal. It is essentially an investigative tribunal. The Commissioner's jurisdiction must be considered *ratione materiae* (over the subject-matter), *ratione personae* (over the person) and *ratione loci* (over the territory).

#### Jurisdiction *Ratione Materiae*

[30] Common-law courts generally take jurisdiction over all manners of dispute wheresoever arising. The jurisdictional issue is usually whether the Court should take jurisdiction over the defendant, or decline to do so because there is insufficient connection with Canada. A good example is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Bangoura v. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341. The Ontario courts had jurisdiction over the substance of the lawsuit, which was an alleged defamation. However, the Court refused to take jurisdiction over the defendant, an American newspaper, at the instance of a plaintiff who at the time of the alleged defamation was neither a Canadian citizen nor resident.

#### Jurisdiction *Ratione Personae*

[31] The important distinction between jurisdiction *ratione materiae* and jurisdiction *ratione personae* is not always apparent in decisions from superior courts of record organized by the provinces because they have unlimited jurisdiction over all manners of dispute, unless deprived thereof by legislation. However, this distinction is often at the forefront of decisions of this Court. The Federal Court only has jurisdiction *ratione materiae* if Parliament has properly confided that jurisdiction to it (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752).

[32] Consider the decision of the Supreme Court in *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907. In that case an

Bien que la commissaire ait certains des pouvoirs d'un tribunal, comme celui d'assigner des témoins à comparaître, le Commissariat n'est pas un tribunal judiciaire. Il est essentiellement un tribunal d'enquête. La compétence de la commissaire doit être examinée sous les angles de la compétence *ratione materiae* (compétence sur l'objet), de la compétence *ratione personae* (compétence personnelle) et de la compétence *ratione loci* (compétence territoriale).

#### La compétence *ratione materiae*

[30] Les tribunaux de common law peuvent généralement se déclarer compétents à l'égard de toutes sortes de litiges, peu importe l'endroit où ils surviennent. La question de compétence est habituellement de savoir si la cour doit se déclarer compétente à l'égard du défendeur ou refuser de le faire parce que le lien avec le Canada est trop ténu. Un bon exemple de cela est l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bangoura v. Washington Post* (2005), 258 D.L.R. (4th) 341. Les cours ontariennes avaient compétence sur le fond de la poursuite, qui était une présumée diffamation. Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de se déclarer compétente à l'égard du défendeur, un journal des États-Unis, sur l'initiative du demandeur qui, à l'époque de la présumée diffamation, n'était ni citoyen canadien ni résident du Canada.

#### La compétence *ratione personae*

[31] La distinction importante entre la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione personae* n'apparaît pas toujours clairement dans les décisions des cours supérieures d'archives provinciales, car elles ont une compétence illimitée sur toutes les sortes de litiges, à moins qu'une loi ne la leur retire. Cependant, cette distinction occupe souvent une place prépondérante dans les décisions de la Cour. La Cour fédérale n'a compétence *ratione materiae* que si le législateur lui a expressément conféré compétence en la matière (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752).

[32] Prenons par exemple l'arrêt de la Cour suprême *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907. Dans cette affaire,

American stevedoring firm brought an action in the Federal Court against a Belgian ship for services rendered in the United States. It even invoked U.S. law which gave it a maritime lien while Canadian domestic law did not. The only connection with Canada was the presence of the ship here. There was no question that Parliament had given the Federal Court jurisdiction over the subject-matter of the dispute notwithstanding that none of the parties resided and none of the events leading up to the arrest of the ship occurred here. Section 22 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 69(F); 1996, c. 31, s. 82] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] gave the Court jurisdiction over “any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship . . . including . . . claims in respect of stevedoring”.

[33] The issue was whether the Federal Court should exercise its jurisdiction *ratione personae* particularly since there was a competing jurisdiction, Belgium. The Belgian shipowner had filed in bankruptcy there. Basing himself on unique credit arrangements which have developed in admiralty law over the millennia and the fact that the ship was subject to a maritime lien under the proper law of the dispute (U.S. law), Mr. Justice Binnie held that the Federal Court was right not to stay or dismiss the Canadian proceedings (see also the decision of the Federal Court of Appeal in *United Nations v. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 F.C. 541).

[34] A Canadian court with jurisdiction *ratione materiae* will not take jurisdiction over a foreign defendant, not served here, when the matter has nothing to do with Canada. Even in cases where a foreign defendant is served here, the court may dismiss or stay the action on the principle of *forum non conveniens*, that there is a more appropriate court. The “real and substantial connection” test is also relevant in determining whether the courts in one province should enforce the judgment of another provincial court, and whether a foreign judgment should be enforceable in Canada (see *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60

une entreprise d’acconage américaine avait intenté une poursuite en Cour fédérale contre un navire belge pour des services rendus aux États-Unis. Elle invoquait même le droit des États-Unis, qui créait un privilège maritime que le droit national canadien ne créait pas. Le seul lien avec le Canada était la présence du navire en territoire canadien. Il ne faisait aucun doute que le législateur avait conféré compétence à la Cour fédérale sur la question en litige, indépendamment du fait qu’aucune des parties ne résidait ici et qu’aucun des faits ayant mené à la saisie du navire ne s’était produit ici. L’article 22 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 69(F); 1996, ch. 31, art. 82] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] confère compétence à la Cour sur « une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire [. . .] notamment en ce qui concerne l’acconage ».

[33] La question était de savoir si la Cour fédérale devait exercer sa compétence *ratione personae*, et ce, d’autant plus qu’une autre procédure avait été engagée dans un autre pays, la Belgique. En effet, le propriétaire belge du navire allait être mis en faillite là-bas. En se fondant sur les règles uniques relatives aux créances qui se sont développées en droit maritime au cours des millénaires et sur le fait que le navire était grevé d’un privilège maritime créé en vertu du droit auquel le litige était assujéti (le droit américain), le juge Binnie a conclu que la Cour fédérale avait eu raison de ne pas surseoir à la procédure canadienne ou de ne pas la rejeter (voir également l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Nations Unies c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541).

[34] Une cour canadienne ayant compétence *ratione materiae* ne se déclarera pas compétente à l’égard d’un défendeur étranger qui n’a pas reçu signification ici quand l’affaire n’a rien à voir avec le Canada. Même dans les cas où le défendeur étranger a reçu signification ici, la cour peut rejeter la procédure ou y surseoir en invoquant le principe du *forum non conveniens*, soit qu’il conviendrait de s’adresser à une autre cour. Le critère du « lien réel et substantiel » sert également à juger si la cour d’une province doit faire exécuter le jugement rendu par une cour d’une autre province et si un jugement étranger doit être exécuté au Canada (voir *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3

O.R. (3d) 20 (C.A.); *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416).

R.C.S. 1077; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.); *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416).

[35] It is important to keep in mind that when a Canadian court takes jurisdiction over a dispute having connections with other countries, it may under its own domestic conflict of law rules apply the appropriate foreign law if proved as a matter of fact to differ from the law of the forum.

[35] Il est important de garder à l'esprit que, lorsqu'une cour canadienne se déclare compétente à l'égard d'un litige ayant des liens avec d'autres pays, elle peut, conformément aux règles nationales de conflit de lois, appliquer le droit étranger approprié s'il est prouvé qu'il diffère effectivement du droit canadien.

[36] As noted by Chief Justice Laskin in *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157, at pages 166-167:

[36] Comme a affirmé le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157, aux pages 166 et 167 :

What is raised by the appellant, shortly put, is whether it is open to the Federal Court, in exercising its jurisdiction in the matter brought before it, to determine, pursuant to conflict of law rules of the forum, a choice of law rule to govern the determination of the suit. In the present case, the Federal Court has jurisdiction over the appellant and over the cause of action and there is a body of law which it can apply. It is my opinion that this body of law embraces conflict rules and entitles the Federal Court to find that some foreign law should be applied to the claim that has been put forward. Conflicts rules are, to put the matter generally, those of the forum. It seems quite clear to me that s. 22(3) of the *Federal Court Act*, which I have already referred to, envisages that the Federal Court, in dealing with a foreign ship or with claims arising on the high seas may find it necessary to consider the application of foreign law in respect of the cause of action before it.

En bref, la question soulevée par les appelants est de savoir si, dans l'exercice de sa compétence sur l'affaire dont elle est saisie, la Cour fédérale peut déterminer, en conformité des règles de conflit de lois du tribunal saisi, le droit régissant le procès. En l'espèce, la Cour fédérale a compétence sur les appelants et sur l'objet du litige et il existe un ensemble de droit applicable. À mon avis, cet ensemble comprend les règles de conflit et permet à la Cour fédérale de conclure à l'application du droit étranger à la réclamation qui lui a été soumise. Les règles de conflit sont en général celles du tribunal saisi. Il me semble clair que selon le par. 22(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, que j'ai déjà mentionné, la Cour fédérale peut, lorsqu'il est question d'un navire étranger ou de demandes dont les faits se sont produits en haute mer, juger nécessaire de considérer l'application du droit étranger relativement à l'action dont elle est saisie.

[37] PIPEDA, however, does not, I would think, embrace conflict of law rules. This brings into issue a third aspect of jurisdiction, *ratione loci*.

[37] Cependant, je ne crois pas que la LPRPDE donne lieu à une situation de conflit de lois. Il faut donc examiner le troisième aspect de la compétence, la compétence *ratione loci*.

#### Jurisdiction *Ratione Loci*

#### La compétence *ratione loci*

[38] Parliament cannot have intended that PIPEDA govern the collection and use of personal information worldwide. For instance, if Ms. Lawson were an American working in the United States, PIPEDA would have no application. Regulatory and investigative functions (as opposed to judicial) must have some connection with the state which enacts the underlying legislation. However, I believe the Privacy Commissioner erred in law by taking the position that Ms. Lawson's complaint could only be investigated if

[38] Le législateur ne pouvait avoir l'intention que la LPRPDE régisse la cueillette et l'utilisation de renseignements personnels dans le monde entier. Par exemple, si M<sup>me</sup> Lawson était une Américaine travaillant aux États-Unis, la LPRPDE ne s'appliquerait pas. Les fonctions de réglementation et d'enquête (par opposition aux fonctions judiciaires) doivent avoir un certain lien avec l'État ayant adopté la loi habilitante en question. Toutefois, je crois que la commissaire à la protection de la vie privée a commis une erreur de droit en concluant



Parliament had intended and had given extraterritorial effect to PIPEDA.

[39] The fact that an investigation might be ineffective is not the point. While it is true, as the Commissioner says, that her Office has no extraterritorial subpoena power over a non-resident, neither does a court of law.

[40] Private parties in a lawsuit in Canada cannot compel a foreigner to appear here to testify. Letters rogatory issued by a Canadian court to a foreign court requesting that a subpoena be issued in that jurisdiction requiring the witness to appear before a commissioner there are commonplace. By the same token, section 46 [as am. by 1999, c. 18, s. 89] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] contemplates that a foreign court or tribunal may likewise seek the aid of a Canadian court.

[41] Although the Commissioner faintly argued that there was no evidence of a connection with Canada, that was not the basis of her decision. Even if the “psychological profile” on Ms. Lawson was pure fiction and written in the United States, much of the data had to have come from Canada. The Commissioner acknowledged this in her decision when she wrote: “Abika.com has not responded to our request for the names of its Canadian-based sources.” The inability to identify Canadian sources may frustrate an investigation, but it cannot be said that PIPEDA should be interpreted in such a way that Parliament did not give the Commissioner jurisdiction. The Commissioner’s last sentence is inconsistent with her position that Parliament did not grant her jurisdiction. She wrote: “You should know that we have just recently launched an investigation in respect of a similar organization where we have been able to identify the Canadian sources of data.”

[42] It would be most regrettable indeed if Parliament gave the Commissioner jurisdiction to investigate

qu’elle ne pouvait mener une enquête sur la plainte de M<sup>me</sup> Lawson que si le législateur avait eu l’intention de donner et avait donné une portée extraterritoriale à la LPRPDE.

[39] Que l’enquête puisse être vouée à l’échec n’est pas la question. Bien qu’il soit vrai, comme le dit la commissaire, que le Commissariat n’a pas le pouvoir extraterritorial d’assigner un étranger à comparaître, une cour de justice n’a pas non plus ce pouvoir.

[40] Les parties privées à un litige au Canada ne peuvent obliger un étranger à comparaître ici pour témoigner. Les commissions rogatoires délivrées par un tribunal canadien à un tribunal étranger demandant que ce dernier assigne un témoin à comparaître là-bas devant un commissaire sont monnaie courante. Dans cet esprit, l’article 46 [mod. par L.C. 1999, ch. 18, art. 89] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] prévoit qu’un tribunal étranger peut de la même façon faire appel à une cour canadienne.

[41] Bien que la commissaire ait soutenu avec peu de conviction que rien ne prouvait l’existence d’un lien avec le Canada, cet argument ne constituait pas le fondement de sa décision. Même si le « profil psychologique » de M<sup>me</sup> Lawson était inventé de toute pièce et avait été écrit aux États-Unis, une bonne partie des données devait provenir du Canada. La commissaire l’a reconnu dans sa décision quand elle a écrit : « Abika.com n’a pas répondu à notre demande d’obtention des noms de ses sources canadiennes. » L’incapacité de trouver les sources canadiennes peut nuire à une enquête, mais on ne peut interpréter la LPRPDE de manière à affirmer que le législateur n’a pas conféré compétence à la commissaire. La dernière phrase de la décision de la commissaire ne concorde pas avec son opinion que le législateur ne lui a pas conféré compétence. La commissaire a écrit : « Toutefois, sachez que nous venons d’amorcer une enquête concernant une organisation semblable, dans une situation où nous avons été en mesure de repérer les sources canadiennes de données. »

[42] Il serait très regrettable que le législateur ait conféré compétence à la commissaire de mener enquête

foreigners who have Canadian sources of information only if those organizations voluntarily name names. Furthermore, even if an order against a non-resident might be ineffective, the Commissioner could target the Canadian sources of information.

[43] I conclude as a matter of statutory interpretation that the Commissioner had jurisdiction to investigate, and that such an investigation was not contingent upon Parliament having legislated extraterritorially as permitted by the *Statute of Westminster, 1931* [(U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27]].

May the Privacy Commissioner Decline to Investigate?

[44] Both Ms. Lawson and the Commissioner took the position that PIPEDA either gave her jurisdiction to investigate the complaint, or it did not. Both were of the view that if Parliament gave the Commissioner jurisdiction, then she must investigate. Section 12 of PIPEDA provides: “[t]he Commissioner shall conduct an investigation in respect of a complaint” (emphasis added). Section 13 goes on to provide that she shall prepare a report containing findings and recommendations, any settlement that was reached and, if not, identifying recourses which may be available. However, as mentioned earlier, the Commissioner is not required to prepare a report if satisfied that the complainant ought first to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available; if the complaint could more appropriately be dealt with under other federal or provincial law or is stale dated, trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith.

[45] It is common ground that there are no grievance or review procedures otherwise reasonably available, the complaint was timely and was not trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith.

[46] One issue which could be considered is whether it would be more appropriate that the complaint be dealt

sur des organisations étrangères ayant des sources de renseignement au Canada uniquement si elles fournissent volontairement le nom de leurs sources canadiennes. En outre, même si l’ordonnance visant un étranger était sans effet, la commissaire pouvait cibler la source canadienne des renseignements.

[43] Je conclus que, du point de vue de l’interprétation des lois, la commissaire avait compétence pour mener enquête et que cette enquête pouvait se faire, que le législateur ait légiféré extraterritorialement, comme le permet le *Statut de Westminster de 1931* [(R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27]], ou non.

La commissaire à la protection de la vie privée pouvait-elle refuser de mener enquête?

[44] Tant M<sup>me</sup> Lawson que la commissaire étaient d’avis que soit la LPRPDE conférait compétence pour mener enquête, soit elle ne le faisait pas. Tous deux pensent que si le législateur a conféré compétence à la commissaire, elle doit mener enquête. L’article 12 de la LPRPDE prévoit : « La commissaire procède à l’examen de toute plainte » (non souligné dans l’original). L’article 13 établit ensuite que la commissaire dresse un rapport qui présente ses conclusions et recommandations, qui fait état de tout règlement intervenu et, s’il y a lieu, qui mentionne le recours ouvert. Cependant, comme je l’ai mentionné précédemment, la commissaire n’est pas tenu de dresser un rapport si elle est convaincue que le plaignant devrait d’abord épuiser les recours internes ou les procédures d’appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts, que la plainte pourrait avantageusement être instruite selon des procédures prévues par le droit fédéral ou provincial, que la plainte a été déposée trop tard ou que la plainte est futile, vexatoire ou entachée de mauvaise foi.

[45] Il est convenu qu’il n’existe aucun autre recours interne, procédure d’appel ou procédure de règlement de griefs ouvert, que la plainte a été déposée à temps et qu’elle n’est pas futile, vexatoire ou entachée de mauvaise foi.

[46] Une question qui devrait être examinée est de savoir si la plainte serait avantageusement instruite

with by means of a procedure provided under other federal or provincial law.

[47] One possibility under provincial law is an action in defamation. However the facts of this case cannot support such an action. Even assuming the information in the psychological profile to be untrue, so far it was only communicated to Ms. Lawson herself. An action in defamation requires communication to someone else.

[48] The Commissioner herself cannot award damages. However, section 14 of PIPEDA provides that a complainant may, after receiving the Commissioner's report, apply to this Court for a hearing and that this Court may, among other things, award damages. Ms. Lawson is unable to make such an application because no report has been issued. A money judgment may be enforced in another jurisdiction (*Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, [2006] 2 S.C.R. 612).

[49] We revert to geographical considerations, and the concept of *forum non conveniens*. The collection and communication of private information was both here (Canada) and there (United States) (*R. v. Libman*, [1985] 2 S.C.R. 178). The location of the Web site and the jurisdiction in which Accusearch Inc. was incorporated are not all controlling.

[50] It would not be appropriate to comment further on the discretion, if any, of the Commissioner to decline to exercise the jurisdiction given her by Parliament. The decision before me was that Parliament had not given her jurisdiction. However, I raise this point of discretion because it may be relevant when this matter is referred back to her for further investigation, or in other complaints. We do not know the status of the complaint filed in the United States, or the risk of double jeopardy to the respondent.

[51] In conclusion, PIPEDA gives the Privacy Commissioner jurisdiction to investigate complaints

selon une procédure prévue par le droit fédéral ou provincial.

[47] Une possibilité offerte par le droit provincial est la procédure en diffamation. Cependant, les faits en l'espèce ne permettent pas d'entamer une telle procédure. Même en présumant que les renseignements contenus dans le profil psychologique sont faux, à ce jour, ils n'ont été communiqués qu'à M<sup>me</sup> Lawson. La procédure en diffamation nécessite qu'ils aient été communiqués à quelqu'un d'autre.

[48] La commissaire même ne peut accorder de dommages-intérêts. Cependant, l'article 14 de la LPRPDE prévoit qu'un plaignant peut, après avoir reçu le rapport de la commissaire, demander une audience à la Cour et que la Cour peut, entre autres choses, accorder des dommages-intérêts. M<sup>me</sup> Lawson n'est pas en mesure de déposer une telle demande, car aucun rapport n'a été dressé. Il est possible de faire exécuter un jugement pécuniaire dans un autre pays (*Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, [2006] 2 R.C.S. 612).

[49] Revenons aux questions géographiques et au concept du *forum non conveniens*. La cueillette et la communication de renseignements personnels ont eu lieu tant ici (au Canada) que là-bas (aux États-Unis) (*R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178). L'endroit où est enregistré le site Web et le pays où Accusearch Inc. a été constituée en société ne sont pas les seuls éléments qui importent.

[50] Il n'est pas indiqué de formuler d'autres observations sur le pouvoir discrétionnaire, s'il existe, de la commissaire de refuser d'exercer la compétence que lui a conférée le législateur. La décision contestée affirmait que le législateur ne lui avait pas conféré compétence. Cependant, je soulève cette question du pouvoir discrétionnaire, car elle pourrait être pertinente quand la présente affaire sera renvoyée à la commissaire pour faire l'objet d'une autre enquête ou dans le cadre d'autres plaintes. Nous ne savons pas où en est rendue la plainte déposée aux États-Unis ni quels sont les risques que la défenderesse soit incriminée deux fois.

[51] En conclusion, la LPRPDE confère compétence à la commissaire à la protection de la vie privée de

relating to the transborder flow of personal information.

mener enquête sur des plaintes portant sur la circulation transfrontalière de renseignements personnels.

ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is granted with costs. The matter is returned to the Office of the Privacy Commissioner to be investigated in accordance with the reasons given.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie avec dépens. L'affaire est renvoyée au Commissariat à la protection de la vie privée pour que la commissaire fasse enquête en tenant compte des présents motifs.

A-500-05  
2007 FCA 24

A-500-05  
2007 CAF 24

**Sukhvir Singh Khosa** (*Appellant*)

**Sukhvir Singh Khosa** (*appellant*)

v.

c.

**Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*intimé*)

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

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

Federal Court of Appeal, Desjardins, Décary and Malone J.J.A.—Vancouver, December 11, 2006; Ottawa, January 30, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Décary et Malone, J.C.A.—Vancouver, 11 décembre 2006; Ottawa, 30 janvier 2007.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of Immigration Appeal Division's (IAD) refusal to grant special relief on humanitarian and compassionate (H&C) considerations, pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 67(1)(c), from removal order issued against appellant — Appellant convicted of criminal negligence causing death following street race — Majority concluding appropriate standard of review of IAD's decision reasonableness — Unreasonable for IAD to devote totality of analysis to remorse of appellant without addressing rehabilitation, likelihood to re-offend — Appeal allowed (Desjardins J.A. dissenting).*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI), qui a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre, pour des motifs d'ordre humanitaire, des mesures spéciales en application de l'art. 67(1)c de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés rendant inexécutoire la mesure de renvoi prise contre l'appellant — L'appellant a été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort par suite d'une course de rue — La majorité a conclu que la norme de contrôle applicable à la décision de la SAI était celle de la décision raisonnable — La SAI a agi de façon déraisonnable lorsqu'elle a consacré la totalité de son analyse à la question du remords de l'appellant sans prendre en considération la possibilité de réadaptation ou de récidive — Appel accueilli (la juge Desjardins, J.C.A., dissidente).*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Immigration Appeal Division (IAD) refusing to grant special relief on basis of humanitarian and compassionate (H&C) considerations, pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 67(1)(c), from removal order issued against appellant — Applications Judge dismissing judicial review of that decision, certifying question as to whether appropriate standard of review from IAD decision patent unreasonableness — Recent Supreme Court of Canada rulings indicating reasonableness appropriate standard of review of this type of decision (Desjardins J.A. dissenting).*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — La Section d'appel de l'immigration (SAI) a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre, pour des motifs d'ordre humanitaire, des mesures spéciales en application de l'art. 67(1)c de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés rendant inexécutoire la mesure de renvoi prise contre l'appellant — Le juge de première instance a rejeté le contrôle judiciaire de cette décision et a certifié la question de savoir si la norme de contrôle judiciaire applicable à l'égard des décisions de la SAI est celle de la décision manifestement déraisonnable — Il ressort de décisions récentes de la Cour suprême du Canada que la norme de contrôle judiciaire qu'il faut appliquer à ces décisions est celle de la décision raisonnable (la juge Desjardins, J.C.A., dissidente).*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellant's application for judicial review of

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par

the Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division's (IAD) refusal to grant special relief on the basis of humanitarian and compassionate (H&C) considerations and allow the appeal (pursuant to paragraph 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*) from a removal order issued against the appellant on grounds of serious criminality. The appellant was convicted of criminal negligence causing death as a result of his participation in street racing. He received a conditional sentence, which he served in the community. The applications Judge certified two questions: whether the appropriate standard of review of the IAD's decision was patent unreasonableness, and if so, whether it was patently unreasonable for the IAD to have denied special relief even though the appellant had not been incarcerated for the crimes in issue.

*Held* (Desjardins J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Décaré J.A. (Malone J.A. concurring): The applications Judge was wrong to review the IAD's decision on the standard of patent unreasonableness. Recent Supreme Court of Canada rulings indicate that applications involving discretionary decisions made on H&C grounds relating directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, where the exercise of this discretionary power involves "the exercising of a special or extraordinary power which must be applied objectively, dispassionately and in a *bona fide* manner after carefully considering relevant factors," are to be reviewed on the standard of reasonableness. The central issue herein was the application by the IAD of the "possibility of rehabilitation" factor. As rehabilitation is a concept with respect to which the IAD has no particular expertise, it should pay deference to the findings of the criminal courts, and at least explain why rehabilitation has ceased to be a possibility.

The IAD devoted the totality of its analysis to the remorse issue without saying a word about rehabilitation and likelihood to re-offend. While acknowledging the findings of the B.C. criminal courts with respect to the rehabilitation factor which were favourable to the applicant, the IAD did not explain why it came to a contrary conclusion, and seemed fixated with the fact that the offence was related to street racing, such that the hearing was transformed into a quasi-criminal trial. It was not the IAD's role to second-guess decisions of the criminal courts. The IAD's decision was not reasonable. It was unnecessary to

l'appelant à l'encontre d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre, pour des motifs d'ordre humanitaire, des mesures spéciales et d'accueillir l'appel (en application de l'alinéa 67(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*) à l'encontre de la mesure de renvoi prise contre l'appelant pour grande criminalité. L'appelant a été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort : il avait participé à une course de rue. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis, qu'il a purgée au sein de la collectivité. Le juge de première instance a certifié deux questions, soit celles de savoir si la décision manifestement déraisonnable était la norme de contrôle judiciaire qu'il fallait appliquer à l'égard de la décision de la SAI et, si la réponse est affirmative, s'il était manifestement déraisonnable de la part de la SAI de refuser de prendre des mesures spéciales alors que l'appelant n'avait pas été incarcéré pour les crimes en question.

*Arrêt* (la juge Desjardins, J.C.A., dissidente) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Décaré, J.C.A. (le juge Malone, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le juge de première instance a eu tort d'examiner la décision de la SAI selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Selon des décisions récentes de la Cour suprême du Canada, la norme de la décision raisonnable s'applique en matière de décisions discrétionnaires faisant suite aux demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire visant directement les droits et les intérêts d'une personne par rapport au gouvernement lorsque cette décision discrétionnaire comporte « l'exercice d'un pouvoir spécial ou extraordinaire qui doit être appliqué de façon objective, sans parti pris et de bonne foi, après un examen attentif des facteurs pertinents ». En l'espèce, la question centrale avait trait à l'application, par la SAI, du facteur de la « possibilité de réadaptation ». Comme on ne saurait dire que la SAI détient des connaissances particulières relativement à la notion de la réadaptation, elle devrait déférer aux conclusions des juridictions pénales et expliquer, à tout le moins, pourquoi la réadaptation n'était plus une possibilité.

La SAI a consacré la totalité de son analyse à la question du remords et elle n'a pas dit un mot de la possibilité de réadaptation ou de récidive. Bien qu'elle ait pris acte des constats des juridictions pénales de la Colombie-Britannique sur le facteur de la possibilité de réadaptation qui étaient favorables au demandeur, la SAI n'a pas expliqué pourquoi elle a tiré une conclusion opposée et elle semblait être obnubilée par le fait que l'infraction se rapportait à une course de rue, à telle enseigne que l'audience a pris l'allure d'un procès quasi-pénal. Il n'appartenait pas à la SAI de réexaminer les décisions des juridictions pénales. La décision de la SAI

answer the second question as framed.

*Per Desjardins J.A. (dissenting):* The IAD's expertise lay in accurately evaluating whether the criteria for an exemption on H&C considerations had been met, a highly fact-based and contextual inquiry. The fact that the question of whether an individual is entitled to an exemption on H&C considerations is a question of mixed fact and law which also attracted a high level of deference. Based on the pragmatic and functional analysis the applications Judge thus did not err in applying the standard of patent unreasonableness.

The IAD gave significant weight to the fact that the appellant, while having expressed remorse, continued to deny that he had participated in a street race, thus showing a lack of insight into his conduct. The applications Judge did not make a reviewable error when he held that it was not patently unreasonable for the IAD to have chosen to place greater weight on the appellant's denial. The IAD, which was mandated by paragraph 67(1)(c) of the Act to consider "all the circumstances," did consider the decisions of the criminal courts, but had to make its own determination in light of the statute to be applied.

A conditional sentence constitutes imprisonment. Therefore the second question was answered "No."

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 220(b) (as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 141).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), 36(1), 67(1), 72(1), 74(d).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1;

n'était pas raisonnable. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question de la manière dont elle était posée.

La juge Desjardins, J.C.A. (dissidente) : La spécialisation de la SAI consiste à apprécier précisément si les conditions d'une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire sont remplies ou non, ce qui constitue une question contextuelle et fortement tributaire des faits. La question de savoir si l'intéressé a droit à une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire est une question mixte de droit et de fait, qui appelle un degré élevé de retenue. À la lumière de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable.

La SAI a accordé de l'importance au fait que l'appelant, tout en ayant exprimé du remords, a continué de nier qu'il avait participé à une course de rue, montrant ainsi qu'il ne saisissait pas bien toute la portée de sa conduite. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a déclaré qu'il n'était pas manifestement déraisonnable pour la SAI d'avoir choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une course. La SAI, qui a pour mission en application de l'alinéa 67(1)c) de la Loi de considérer « les autres circonstances de l'affaire », a bien pris en compte les jugements des juridictions pénales, mais elle devait tirer sa propre conclusion à la lumière du texte à appliquer.

L'emprisonnement avec sursis demeure un emprisonnement. La réponse à la deuxième question était donc négative.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220b) (mod. par L.C. 1995, ch. 39, art. 141).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(1)b) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), 36(1), 67(1), 72(1), 74d).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1

243 N.R. 22; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; 2002 SCC 3; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609; (2004), 346 A.R. 201; 238 D.L.R. (4th) 217; [2004] 7 W.W.R. 411; 29 Alta. L.R. (4th) 1; 14 Admin. L.R. (4th) 165; 318 N.R. 332; 2004 SCC 23; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 409; (2006), 267 D.L.R. (4th) 324; 42 Admin. L.R. (4th) 204; 53 Imm. L.R. (3d) 1; 349 N.R. 233; 2006 FCA 126; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20.

## DISTINGUISHED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1.

## CONSIDERED:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222; *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] I.A.D.D. No. 22 (QL); *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.D.D. No. 4 (QL); *R. v. Archer* (2005), 202 C.C.C. (3d) 60; 34 C.R. (6th) 271; 203 O.A.C. 56 (Ont. C.A.); *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 47 Imm. L.R. (3d) 16; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392; (2005), 263 D.L.R. (4th) 113; 44 Admin. L.R. (4th) 4; [2006] CLLC 230-002; 344 N.R. 257; 2005 FCA 404; *R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221; affd *sub nom. R. v. Bhalru* (2003), 190 B.C.A.C. 42; 180 C.C.C. (3d) 225; 2003 BCCA 645; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2006] 3 F.C.R. 610; (2006), 265 D.L.R. (4th) 154; 21 C.E.L.R. (3d) 175; 345 N.R. 374; 2006 FCA 31; leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] S.C.C.A. No. 197 (QL).

R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; 2002 CSC 3; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609; 2004 CSC 23; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 409; 2006 CAF 126; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*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; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] D.S.A.I. n° 22 (QL); *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *R. v. Archer* (2005), 202 C.C.C. (3d) 60; 34 C.R. (6th) 271; 203 O.A.C. 56 (Ont. C.A.); *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392; 2005 CAF 404; *R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221; conf. par *sub nom. R. v. Bhalru* (2003), 190 B.C.A.C. 42; 180 C.C.C. (3d) 225; 2003 BCCA 645; *Prairie Acid Rain Coaliton c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [2006] 3 R.C.F. 610; 2006 CAF 31; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] S.C.C.A. n° 197 (QL).



## REFERRED TO:

*R. v. J.S.M.* (2006), 229 B.C.A.C. 302; 2006 BCCA 377; *R. v. Laverty* (1991), 8 B.C.A.C. 256 (C.A.); *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61; (2000), 182 D.L.R. (4th) 1; [2000] 4 W.W.R. 21; 142 Man. R. (2d) 161; 140 C.C.C. (3d) 449; 30 C.R. (5th) 1; 49 M.V.R. (3d) 163; 249 N.R. 201; 2000 SCC 5; *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530; (2003), 234 D.L.R. (4th) 87; 180 C.C.C. (3d) 97; 16 C.R. (6th) 289; 113 C.R.R. (2d) 297; 313 N.R. 201; 182 O.A.C. 6; 2003 SCC 73.

## AUTHORS CITED

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2005), 266 F.T.R. 138; 48 Imm. L.R. (3d) 253; 2005 FC 1218) dismissing the application for judicial review of the Immigration Appeal Division's refusal to grant special relief on the basis of humanitarian and compassionate considerations from the removal order issued against the appellant ([2004] I.A.D.D. No. 1268 QL). Appeal allowed, Desjardins J.A. dissenting.

## APPEARANCES:

*Daniel B. Geller* for appellant.  
*Helen C. H. Park* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Daniel B. Geller*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DÉCARY J.A.: I have read in draft the reasons for judgment of my colleague Madam Justice Desjardins. I am unable, with respect, to come to the same conclusions. To avoid repetition, I make mine, her recital of the facts in the early part of her reasons.

The Applicable Standard of Review

[2] I respectfully disagree with my colleague that the standard of review should be patent unreasonableness.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. v. J.S.M.* (2006), 229 B.C.A.C. 302; 2006 BCCA 377; *R. v. Laverty* (1991), 8 B.C.A.C. 256 (C.A.); *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61; 2000 CSC 5; *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530; 2003 CSC 73.

## DOCTRINE CITÉE

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2005 CF 1218) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre de la décision de la Section d'appel de l'immigration, qui a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre, pour des motifs d'ordre humanitaire, des mesures spéciales rendant inexecutable la mesure de renvoi ([2004] D.S.A.I. n° 1268 QL) prise contre l'appelant. Appel accueilli, la juge Desjardins, J.C.A., étant dissidente.

## ONT COMPARU :

*Daniel B. Geller* pour l'appelant.  
*Helen C. H. Park* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Daniel B. Geller*, Vancouver, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : J'ai lu le projet de motifs de ma collègue la juge Desjardins. Malheureusement, il m'est impossible de tirer les mêmes conclusions. Pour éviter les redites, j'accepte son exposé des faits qui figure dans la première partie de ses motifs.

La norme de contrôle qui est applicable

[2] Je ne puis malheureusement souscrire à l'opinion de ma collègue pour qui la norme de contrôle est celle

An examination of recent Supreme Court of Canada rulings on humanitarian and compassionate (H&C) decisions leads me to conclude that the standard should be reasonableness.

[3] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, the Supreme Court of Canada held that applications involving discretionary decisions made on H&C grounds, for exemptions to the requirement that applications for immigration should be made abroad, are to be reviewed on the standard of reasonableness.

[4] While I appreciate that *Baker* dealt with a different provision of the *Immigration Act* as it then stood, (subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of R.S.C., 1985, c. I-2), the Court was nevertheless addressing directly the issue of standard of review of H&C decisions. And even though the Court in *Baker* recognized that most of the *Pushpanathan* [*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982] factors pointed to a greater degree of deference, it concluded that the appropriate standard of review was reasonableness. This was done, as I see it, on the basis that the decision related “directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them” (at paragraph 60). Earlier, at paragraph 15, L’Heureux-Dubé J. had expressed the view that in practice an H&C decision determines whether a person who has been in Canada will be required to leave a place where he or she has become established. Such a decision, she goes on to say, is “an important decision that affects in a fundamental manner the future of individuals’ lives.”

[5] In *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, the Supreme

de la décision manifestement déraisonnable. Après examen de certains arrêts récents de la Cour suprême du Canada portant sur des décisions faisant suite à des demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire, je suis d’avis que la norme applicable est celle de la décision raisonnable.

[3] Dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la Cour suprême du Canada a jugé que c’est la norme de la décision raisonnable qui est applicable en matière de décisions discrétionnaires faisant suite aux demandes, fondées sur des motifs d’ordre humanitaire, de dispense d’application de la règle selon laquelle les demandes de visas d’immigrant doivent être présentées à partir de l’étranger.

[4] L’arrêt *Baker* portait sur une autre disposition de la *Loi sur l’immigration* telle qu’elle était alors en vigueur (le paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2); il n’en reste pas moins que la Cour suprême s’est prononcée directement sur la question de la norme de contrôle applicable aux décisions faisant suite aux demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire. Et, même si, dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême a reconnu que la plupart des facteurs énoncés dans l’arrêt *Pushpanathan* [*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982] appelaient un surcroît de retenue, elle a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Si elle s’est prononcée en ce sens, c’est parce que, d’après moi, la décision visait « directement les droits et les intérêts d’un individu par rapport au gouvernement plutôt qu’elle n’évalue ou ne pondère les intérêts de divers groupes » (au paragraphe 60). Auparavant, au paragraphe 15, la juge L’Heureux-Dubé s’était dite d’avis que, en pratique, la décision relative à la demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire sert à décider si la personne qui a séjourné au Canada sera tenue de quitter l’endroit où elle a fini par s’établir. C’est là, poursuit-elle, « une décision importante qui a des conséquences capitales sur l’avenir des personnes visées ».

[5] Dans l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, la

Court of Canada, at paragraph 32, stated that “a piece of legislation or a statutory provision that essentially seeks to resolve disputes or determine rights between two parties will demand less deference.” *Dr. Q* places importance on the “judicial paradigm involving a pure *lis inter partes* determined largely by the facts before the tribunal” that may exist when a tribunal exercises its powers. The paradigm exists in this case with the Board [Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division] hearing testimony, weighing evidence, and applying legal tests to determine whether it will exercise its relief-granting power under the Act [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27].

[6] In *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 26, the Supreme Court found that in appeals under paragraph 70(1)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the former *Immigration Act* which granted some persons the right to appeal removal orders made against them “on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada,” the Board “is not involved in a managing or supervisory function, but in adjudicating the rights of individuals *vis-à-vis* the state,” a factor which weighs in favour of a less deferential standard of review. Later in the reasons, at paragraph 90, the Court cites *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] I.A.D.D. No. 22 (QL), where the Board held that such a discretionary decision involves “the exercising of a special or extraordinary power which must be applied objectively, dispassionately and in a *bona fide* manner after carefully considering relevant factors” (at page 2). The standard of patent unreasonableness which requires that “the result must almost border on the absurd” (*Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers’ Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, at paragraph 18), is hardly reconcilable with the exercise of that special or extraordinary power.

Cour suprême du Canada a dit, au paragraphe 32, qu’« une disposition ou une loi qui vise essentiellement à résoudre des différends ou à statuer sur les droits de deux parties appelle moins de déférence ». L’arrêt *Dr Q* accorde une importance au « paradigme judiciaire conventionnel mettant en cause un pur *lis inter partes* dont l’issue est largement tranchée par les faits présentés devant le tribunal », paradigme qui peut exister lorsqu’un tribunal exerce ses pouvoirs. Le paradigme est présent en l’espèce, puisque la Commission [section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié] a entendu des témoignages, apprécié la preuve et appliqué les critères juridiques pour savoir si elle exercera ou non le pouvoir de dispense que lui confère la Loi [*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27].

[6] Dans l’arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 26, la Cour suprême a dit que, dans les appels interjetés en vertu de l’alinéa 70(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, qui accordait à certaines personnes, au motif que, « eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada », le droit de faire appel des mesures de renvoi prononcées contre eux, la Commission « n’a pas une fonction de gestion ou de surveillance, elle statue sur les droits d’individus face à l’État », un facteur qui milite en faveur d’une norme de contrôle moins accommodante. Plus loin dans ses motifs, au paragraphe 90, la Cour suprême cite la décision *Grewal c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] D.S.A.I. n° 22 (QL), où la Commission a jugé qu’« une telle décision discrétionnaire comporte « l’exercice d’un pouvoir spécial ou extraordinaire qui doit être appliqué de façon objective, sans parti pris et de bonne foi, après un examen attentif des facteurs pertinents » (à la page 2). La norme de la décision manifestement déraisonnable, dont on peut affirmer « qu’il doit s’agir d’une décision frôlant l’absurde » (arrêt *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers’ Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, au paragraphe 18), est difficilement conciliable avec l’exercice de ce pouvoir spécial ou extraordinaire.

[7] The situation, here, is different from that in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. The Minister's decision to issue "a danger to the security of Canada" opinion was at stake and it was found to be reviewable under the patent unreasonableness standard notwithstanding the fact that it relates to human rights and engages fundamental human interests (at paragraph 32). The special expertise of the Minister in matters of national security was a turning point in the Court's decision (see paragraph 31).

[8] Furthermore, in the case at bar, the central issue, as noted by the applications Judge [(2005), 266 F.T.R. 138 (F.C.), at paragraph 6], is the application by the Board of the "possibility of rehabilitation" factor, the second of the seven factors listed by the Board in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.D.D. No. 4 (QL) and endorsed by the Supreme Court of Canada in *Chieu*, at paragraphs 40, 41 and 90.

[9] Rehabilitation is a criminal law concept with respect to which the Board cannot be said to have particular expertise. While the Board may come to a different conclusion from that reached by criminal courts on the basis of intervening events or new evidence such as the testimony of the offender before the Board, the Board should as a minimum pay deference to the findings of the criminal courts, i.e. it should explain why it is that rehabilitation has ceased to be a possibility.

[10] Deference to the criminal courts is rooted in the complexity of the task required in assessing the danger to the public that a particular offender represents. In the same way that provincial courts of appeal will show deference to the sentencing decisions made by trial judges, the IAD [Immigration Appeal Division] should be wary of questioning findings made by criminal courts on matters that fall squarely within their realm of expertise. In this regard, comments made by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Archer* (2005), 202 C.C.C. (3d)

[7] La situation en l'espèce diffère de celle de l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. La décision du ministre de rendre un avis de « danger pour la sécurité du Canada » était en cause, et la Cour suprême a jugé qu'une telle décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, lors même qu'elle se rapporte aux droits de la personne et met en jeu des intérêts humains fondamentaux (paragraphe 32). Les connaissances spécialisées du ministre en matière de sécurité nationale ont été l'élément décisif de l'arrêt de la Cour suprême (voir paragraphe 31).

[8] Par ailleurs, dans la présente affaire, la question centrale, ainsi que l'a signalé le juge de première instance [2005 CF 1218, au paragraphe 6], a trait à l'application, par la Commission, du facteur de la « possibilité de réadaptation », à savoir le deuxième des sept facteurs énoncés par la Commission dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), et avalisés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu*, aux paragraphes 40, 41 et 90.

[9] La réadaptation est une notion de droit pénal; on ne saurait dire que la Commission détient des connaissances particulières en la matière. La Commission pourrait sans doute tirer une conclusion autre que celle des juridictions pénales en raison de faits ou d'éléments de preuve nouveaux, par exemple, du témoignage du délinquant devant la Commission, mais la Commission doit à tout le moins déférer aux conclusions des juridictions pénales, par exemple expliquer pourquoi la réadaptation n'est plus une possibilité.

[10] La retenue dont il faut faire preuve à l'égard des jugements des juridictions pénales s'explique par la complexité de la tâche consistant à apprécier le danger que constitue tel ou tel délinquant pour le public. Tout comme les cours d'appel provinciales tendent à s'incliner devant les peines prononcées par les juges du fond, la SAI [Section d'appel de l'immigration] doit être réticente à remettre en question les conclusions des juridictions pénales sur des aspects qui relèvent sans ambiguïté de leur domaine de spécialisation. Sur ce

60, at paragraph 171 are apt:

Deference is rooted in no small measure in the trial judge's primary role in the administration of criminal justice and in his or her close connection to the community where the offences occurred. As was said in *R. v. M. (C.A.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 327 (S.C.C.) at para. 91:

A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at the same time taking into account the needs and current conditions of and in the community. [Emphasis added.]

[11] In cases where, as suggested earlier in paragraph 9, the Board may question a finding of rehabilitation made by a provincial criminal court, the Board should, at a minimum, take into consideration the factors generally associated with the criminal-law concept of rehabilitation. In the case at bar this would include the absence of a criminal record (other than the one at issue), the absence of previous convictions for dangerous driving, the response to community supervision and the recent history of the offender, including the upgrading of his education and his work record. On rehabilitation factors in criminal law, see *R. v. J.S.M.* (2006), 229 B.C.A.C. 302 (C.A.); *R. v. Laverty* (1991), 8 B.C.A.C. 256 (C.A.); or more generally see Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 6th ed. (Markham: LexisNexis Butterworths, 2004), at pages 214 (youth as a mitigating circumstance), 286 (conduct of the defence), 315 (absence of criminal record and first offenders), 336 (assessing the record), 651 (youth offences), 879-886 (criminal negligence causing death).

point, les observations formulées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Archer* (2005), 202 C.C.C. (3d) 60, au paragraphe 171, sont à propos :

[TRADUCTION] Le principe de la retenue judiciaire s'explique dans une large mesure par le rôle essentiel du juge de première instance dans l'administration de la justice pénale et par ses liens étroits avec la collectivité où les infractions ont été commises. Comme le disait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au paragraphe 91 :

Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, [le juge qui inflige la peine] possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera « juste et appropriée » pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. [Non souligné dans l'original.]

[11] Dans les cas où, comme je le disais plus haut, au paragraphe 9, la Commission peut éventuellement mettre en doute le constat de réadaptation fait par la juridiction pénale provinciale, la Commission doit, à tout le moins, prendre en considération les facteurs généralement associés à la notion de réadaptation, une notion de droit pénal. En l'espèce, il s'agit notamment de l'absence de casier judiciaire (à part l'infraction en cause), l'absence de déclarations de culpabilité pour conduite dangereuse antérieures, la manière dont l'intéressé a répondu à la surveillance dans la collectivité, enfin le passé récent du délinquant, notamment l'élévation de son niveau de scolarité et ses antécédents sur le marché du travail. Pour les facteurs de réadaptation en droit pénal, voir l'arrêt *R. v. J.S.M.* (2006), 229 B.C.A.C. 302 (C.A.), et l'arrêt *R. v. Laverty* (1991), 8 B.C.A.C. 256 (C.A.); ou plus généralement, voir Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 6<sup>e</sup> édition (Markham : LexisNexis Butterworths, 2004), aux pages 214 (le jeune âge comme circonstance atténuante), 286 (la conduite de la défense), 315 (l'absence de casier

judiciaire et le statut de délinquant primaire), 336 (l'évaluation du dossier), 651 (infractions commises par de jeunes délinquants), 879 à 886 (négligence criminelle entraînant la mort).

[12] I have therefore reached the view that the standard of review is reasonableness, essentially because the decision is not protected by a full privative clause, is not a polycentric one, relates to human interests and does not, in so far as the possibility of rehabilitation factor is concerned, engage the Board's expertise.

[12] Je conclus donc que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, essentiellement parce que la décision contestée n'est pas visée par une clause privative rigoureuse, elle n'est pas une décision polycentrique, elle concerne des facteurs humains et que, en ce qui a trait au facteur de la possibilité de réadaptation, elle ne relève pas du domaine de spécialisation de la Commission.

[13] In coming to this conclusion, I am comforted by the following statement by Major J., for the majority, in *Voice Construction Ltd.*, at paragraph 18:

[13] En parvenant à cette conclusion, je suis conforté par les propos suivants du juge Major, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême, dans l'arrêt *Voice Construction Ltd.*, au paragraphe 18 :

*Dr. Q, supra*, confirmed that when determining the standard of review for the decision of an administrative tribunal, the intention of the legislature governs (subject to the constitutional role of the courts remaining paramount—i.e., upholding the rule of law). Where little or no deference is directed by the legislature, the tribunal's decision must be correct. Where considerable deference is directed, the test of patent unreasonableness applies. No single factor is determinative of that test. A decision of a specialized tribunal empowered by a policy-laden statute, where the nature of the question falls squarely within its relative expertise and where that decision is protected by a full privative clause, demonstrates circumstances calling for the patent unreasonableness standard. By its nature, the application of patent unreasonableness will be rare. A definition of patently unreasonable is difficult, but it may be said that the result must almost border on the absurd. Between correctness and patent unreasonableness, where the legislature intends some deference to be given to the tribunal's decision, the appropriate standard will be reasonableness. In every case, the ultimate determination of the applicable standard of review requires a weighing of all pertinent factors: see *Pushpanathan, supra*, at para. 27. [Emphasis added.]

Dans l'arrêt *Dr Q*, précité, notre Cour a confirmé que, dans la détermination de la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif, l'intention du législateur est la considération centrale (étant entendu que le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires—assurer le respect de la primauté du droit—continue de primer). Si le législateur n'exige que peu ou pas de déférence envers la décision du tribunal administratif, il faut alors que celui-ci ait rendu une décision correcte. S'il exige une grande déférence, la norme de la décision manifestement déraisonnable s'applique. Aucun facteur ne détermine à lui seul l'application de cette norme. Lorsque la décision émane d'un tribunal spécialisé habilité par une loi solidement ancrée dans des politiques d'intérêt général et que la nature de la question relève clairement de l'expérience relative du tribunal, lequel bénéficie de la protection d'une clause privative absolue, il s'agit là de circonstances commandant l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable. En raison de sa nature même, cette norme est rarement appliquée. Il est difficile de définir l'expression « décision manifestement déraisonnable », mais on peut affirmer qu'il doit s'agir d'une décision frôlant l'absurde. Entre la décision correcte et la décision manifestement déraisonnable, là où le législateur demande une certaine déférence envers la décision du tribunal, la norme appropriée est celle de la décision raisonnable. Dans chaque cas, la détermination de la norme de contrôle applicable exige la prise en compte de tous les facteurs pertinents : voir *Pushpanathan*, précité, par. 27. [Non souligné dans l'original.]

[14] Since the applications Judge applied the wrong

[14] Puisque le juge de première instance n'a pas

standard of review, it is my duty, on appeal, to review the Board's decision on the correct standard of review, that is, on the standard of reasonableness (see *Dr. Q.*, at paragraph 43).

#### Application of the Reasonableness Standard

[15] The Board examined the possibility of rehabilitation factor in express terms at paragraph 15 of its reasons [*Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL)] and indirectly at paragraph 23. These paragraphs read:

In looking to the second of the *Ribic* factors, I have considered the appellant's expressions of remorse for his involvement in the offence, the possibility of the appellant's rehabilitation and the likelihood of re-offence. It is troublesome to the panel that the appellant continues to deny that his participation in a "street-race" led to the disastrous consequences. In my view, his continued denial at hearing of the extent of his culpability reflects a lack of insight into his conduct. At the same time, I am mindful of the appellant's show of relative remorse at this hearing for his excessive speed in a public roadway and note the trial judge's finding of this remorse as reflected in the court documents. This show of remorse is a positive factor going to the exercise of special relief. However, I do not see it as a compelling feature of the case in light of the limited nature of the appellant's admissions at this hearing. His continued denial that he was involved in a race with another vehicle and that it was this conduct, rather than speed coupled with a tire breakdown, that led to Ms. Thorpe's death, is not to his credit. While the appellant takes responsibility for his excessive speed, he does not acknowledge or take responsibility for his specific reckless conduct, involving, as it does, street-racing on a public roadway.

...

Counsel for the appellant made lengthy submissions contending that it is not the function of the Division to mete out further punishment to this appellant for his offence. Counsel is entirely correct that it would be inappropriate for the panel to take that role upon itself. The criminal justice system has spoken with respect to the appellant's guilt and handed down a sentence consistent with principles of sentencing in Canada. The role of the Division is distinct and

suivi la norme de contrôle applicable, il m'incombe, au stade de l'appel, de me pencher sur la décision de la Commission en appliquant la norme de contrôle applicable, c'est-à-dire celle de la décision raisonnable (voir l'arrêt *Dr Q.*, au paragraphe 43).

#### Application de la norme de la décision raisonnable

[15] La Commission a examiné, directement au paragraphe 15 de ses motifs [*Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL)], et indirectement, au paragraphe 23, le facteur de la possibilité de réadaptation. En voici le texte :

En me penchant sur le deuxième facteur énoncé dans la décision *Ribic*, j'ai pris en considération les expressions de remords de l'appelant pour sa participation à l'infraction, la possibilité qu'il se réadapte et les risques qu'il récidive. Le fait que l'appelant continue de nier que c'est sa participation à une « course de rue » qui a eu des conséquences tragiques est une source de complications pour le tribunal. À mon avis, le rejet continu d'une partie de sa culpabilité dénote que l'appelant ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite. Je garde en même temps à l'esprit que l'appelant a montré quelques remords à l'audience pour son excès de vitesse sur la voie publique et note que le juge de première instance a constaté de même, comme en font foi les actes judiciaires. Cette expression de remords est un facteur favorable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, elle ne ressort pas, à mon sens, comme une caractéristique irrésistible en l'espèce étant donné les admissions mitigées de l'appelant à l'audience. Son refus de reconnaître qu'il prenait part à une course contre un autre véhicule et que c'est cette conduite, et non la vitesse jumelée à la crevaison, qui a entraîné la mort de M<sup>me</sup> Thorpe, joue contre l'appelant. Ce dernier accepte sa responsabilité en ce qui concerne la vitesse excessive, mais il ne reconnaît pas la conduite téméraire précise qui l'a mené à faire une course automobile sur une voie publique ou en rejette la responsabilité.

[...]

Le conseil de l'appelant a présenté de longues observations pour faire valoir qu'il n'appartient pas à la SAI d'infliger une peine additionnelle à l'appelant pour l'infraction que ce dernier a commise. Il a d'ailleurs tout à fait raison : le tribunal serait malvenu d'assumer un tel rôle. Le système de justice pénale a déterminé la culpabilité de l'appelant et lui a infligé une peine en conformité avec les principes de la détermination de la peine au Canada. Le rôle de la SAI est différent de celui

separate from the criminal courts. This is an application for discretionary relief. Domestic immigration legislation provides that a removal order may be made as against permanent residents who are inadmissible on the grounds of serious criminality. When an appeal is taken from a removal order, the Division must look at all the circumstances in any given case, weigh the various factors both supportive and non-supportive of special relief and reach a determination. Counsel for the appellant urges the panel to conclude the appellant is not a danger to the Canadian public and, on that basis, find in the appellant's favour. While noting the trial judge's conclusions with respect to likelihood of re-offence and the absence of a prior criminal record, the fact is that, given the failure of the appellant to acknowledge his conduct and accept responsibility for his reckless behaviour, particularly street-racing with another vehicle on a public roadway, there is insufficient evidence upon which I can make a determination that the appellant does not represent a present risk to the public. Even were I to do so, in balancing all the relevant factors, I determine the scale does not tip in the appellant's favour and decline to exercise favourable discretion in all the circumstances of this case.

[16] It strikes me that the Board, in paragraph 15, sets out from the start what it proposes to do, that is consider "the appellant's expressions of remorse for his involvement in the offence, the possibility of the appellant's rehabilitation and the likelihood of re-offence." However, it devotes the totality of its following analysis to the remorse issue, does not say a word about rehabilitation and re-offence and, in the following paragraph, "mov[es] on to review other relevant circumstances in this case." In other words the Board fails to do in full the exercise that it is mandated to do and which it itself stated it would be doing.

[17] It also strikes me that when the Board, in paragraph 23, comes back indirectly to the rehabilitation factor, it merely acknowledges the findings of the British Columbia courts in that regard, which are favourable to the appellant, and does not explain why it comes to the contrary conclusion that the rehabilitation factor militates against the appellant. The whole of the evidence with respect to the conduct of the appellant after his sentencing undisputedly strengthens the findings of the criminal courts. Yet, the Board ignores that evidence and those findings.

des tribunaux pénaux. Il s'agit en l'espèce d'une demande de mesure spéciale. La législation canadienne en matière d'immigration prévoit que le résident permanent déclaré interdit de territoire pour grande criminalité peut être renvoyé du pays. Lorsqu'elle est saisie d'un appel relatif à une mesure de renvoi, la SAI doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, mettre en équilibre les divers facteurs qui jouent pour et contre la prise d'une mesure spéciale et rendre une décision en conséquence. Le conseil de l'appellant presse le tribunal de conclure que l'appellant ne constitue pas un danger pour la société canadienne, et partant, de rendre une décision favorable à l'appellant. Je prends bonne note des conclusions du juge de première instance pour ce qui est des risques de récidive et l'absence de casier judiciaire, mais il n'en demeure pas moins, puisque l'appellant refuse de reconnaître sa conduite et d'accepter la responsabilité des conséquences découlant de sa conduite insouciance, savoir s'engager dans une course automobile sur la voie publique, qu'il y a trop peu de preuve qui me permettrait de conclure que l'appellant ne représente pas un risque pour le public. Même si j'en arrivais à une telle conclusion, je suis d'avis que les facteurs pertinents soupesés ne feraient pas pencher la balance en faveur de l'appellant et je refuse, pour cette raison, de prendre des mesures spéciales vu les circonstances de l'espèce.

[16] Au paragraphe 15, la Commission expose d'emblée ce qu'elle se propose de faire, c'est-à-dire prendre en compte « les expressions de remords de l'appellant pour sa participation à l'infraction, la possibilité qu'il se réadapte et les risques qu'il récidive ». Cependant, à ma grande surprise, je constate qu'elle consacre la totalité de son analyse à la question du remords et elle ne dit pas un mot de la possibilité de réadaptation ou de récidive, puis, au paragraphe suivant, elle poursuit « l'examen des autres circonstances pertinentes en l'espèce ». Autrement dit, la Commission néglige de faire intégralement la tâche qu'elle est tenue d'accomplir et qu'elle a dit elle-même qu'elle accomplirait.

[17] En outre, je constate également à ma grande surprise que, lorsque la Commission, au paragraphe 23 de sa décision, revient indirectement sur le facteur de la possibilité de réadaptation, elle prend simplement acte des constats des tribunaux de la Colombie-Britannique sur ce point, constats qui sont favorables à l'appellant, sans expliquer pourquoi elle tire la conclusion opposée et défavorable à l'appellant en ce qui a trait au facteur de la possibilité de réadaptation. La totalité de la preuve se rapportant à la conduite de l'appellant après l'imposition de sa peine va incontestablement dans le sens des



[18] It clearly appears from the transcripts of the hearing that the presiding member—who wrote the majority decision—and counsel for the Crown, had some kind of fixation with the fact that the offence was related to street racing, to such a point that the hearing, time and time again, was transformed into a quasi-criminal trial, if not into a new criminal trial. The appellant was confronted by, and confused with, questions pertaining to legal definitions, such as that of criminal intent and criminal negligence, with respect to which he did not have of course, nor could he have been expected to have, any knowledge. Questions were also put to him which were obvious attempts to revisit and correct findings made by the British Columbia courts. It was as if the Board, or at least its presiding member, disagreed with the criminal sentence imposed on the appellant and saw in the H&C decision an opportunity to redress the situation.

[19] Needless to say, it is not the role of the Board to second-guess decisions of the criminal courts. The words I used in a slightly different context in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 409 (F.C.A.), at paragraph 39, are quite applicable to this case:

It is simply not open to the Minister's delegate to indirectly or collaterally go beyond the actual conviction.

[20] In the end, this decision is an unreasonable one, a decision, to use the words of Iacobucci J. in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 56,

... that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination.

constats des juridictions pénales. Or, la Commission passe sous silence cette preuve ainsi que ces constats.

[18] Il ressort manifestement du procès-verbal de l'audience que le président de l'audience—qui est l'auteur de la décision des membres majoritaires de la SAI—et l'avocat de la Couronne ont été quelque peu obnubilés par le fait que l'infraction se rapportait à une course de rue, à telle enseigne que, à plusieurs reprises, l'audience a pris l'allure d'un procès quasi-pénal, pour ne pas dire d'un nouveau procès pénal. L'appelant a dû répondre à des questions portant sur des définitions juridiques, questions qui l'ont laissé perplexe, par exemple la définition de l'intention criminelle et celle de la négligence criminelle, des questions à propos desquelles il ne savait évidemment rien et à propos desquelles on ne devait pas s'attendre à ce qu'il sache quoi que ce soit. Des questions lui ont aussi été posées, qui constituaient manifestement des tentatives de réexamen et de rectification des conclusions tirées par les tribunaux de la Colombie-Britannique. On eût dit que la Commission, ou du moins le président de l'audience, exprimait son désaccord avec la peine imposée à l'appelant et voyait dans la décision relative aux motifs d'ordre humanitaire une occasion de corriger le tir.

[19] Inutile de dire qu'il n'appartient pas à la Commission de réexaminer les décisions des juridictions pénales. Les observations que j'ai faites, dans un contexte légèrement différent, dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 409 (C.A.F.), au paragraphe 39, sont tout à fait pertinentes en l'espèce :

[...] il n'est tout simplement pas loisible au représentant du ministre d'aller, indirectement ou accessoirement, au-delà de la déclaration de culpabilité en cause.

[20] En fin de compte, cette décision est déraisonnable, ou, pour reprendre les propos du juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 56, une décision :

[...] qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé.

[21] In the circumstances, I need not address the other issues raised by the appellant.

#### Disposition

[22] For these reasons I have formed the opinion that the decision of the Board should be set aside.

[23] I would allow the appeal, set aside the decision of the applications Judge, allow the application for judicial review, set aside the decision of the Board and send the matter back to the Board for reconsideration by a differently constituted panel.

[24] With respect to the two questions certified:

- (i) Is the appropriate standard of review for a decision of the Immigration Appeal Division, denying special relief on humanitarian and compassionate considerations pursuant to paragraph 67(1) of the IRPA, one of patent unreasonableness?
- (ii) In the event that the answer to question number (i) is the affirmative, was it patently unreasonable for the Immigration Appeal Division to have denied special relief, where the person to be removed for serious criminality had not been incarcerated for the crimes in issue?

[25] I would answer the first one in the negative and state that the appropriate standard of review is that of reasonableness. Even though I do not need to answer the second question because of the way it is framed, I will say that whatever the standard applicable, the certification of questions of that nature should not be encouraged because at the end of the day they invite this Court to transform into legal principles what is nothing more than the consideration of a given factor in given circumstances.

MALONE J.A.: I agree.

\* \* \*

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

[21] Dans ces conditions, il ne m'est pas nécessaire de me pencher sur les autres questions soulevées par l'appelant.

#### Dispositif

[22] Pour ces motifs, je suis d'avis que la décision de la Commission doit être annulée.

[23] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement de première instance, de faire droit à la demande de contrôle judiciaire, d'annuler la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à une autre formation de la Commission, pour nouvel examen.

[24] Les deux questions certifiées étaient les suivantes :

- (i) La décision manifestement déraisonnable est-elle la norme de contrôle judiciaire qu'il faut appliquer à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration qui refuse que des mesures spéciales soient prises sur la base de considérations humanitaires, conformément au paragraphe 67(1) de la LIPR?
- (ii) Si la réponse à la première question est affirmative, était-il manifestement déraisonnable de la part de la Section d'appel de l'immigration de refuser que des mesures spéciales soient prises alors que la personne qui devait être renvoyée pour grande criminalité n'avait pas été incarcérée pour les crimes en question?

[25] Je répondrais à la première question par la négative et dirais que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Même s'il ne m'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question en raison de la manière dont elle est posée, je dirai que, quelle que soit la norme applicable, l'idée de certifier des questions de cette nature ne devrait pas être encouragée parce que, en définitive, elles invitent la Cour à élever en principes juridiques le simple examen d'un facteur donné, dans des circonstances données.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

\* \* \*

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

[26] DESJARDINS J.A. (dissenting): This is an appeal of a decision rendered by Lutfy C.J. dismissing the application for judicial review of the appellant with regard to a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD). The IAD declined to exercise the discretionary jurisdiction provided by paragraph 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) to grant special relief on humanitarian and compassionate considerations from a removal order issued pursuant to paragraph 36(1)(a) of the Act, which reads:

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

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

[27] The power of the IAD to grant special relief pursuant to paragraph 67(1)(c) of the Act reads:

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

...

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case. [Emphasis added.]

[28] The appellant, Mr. Khosa, a permanent resident of Canada, was born in India in 1982. He immigrated to Canada with his parents in 1996 at the age of 14. Both he and another accused, Bahadur Singh Bhalru, were convicted of criminal negligence causing death contrary to paragraph 220(b) [as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 141] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as a result of their participation in an automobile race during the evening of November 13, 2000. The incident occurred along Marine Drive in Vancouver. It ended with the death of an innocent pedestrian who was struck by the

[26] LAJUGE DESJARDINS, J.C.A. (dissidente) : Appel est interjeté d'un jugement du juge en chef Lutfy rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI). La SAI a refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 67(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), c'est-à-dire le pouvoir de prendre, pour des motifs d'ordre humanitaire, des mesures spéciales rendant inexecutable la mesure de renvoi prononcée conformément à l'alinéa 36(1)a) de la Loi, ainsi rédigé :

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

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

[27] Le pouvoir de la SAI de prendre des mesures spéciales en application de l'alinéa 67(1)c) de la Loi est formulé ainsi :

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

[. . .]

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a—compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché—des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales. [Je souligne.]

[28] L'appelant, M. Khosa, est résident permanent du Canada; il est né en Inde en 1982. Il a immigré au Canada avec ses parents en 1996, à l'âge de 14 ans. Lui et un autre accusé, Bahadur Singh Bhalru, ont tous deux été déclarés coupables de négligence criminelle causant la mort, infraction réprimée par l'alinéa 220b) [mod. par L.C. 1995, ch. 39, art. 141] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 : ils avaient participé à une course de rue durant la soirée du 13 novembre 2000. Les faits se sont produits à la Marine Drive, à Vancouver. Ils se sont soldés par le décès d'une piétonne innocente qui a

appellant's vehicle. The appellant and Mr. Bhalru received a conditional sentence of two years less a day with various conditions attached. The appellant appealed his conviction and sentence. Both appeals were dismissed.

[29] Mr. Khosa was declared inadmissible for serious criminality pursuant to paragraph 36(1)(a) of the Act and was ordered to be removed from Canada by the Immigration Division (A.B., Vol. 1, at page 000394). He appealed his removal order. He did not challenge the validity of his removal order but rather sought special relief on the basis of humanitarian and compassionate considerations. The majority of the IAD dismissed his appeal.

[30] The applications Judge dismissed the application for judicial review and certified the following two questions:

- (i) Is the appropriate standard of review for a decision of the Immigration Appeal Division, denying special relief on humanitarian and compassionate considerations pursuant to paragraph 67(1) of the IRPA, one of patent unreasonableness?
- (ii) In the event that the answer to question number (i) is the affirmative, was it patently unreasonable for the Immigration Appeal Division to have denied special relief, where the person to be removed for serious criminality had not been incarcerated for the crimes in issue?

#### ISSUES

[31] This appeal raises three issues, namely:

- (1) Whether the appropriate standard of review of a decision of the IAD, denying special relief on humanitarian and compassionate considerations pursuant to paragraph 67(1)(c) of the Act, is one of patent unreasonableness;
- (2) whether the standard of review was properly applied by the applications Judge in reviewing the decision of the IAD;

été frappée par le véhicule de l'appellant. L'appellant et M. Bhalru ont été condamnés à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour avec sursis, assortie de diverses conditions. L'appellant a fait appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, ainsi que de la peine imposée. Les deux appels ont été rejetés.

[29] M. Khosa a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité, aux termes de l'alinéa 36(1)a) de la Loi, et une mesure de renvoi a été prononcée contre lui par la Section de l'immigration (D.A., vol. 1, à la page 000394). Il a fait appel de la mesure de renvoi prononcée contre lui. Il n'a pas contesté la validité de la mesure de renvoi, mais a plutôt sollicité des mesures spéciales fondées sur des motifs d'ordre humanitaire. Les commissaires majoritaires de la SAI ont rejeté son appel.

[30] Le juge de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire et certifié les deux questions suivantes :

- (i) La décision manifestement déraisonnable est-elle la norme de contrôle judiciaire qu'il faut appliquer à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration qui refuse que des mesures spéciales soient prises sur la base de considérations humanitaires, conformément au paragraphe 67(1) de la LIPR?
- (ii) Si la réponse à la première question est affirmative, était-il manifestement déraisonnable de la part de la Section d'appel de l'immigration de refuser que des mesures spéciales soient prises alors que la personne qui devait être renvoyée pour grande criminalité n'avait pas été incarcérée pour les crimes en question?

#### QUESTIONS EN LITIGE

[31] Le présent appel soulève les trois points suivants :

- 1) La décision manifestement déraisonnable est-elle la norme de contrôle judiciaire qu'il faut appliquer à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration qui refuse que des mesures spéciales soient prises sur la base de considérations humanitaires, conformément à l'alinéa 67(1)c) de la LIPR?
- 2) La norme de contrôle a-t-elle été correctement appliquée par le juge de première instance lorsqu'il a examiné la décision de la SAI?

(3) in the event that the answer to question (1) is in the affirmative, whether it was patently unreasonable for the Immigration Appeal Division to have denied special relief where the person to be removed for serious criminality had not been incarcerated for the crimes in issue.

(1) THE STANDARD OF REVIEW OF A DECISION OF THE IAD

[32] In *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, the Supreme Court of Canada appears to have deviated from its long-standing practice of determining, through the pragmatic and functional analysis, the standard of review applicable to a decision of the IAD on a deportation order. The Supreme Court proceeded rather in accordance with paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. In *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392 (F.C.A.), this Court discussed the decision of the Supreme Court of Canada in *Mugesera* and concluded, at paragraph 67, that it is nevertheless wise to apply the pragmatic and functional analysis until the Supreme Court of Canada provides a clear direction not to do so.

[33] The overall aim of the pragmatic and functional analysis is to discern the legislative intent. Four contextual factors must be considered in order to determine the degree of deference owed to the decision being reviewed. These factors are: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (3) the purpose of the legislation and the provision in particular, and (4) the nature of the question.

[34] I find, on the first factor, that the leave and the certification clauses (subsection 72(1) and paragraph 74(d) respectively of the Act), which lie somewhere between a privative clause and a statutory right of appeal but are neither, are not in themselves helpful in

3) Si la réponse à la première question est affirmative, était-il manifestement déraisonnable de la part de la Section d'appel de l'immigration de refuser que des mesures spéciales soient prises alors que la personne qui devait être renvoyée pour grande criminalité n'avait pas été incarcérée pour les crimes en question?

1) LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE À UNE DÉCISION DE LA SAI

[32] Dans l'arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, la Cour suprême du Canada semble s'être écartée de la pratique suivie depuis longtemps consistant à déterminer, après analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable à la décision de la SAI de prononcer une mesure d'expulsion. La Cour suprême a plutôt décidé d'invoquer l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Dans l'arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392, la Cour d'appel fédérale, après examen de l'arrêt *Mugesera* rendu par la Cour suprême du Canada, a conclu, au paragraphe 67, qu'il est néanmoins sage de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada désavoue clairement cette démarche.

[33] Le but général de l'analyse pragmatique et fonctionnelle est de dégager l'intention du législateur. Il faut tenir compte de quatre facteurs contextuels pour connaître le degré de retenue que commande la décision visée par le recours en contrôle judiciaire. Il s'agit des facteurs suivants : 1) la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi; 2) la spécialisation du tribunal administratif par rapport à celle de la juridiction de contrôle concernant le point soulevé; 3) l'objet du texte de loi, et celui de la disposition concernée, et 4) la nature de la question.

[34] S'agissant du premier facteur, je conclus que les dispositions visant respectivement la demande d'autorisation et les questions à certifier (c'est-à-dire le paragraphe 72(1) et l'alinéa 74d) respectivement de la Loi), dispositions qui se situent quelque part entre une clause

ascertaining the level of deference owed to the IAD decision.

[35] The second factor requires the consideration of three elements: (1) the expertise of the tribunal in question; (2) the Court's expertise relative to that of the tribunal; and (3) the nature of the specific issue before the administrative decision maker in relation to this expertise: see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 33.

[36] In *Pushpanathan*, the Supreme Court of Canada stated, with respect to the Convention Refugee Determination Division's expertise, that "[t]he expertise of the Board is in accurately evaluating whether the criteria for refugee status have been met and, in particular, in assessing the nature of the risk of persecution faced by the applicant if returned to his or her country of origin" (at paragraph 47). It can be said, in the case at bar, that the expertise of the IAD lies in accurately evaluating whether the criteria for an exemption on compassionate and humanitarian considerations have been met. This is the type of determination that the IAD is regularly called upon to make. The inquiry is highly fact-based and contextual and "involves a considerable appreciation of the facts of that person's case, and is not one which involves the application or interpretation of definitive legal rules": see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 61. On this basis, I find that the IAD's expertise lies in matters of fact-finding.

[37] The Federal Court has greater expertise than the IAD on questions of law. It does not, however, have greater expertise than the IAD on questions of fact. The IAD is in a better position than the Court to appreciate and weigh the evidence and to make findings on credibility and trustworthiness. Here, the IAD was called upon to consider, in light of the circumstances of the case, the factors developed in *Ribic v. Canada (Minister*

privative et un droit d'appel, mais ne sont ni l'un ni l'autre, n'indiquent pas vraiment le niveau de retenue judiciaire que commande la décision de la SAI.

[35] Le deuxième facteur exige la prise en compte de trois éléments : 1) la spécialisation du tribunal administratif concerné; 2) la spécialisation de la Cour par rapport à celle du tribunal administratif; et 3) la nature de la question particulière soumise au décideur administratif compte tenu de cette spécialisation : voir l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 33.

[36] Dans l'arrêt *Pushpanathan*, la Cour suprême du Canada a dit, au sujet de la spécialisation de la Section du statut de réfugié, que « [l]'expertise de la Commission consiste à apprécier de façon exacte si les critères nécessaires pour obtenir le statut de réfugié ont été respectés et, plus particulièrement, à apprécier la nature du risque de persécution auquel sera confronté le requérant s'il est renvoyé dans son pays d'origine » (au paragraphe 47). On peut dire en l'espèce que la spécialisation de la SAI consiste à apprécier précisément si les conditions d'une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire sont remplies, ou non. C'est là le genre de décision que la SAI est régulièrement appelée à rendre. La question est une question contextuelle et fortement tributaire des faits, qui « demande principalement l'appréciation de faits relatifs au cas d'une personne et ne porte pas sur l'application ni sur l'interprétation de règles de droit précises » : voir l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 61. Je conclus donc que la spécialisation de la SAI réside dans la constatation de faits.

[37] La Cour fédérale dispose d'une compétence plus élevée que celle de la SAI en ce qui a trait aux questions de droit. En ce qui concerne les questions de fait, sa compétence n'est cependant pas plus élevée que celle de la SAI. La SAI est mieux placée que la Cour pour apprécier et peser les éléments de preuve et pour se prononcer sur la crédibilité d'un témoin ou la véracité d'un témoignage. Dans cette affaire, la SAI devait tenir

of *Employment and Immigration*), [1985] I.A.D.D. No. 4 (QL), subsequently confirmed by the Supreme Court of Canada in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, in order to determine whether it should exercise its discretion to grant an exemption on compassionate and humanitarian considerations having regard to the appellant's inadmissibility for serious criminality. These are factors that the IAD itself has developed and has been applying for over 15 years (*Chieu*, at paragraph 41).

[38] The third factor, the purpose of the legislation, reflects the intent of Parliament to grant to the IAD a broad discretion to allow permanent residents facing removal orders to remain in Canada if it would be equitable to do so: *Chieu*, at paragraph 66. The fact, however, that the matter to be decided is not polycentric, since it relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government rather than the balancing of interest of various constituencies, may diminish the expected deference.

[39] Finally, the question of whether an individual is entitled to an exemption on compassionate and humanitarian considerations is a question of mixed fact and law, which relates to the application of a legal test to the facts of the case. Questions of fact and questions of mixed fact and law are entitled to a high level of deference.

[40] Considering that the second and the fourth factors (expertise and nature of the question, respectively) weigh in favour of a high level of deference and that the third factor (purpose of the legislation) gives a wide discretion to the IAD, I conclude that the appropriate standard is that of patent unreasonableness.

[41] The applications Judge did not err in reaching that conclusion. The parties have not disputed it.

compte, au vu des circonstances du dossier, des facteurs exposés dans la décision *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), facteurs ultérieurement confirmés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, pour décider si elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire et accorder à l'appelant une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire compte tenu de l'interdiction de territoire prononcée contre l'appelant pour grande criminalité. Il s'agit là de facteurs que la SAI elle-même a construits et qu'elle applique depuis plus de 15 ans (arrêt *Chieu*, au paragraphe 41).

[38] Le troisième facteur, à savoir l'objet du texte de loi, traduit l'intention du législateur de conférer à la SAI le large pouvoir d'autoriser des résidents permanents frappés de mesures de renvoi à demeurer au Canada lorsqu'il est équitable de le faire : arrêt *Chieu*, au paragraphe 66. Cependant, le point à décider n'est pas polycentrique, puisqu'il concerne directement les droits et intérêts d'une personne dans ses rapports avec l'État, plutôt que la mise en balance des intérêts de divers groupes, ce qui peut avoir pour effet de diminuer le degré de retenue judiciaire.

[39] Finalement, la question de savoir si l'intéressé a droit à une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire est une question mixte de droit et de fait, qui se rattache à l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits. Les questions de fait et les questions mixtes de droit et de fait appellent un degré élevé de retenue.

[40] Puisque les deuxième et quatrième facteurs (à savoir la compétence de la SAI et la nature de la question) militent en faveur d'un degré élevé de retenue et que le troisième facteur (l'objet du texte de loi) confère une grande latitude à la SAI, je conclus que la norme applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable.

[41] Le juge de la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant en ce sens. Les parties n'ont pas contesté sa conclusion à cet égard.

(2) WAS THE ABOVE STANDARD OF REVIEW PROPERLY APPLIED BY THE APPLICATIONS JUDGE IN REVIEWING THE DECISION OF THE IAD?

The decision of the IAD

[42] The majority of the IAD considered all of the testimonial and documentary evidence and applied each of the *Ribic* factors. It gave significant weight to the fact that the appellant, while having expressed remorse, continued to deny that he participated in a street race. The majority of the IAD was of the view that this attitude on the part of the appellant revealed that he lacked insight into his conduct. Although his show of remorse was a positive factor going to the exercise of special relief, the majority of the IAD determined that it was not a compelling feature in light of the limited nature of the appellant's admission at the hearing. The majority of the IAD concluded at paragraphs 23 and 24 of its reasons:

Counsel for the appellant urges the panel to conclude the appellant is not a danger to the Canadian public and, on that basis, find in the appellant's favour. While noting the trial judge's conclusion with respect to likelihood of re-offence and the absence of a prior criminal record, the fact is that, given the failure of the appellant to acknowledge his conduct and accept responsibility for his reckless behaviour, particular street-racing with another vehicle on a public roadway, there is insufficient evidence upon which I can make a determination that the appellant does not represent a present risk to the public. Even were I to do so, in balancing all the relevant factors, I determine the scale does not tip in the appellant's favour and decline to exercise favourable discretion in all the circumstances of this case.

I have considered the viability of a stay of execution of the removal order in the circumstances of this case. In looking to all relevant factors, including the appellant's circumstances and his family circumstances, however, I conclude special relief by way of a stay is not warranted in the facts of this case. The appellant's failure to acknowledge or take responsibility for his specific reckless conduct does not suggest that any purpose would be served by staying the present removal order.

[43] The dissent was prepared to grant a stay of the removal order for a period of three years.

2) LA NORME DE CONTRÔLE CI-DESSUS A-T-ELLE ÉTÉ CORRECTEMENT APPLIQUÉE PAR LE JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE LORSQU'IL A EXAMINÉ LA DÉCISION DE LA SAI?

La décision de la SAI

[42] Les commissaires majoritaires de la SAI ont passé en revue toutes les preuves testimoniales et documentaires et appliqué chacun des facteurs de la décision *Ribic*. Ils ont accordé de l'importance au fait que l'appelant, tout en ayant exprimé du remords, a continué de nier qu'il avait participé à une course de rue. Ils ont exprimé l'avis que cette attitude de la part de l'appelant montrait qu'il ne saisissait pas bien toute la portée de sa conduite. Le remords qu'il a montré était un facteur qui militait en faveur de la prise de mesures spéciales, mais les commissaires majoritaires ont estimé que ce n'était pas là un élément décisif vu la portée restreinte de l'aveu de l'appelant au cours de l'audience. Ils ont conclu ainsi, aux paragraphes 23 et 24 de leurs motifs :

Le conseil de l'appelant presse le tribunal de conclure que l'appelant ne constitue pas un danger pour la société canadienne, et partant, de rendre une décision favorable à l'appelant. Je prends bonne note des conclusions du juge de première instance pour ce qui est des risques de récidive et l'absence de casier judiciaire, mais il n'en demeure pas moins, puisque l'appelant refuse de reconnaître sa conduite et d'accepter la responsabilité des conséquences découlant de sa conduite insouciance, savoir s'engager dans une course automobile sur la voie publique, qu'il y a trop peu de preuve qui me permettrait de conclure que l'appelant ne représente pas un risque pour le public. Même si j'en arrivais à une telle conclusion, je suis d'avis que les facteurs pertinents soupesés ne feraient pas pencher la balance en faveur de l'appelant et je refuse, pour cette raison, de prendre des mesures spéciales vu les circonstances de l'espèce.

J'ai tenu compte des chances de succès du sursis à l'exécution de la mesure de renvoi dans les circonstances, mais j'en arrive à la conclusion, compte tenu de tous les facteurs pertinents, y compris la situation de l'appelant et celle de sa famille, que les faits de l'espèce ne justifient pas la prise de mesures spéciales. Le défaut de l'appelant de reconnaître ou d'accepter sa responsabilité à l'égard de la conduite précise qu'il a adoptée laisse entendre qu'il ne servirait à rien de surseoir à la mesure de renvoi en cause.

[43] Le commissaire dissident était disposé à suspendre pour trois ans l'exécution de la mesure de renvoi.



### The appellant's contentions

[44] The appellant says the majority opinion is patently unreasonable. The members of the majority disputed the findings of fact of the criminal courts without having the benefit of a thoughtful process. They gave excessive weight to some of what the British Columbia courts said and no weight to other parts of their reasons for judgment. In particular, the majority of the IAD placed great emphasis on the appellant's apparent denial that he was involved in a street race. They completely ignored the fact that Mr. Khosa had extreme remorse and also that he was, as described by the criminal courts, in a "spontaneous race" with clear limits, such as his always stopping at a red light. Also, says the appellant, the majority members showed total disregard for the appellant's testimony about the family farm in India and drew unreasonable conclusions from his testimony.

### ANALYSIS

#### The remorse and the street racing

[45] The appellant testified before the IAD through the aid of an interpreter but did not testify before the criminal courts.

[46] On the issue of remorse, during his testimony before the IAD, the appellant apologized to the family members of the deceased pedestrian for what had happened. The trial Judge [*R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221, at paragraph 56] in the criminal proceedings, Madam Justice Loo, found that "by his actions immediately after learning of Ms. Thorpe's death and since the accident, that he [the appellant] has expressed remorse" (A.B., Vol. 1, at pages 000386-000387). This was noted by the B.C. Court of Appeal [*sub nom. R. v. Bhalru* (2003), 190 B.C.A.C. 42 (C.A.)] which also commented favourably on Mr. Khosa's prospect for rehabilitation.

[47] On the issue of racing, the appellant acknowledged before the IAD that he was "speeding" and that his

### La thèse de l'appellant

[44] L'appellant soutient que l'opinion des commissaires majoritaires est manifestement déraisonnable. Les commissaires majoritaires ont mis en doute les conclusions de fait des juridictions pénales sans avoir eu l'avantage d'une procédure réfléchie. Ils ont accordé un poids excessif à certaines des observations des tribunaux de la Colombie-Britannique et aucun poids à d'autres éléments des motifs de leurs jugements. Ils ont notamment fait une large place au fait que l'appellant niait manifestement avoir été impliqué dans une course de rue. Ils ont totalement laissé de côté le fait que M. Khosa était rongé de remords et aussi qu'il s'était trouvé, comme l'avaient dit les juridictions pénales, dans une « course spontanée » assortie de limites précises, par exemple le fait qu'il stoppait toujours son véhicule à un feu rouge. En outre, de dire l'appellant, les commissaires majoritaires n'ont fait absolument aucun cas de son témoignage concernant la ferme familiale en Inde et ont tiré des conclusions déraisonnables à partir de son témoignage.

### ANALYSE

#### Le remords et la course de rue

[45] L'appellant a témoigné devant la SAI avec l'aide d'un interprète, mais n'avait pas témoigné devant les juridictions pénales.

[46] Sur la question du remords de l'appellant, au cours de son témoignage devant la SAI, il a présenté ses excuses aux proches de la femme décédée des suites du malheureux accident. La juge de première instance [*R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221, au paragraphe 56] qui a présidé à l'instance pénale, la juge Loo, a conclu que, [TRADUCTION] « par sa manière de se comporter immédiatement après avoir appris le décès de M<sup>me</sup> Thorpe, et depuis l'accident, il [l'appellant] a montré du remords » (D.A., vol. 1, pages 000386-000387). Ce point a été noté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique [*sub nom. R. v. Bhalru* (2003), 190 B.C.A.C. 42 (C.A.)], qui a elle aussi fait des observations favorables sur les perspectives de réadaptation de M. Khosa.

[47] En ce qui concerne la course de rue, l'appellant a reconnu devant la SAI qu'il « roulait vite » et que son

“driving behaviour was exceptionally dangerous.” He did not admit however that he was racing (paragraphs 10 and 11 of the reasons for judgment of the applications Judge). The B.C. Court of Appeal [at paragraph 6] stated that “at trial, Loo J. found that Mr. Khosa and Mr. Bhalru engaged their Camaros in a street race along Marine Drive at speeds in excess of 100 kilometers per hour” (A.B., Vol. 1, at page 000266, at paragraph 6). The B.C. Court of Appeal also stated [at paragraph 10] that “Loo J. characterized the contest between Mr. Khosa and Mr. Bhalru as a ‘spontaneous street race’” and that “[s]he distinguished this from the more deliberate and organized industrial races in which ‘committed street racers’ might participate” (A.B., Vol. 1, at page 000266, at paragraph 10).

[48] The IAD referred to the two elements of remorse and street racing in its analysis of the *Ribic* test. The majority wrote, at paragraph 15:

In looking to the second of the *Ribic* factors, I have considered the appellant’s expressions of remorse for his involvement in the offence, the possibility of the appellant’s rehabilitation and the likelihood of re-offence. It is troublesome to the panel that the appellant continues to deny that his participation in a “street-race” led to the disastrous consequences. In my view, his continued denial at hearing of the extent of his culpability reflects a lack of insight into his conduct. At the same time, I am mindful of the appellant’s show of relative remorse at this hearing for his excessive speed in a public roadway and note the trial judge’s finding of this remorse as reflected in the court documents. This show of remorse is a positive factor going to the exercise of special relief. However, I do not see it as a compelling feature of the case in light of the limited nature of the appellant’s admissions at this hearing. His continued denial that he was involved in a race with another vehicle and that it was this conduct, rather than speed coupled with a tire breakdown, that led to Ms. Thorpe’s death, is not to his credit. While the appellant takes responsibility for his excessive speed, he does not acknowledge or take responsibility for his specific reckless conduct, involving, as it does, street-racing on a public roadway.

« comportement au volant était exceptionnellement dangereux ». Il n’a pas reconnu cependant qu’il avait participé à une course (paragraphes 10 et 11 des motifs du jugement de la Cour fédérale). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique [au paragraphe 6] a dit que, [TRADUCTION] « au procès pénal, la juge Loo a conclu que M. Khosa et M. Bhalru avaient engagé leurs Camaros dans une course le long de Marine Drive, à des vitesses dépassant 100 kilomètres à l’heure » (D.A., vol. 1, page 000266, au paragraphe 6). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a aussi dit que [TRADUCTION] « la juge Loo a qualifié de “course spontanée” la compétition engagée entre M. Khosa et M. Bhalru » et que « elle a fait une distinction entre ce genre de course et les courses conçues comme telles et mieux organisées auxquelles des “coureurs automobiles fervents” pourraient participer » (D.A., vol. 1, à la page 000266, au paragraphe 10).

[48] La SAI s’est référée, lorsqu’elle a suivi le critère *Ribic*, aux deux éléments que sont le remords et la course de rue. Les commissaires majoritaires ont fait les observations suivantes, au paragraphe 15 :

En me penchant sur le deuxième facteur énoncé dans la décision *Ribic*, j’ai pris en considération les expressions de remords de l’appelant pour sa participation à l’infraction, la possibilité qu’il se réadapte et les risques qu’il récidive. Le fait que l’appelant continue de nier que c’est sa participation à une « course de rue » qui a eu des conséquences tragiques est une source de complications pour le tribunal. À mon avis, le rejet continu d’une partie de sa culpabilité dénote que l’appelant ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite. Je garde en même temps à l’esprit que l’appelant a montré quelques remords à l’audience pour son excès de vitesse sur la voie publique et note que le juge de première instance a constaté de même, comme en font foi les actes judiciaires. Cette expression de remords est un facteur favorable à l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, elle ne ressort pas, à mon sens, comme une caractéristique irrésistible en l’espèce étant donné les admissions mitigées de l’appelant à l’audience. Son refus de reconnaître qu’il prenait part à une course contre un autre véhicule et que c’est cette conduite, et non la vitesse jumelée à la crevaisson, qui a entraîné la mort de M<sup>me</sup> Thorpe, joue contre l’appelant. Ce dernier accepte sa responsabilité en ce qui concerne la vitesse excessive, mais il ne reconnaît pas la conduite téméraire précise qui l’a mené à faire une course automobile sur une voie publique ou en rejette la responsabilité.

[49] The majority of the IAD gave significant weight to the street racing. It characterized the appellant's remorse as a "relative remorse" whereas the dissenting member assigned less weight to his denial and focused on the fact that the race was spontaneous, unplanned and of short duration.

[50] The applications Judge carefully reviewed the statements of the appellant before the IAD and the findings of the British Columbia criminal courts on the issue of remorse and street racing. He explained, at paragraph 36, that the majority of the IAD "chose to place greater weight on his denial that he participated in a 'race' than others might have." The applications Judge explained that, unlike the criminal courts, the IAD had the opportunity to assess Mr. Khosa's testimony. He concluded that the IAD's assessment was not patently unreasonable (paragraphs 36, 37 and 39 of the applications Judge's reasons for judgment). What he said is the following:

After careful consideration of the record, I am satisfied that the majority members took into consideration the relevant evidence, including the findings of the criminal courts on the issues of "the race" and remorse. In assessing Mr. Khosa's expression of remorse, they chose to place greater weight on his denial that he participated in a "race" than others might have. The IAD conclusion on the issue of remorse appears to differ from that of the criminal courts. The IAD, however, unlike the criminal courts, had the opportunity to assess Mr. Khosa's testimony.

The three-person panel of the IAD, in this case all triers of fact, heard the same testimony and reviewed the same record. Their assessments differ, particularly on the issue of remorse. In the end, on all of the Ribic factors, this Court is being asked to weigh anew the evidence before the IAD. This is not the proper role for a court of judicial review.

...

In summary, I have not been able to conclude that the majority opinion is patently unreasonable or, in the words of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act*, one which was based on an erroneous finding of fact "made in a perverse

[49] Les commissaires majoritaires ont accordé une grande importance à la course de rue. Ils ont qualifié de « relatif » le remords de l'appelant, alors que le commissaire dissident a accordé moins de poids à ses dénégations, et il a mis l'accent sur le fait que la course avait été spontanée, non planifiée et de courte durée.

[50] Le juge de la Cour fédérale a examiné soigneusement les déclarations faites par l'appelant devant la SAI, ainsi que les conclusions des juridictions pénales de la Colombie-Britannique sur la question du remords de M. Khosa et sur celle de la course de rue. Comme il l'a expliqué, au paragraphe 36 de son jugement, les commissaires majoritaires de la SAI « ont choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une "course" ». Il a ajouté que, contrairement aux juridictions pénales, la SAI a eu la possibilité d'apprécier le témoignage de M. Khosa. Il est arrivé à la conclusion que l'évaluation faite par la SAI n'était pas manifestement déraisonnable (paragraphes 36, 37 et 39 des motifs du jugement de la Cour fédérale). Le juge en chef Lutfy s'est exprimé en ces termes :

Après un examen attentif du dossier, je suis convaincu que les commissaires majoritaires ont bien pris en compte la preuve pertinente, y compris les conclusions des cours criminelles sur les questions de « la course » et des remords. Lorsqu'ils ont apprécié l'expression de remords par M. Khosa, ils ont choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une « course ». La conclusion de la SAI sur la question des remords semble différer de celle des cours criminelles. La SAI a toutefois eu l'occasion, ce qui n'a pas été le cas pour les cours criminelles, d'apprécier le témoignage de M. Khosa.

Le tribunal de trois membres de la SAI, tous des juges des faits en l'espèce, a entendu le même témoignage et examiné le même dossier. L'appréciation faite par les membres a divergé, particulièrement sur la question des remords. On demande en bout de ligne à la Cour d'apprécier à nouveau, au regard de l'ensemble des facteurs énoncés dans la décision *Ribic*, la preuve dont la SAI disposait. Ce n'est pas là le rôle d'un tribunal siégeant en révision.

[. . .]

En résumé, je n'ai pu en arriver à la conclusion que l'avis majoritaire était manifestement déraisonnable ou, selon les termes de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qu'il était fondé sur une conclusion de fait erronée « tirée de

or capricious manner or without regard for the material”. Put simply, even if one were more attracted to the minority opinion, the record in this case is such that it would be legally wrong for the Court to set aside the majority decision.

[51] The applications Judge made no reviewable error. The IAD, under paragraph 67(1)(c) of the Act, is mandated to consider “all the circumstances of the case.” The IAD, in the case at bar, did consider the decisions of the criminal courts. But it had to make its own determination in light of the statute to be applied. It conducted its own inquiry in order to determine whether special relief should be granted. In doing so, it was called upon to have regard to the objectives of the Act, as set out in subsection 3(1), including the objectives “to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society” (reasons and decision of the IAD, A.B., Vol. 1, at page 000032). It had the opportunity to observe the appellant during his testimony. This assessment of the IAD is distinct from the one made by the criminal courts.

[52] The majority was obviously preoccupied with what they perceived as the lack of responsibility shown by Mr. Khosa in denying what was a key finding in the criminal courts, namely racing. They felt that in doing so, he did not appreciate the full consequences of his conduct. The other rehabilitation factors, namely “the likelihood of re-offence and the absence of a prior criminal record” (at paragraph 23 of the reasons of the IAD) were outweighed by what they characterized as his “relative remorse” (at paragraph 15 of the reasons of the IAD).

[53] This finding of the majority is well within the domain of the IAD.

#### The family farm

[54] The appellant’s second contention relates to the aggressive questioning conducted by the presiding member of the IAD about the grandfather’s family farm in India and the alleged misconstruction of the evidence by the majority members. The appellant claims that the presiding member failed to retain the fact that following the death of the grandfather, a few days after the

façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments » dont on disposait. Simplement dit, même si l’on devait estimer l’avis dissident plus attrayant, le dossier est tel en l’espèce qu’il serait fautif sur le plan juridique pour la Cour d’annuler la décision majoritaire.

[51] Le juge de la Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle. La SAI a pour mission, en application de l’alinéa 67(1)c) de la Loi, de considérer « les autres circonstances de l’affaire ». En l’espèce, la SAI a bien pris en compte les jugements des juridictions pénales. Cependant, elle devait tirer sa propre conclusion à la lumière du texte à appliquer. Elle a mené sa propre enquête pour savoir si des mesures spéciales devaient être prises. Elle devait, ce faisant, tenir compte des objets de la Loi, exposés au paragraphe 3(1); il s’agit notamment « de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité » (motifs et décision de la SAI, D.A., vol. 1, à la page 000032). Elle a eu le loisir d’observer l’appelant au cours de son témoignage. Cette évaluation faite par la SAI est distincte de celle qu’ont faite les juridictions pénales.

[52] Les commissaires majoritaires ont été évidemment troublés par ce qu’ils ont vu comme l’irresponsabilité manifestée par M. Khosa lorsqu’il a nié ce qui était l’une des conclusions principales des juridictions pénales, à savoir la course de rue. Ils ont donc estimé qu’il ne comprenait pas toutes les conséquences de sa conduite. Les autres facteurs de réadaptation, à savoir les faibles « risques de récidive et l’absence de casier judiciaire » (au paragraphe 23 des motifs de la SAI) étaient neutralisés par un remords qui pour eux était relatif (au paragraphe 15 des motifs de la SAI).

[53] Cette conclusion des commissaires majoritaires relevait tout à fait de la compétence de la SAI.

#### La ferme familiale

[54] La deuxième prétention de l’appelant se rapporte à l’interrogatoire énergique mené par le président de l’audience de la SAI à propos de la ferme familiale du grand-père en Inde, ainsi qu’à la prétendue mauvaise interprétation de la preuve par les commissaires majoritaires. L’appelant dit que le président de l’audience n’a pas retenu le fait que, après le décès du

appellant's involvement in the car accident, the appellant's father planned to sell the family farm in India and return to Canada.

[55] At paragraph 4 of its reasons for judgment, the majority summarized the appellant's testimony that the grandfather had passed away some two months prior to the hearing and that his father was planning to sell the family farm in India and return permanently to Canada with the funds to establish a local business. The majority of the IAD also referred to the fact that Mr. Khosa had a sister residing in India with her husband and children and that they planned to immigrate to Canada in the future. At paragraph 18, the majority referred to this earlier evidence "that, given the recent death of the appellant's grandfather, the appellant's father now wishes to sell the family property and move permanently to Canada." The majority again referred to the sister living in India and to the fact that she and her husband planned to immigrate to Canada in the near future. The members of the majority then concluded that "[p]resently, it is clear there is immediate and extended family in India along with family property, including a family home" (my emphasis).

[56] The duty of the IAD is to assess all the circumstances of the case "at the time that the appeal is disposed of" (paragraph 67(1)a) of the Act). The IAD mentioned the family's future plans but appeared to also give weight to the situation as it was at the time of the hearing. The weight the majority view gave to one part of the appellant's testimony by comparison to the other, namely future plans with all their contingencies, is not for this Court to reassess. It is now settled law that the Court must not second-guess the decisions of the IAD with respect to the weight assigned to the various factors it has to consider.

[57] The appellant's second contention was not addressed by the applications Judge who made a determination only on what he characterized as the

grand-père, quelques jours après l'implication de l'appelant dans l'accident de la route, son père songeait à vendre la ferme familiale en Inde et à revenir au Canada.

[55] Au paragraphe 4 de leurs motifs, les commissaires majoritaires ont résumé le témoignage de l'appelant selon lequel son grand-père était décédé environ deux mois avant l'audience et que le père de l'appelant songeait à vendre la ferme familiale en Inde et à revenir au Canada en permanence avec le produit de la vente pour créer ici une entreprise. Les commissaires majoritaires de la SAI ont aussi évoqué le fait que M. Khosa avait une sœur qui habitait en Inde avec son mari et leurs enfants et qu'ils songeaient à immigrer un jour au Canada. Au paragraphe 18, les commissaires majoritaires se sont référés à ces témoignages antérieurs selon lesquels « le père de l'appelant, étant donné la mort récente de son père, souhaite vendre les terres familiales et s'installer en permanence au Canada ». Ils ont à nouveau évoqué le fait que sa sœur vit en Inde et qu'elle-même et son mari songeaient à immigrer au Canada dans un avenir proche. Les commissaires majoritaires ont alors conclu que « [à] l'heure actuelle, il est clair qu'il y a, en Inde, des membres de la famille immédiate de l'appelant, la famille étendue de ce dernier ainsi que des biens familiaux, incluant une maison familiale » (non souligné dans l'original).

[56] La SAI a pour obligation d'évaluer toutes les circonstances de l'affaire « au moment où il en est disposé » de l'appel (alinéa 67(1)a) de la Loi). Elle a mentionné les projets de la famille, mais semble avoir aussi accordé du poids à la situation telle qu'elle était au moment de l'audience. Il n'appartient pas à la Cour d'apprécier à nouveau l'importance que les commissaires majoritaires ont donnée à une portion du témoignage de l'appelant par rapport à l'autre, à savoir les intentions de la famille, avec tous leurs impondérables. Il est aujourd'hui bien établi en droit que la Cour doit s'abstenir de revenir sur les décisions de la SAI portant sur le poids qu'elle a attribué aux divers facteurs dont elle doit tenir compte.

[57] La deuxième prétention de l'appelant n'a pas été examinée par le juge de la Cour fédérale, qui s'est prononcé uniquement sur ce qu'il a appelé le « principal

“principal submission” made by Mr. Khosa, namely the race and the remorse issue (at paragraph 33 of the applications Judge’s reasons for judgment).

## CONCLUSION

[58] In a recent decision, *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2006] 3 F.C.R. 610 (F.C.A.), at paragraph 14 (leave to the Supreme Court of Canada dismissed [[2006] S.C.C.A. No. 197 (QL)]), this Court stated, with respect to its role on appeal of a decision of the Federal Court on a judicial review application:

However, in more recent cases, the Supreme Court has adopted the view that the appellate court steps into the shoes of the subordinate court in reviewing a tribunal’s decision. . . . The appellate court determines the correct standard of review and then decides whether the standard of review was applied correctly. . . . In practical terms, this means that the appellate court itself reviews the tribunal decision on the correct standard of review. [My emphasis.]

The applications Judge applied the correct standard of review. He made no reviewable error in concluding that the IAD’s decision was not patently unreasonable. The intervention of this Court is not warranted.

(3) IN THE EVENT THAT THE ANSWER TO QUESTION (1) IS IN THE AFFIRMATIVE, WAS IT PATENTLY UNREASONABLE FOR THE IMMIGRATION APPEAL DIVISION TO HAVE DENIED SPECIAL RELIEF WHERE THE PERSON TO BE REMOVED FOR SERIOUS CRIMINALITY HAD NOT BEEN INCARCERATED FOR THE CRIMES IN ISSUE?

[59] In concluding, the applications Judge noted that while the appellant had not been incarcerated, the removal order was nevertheless maintained.

[60] The fact that the person to be removed on account of serious criminality has not been incarcerated for the crimes in issue is not determinative. A conditional sentence constitutes imprisonment. The

argument » avancé par M. Khosa, à savoir sa participation à la course et les remords qu’il a exprimés (au paragraphe 33 des motifs du juge de la Cour fédérale).

## CONCLUSION

[58] Dans un arrêt récent, *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [2006] 3 R.C.F. 610 (C.A.F.), au paragraphe 14 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée [[2006] S.C.C.A. n° 197 (QL)]), la Cour a fait les observations suivantes au sujet de son rôle lorsqu’est formé un appel contre un jugement de la Cour fédérale portant sur une demande de contrôle judiciaire :

Cependant, dans une jurisprudence plus récente, la Cour suprême a adopté le point de vue selon lequel la cour d’appel se met à la place du tribunal de première instance pour réviser la décision administrative [. . .] La cour d’appel établit la norme de contrôle appropriée, puis décide si elle a été appliquée correctement [. . .] Concrètement, cela signifie que la cour d’appel elle-même révisé la décision administrative en appliquant la norme de contrôle approprié [Non souligné dans l’original.]

Le juge de la Cour fédérale a appliqué la bonne norme de contrôle. Il n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle lorsqu’il a dit que la décision de la SAI n’était pas manifestement déraisonnable. L’intervention de la Cour n’est pas justifiée.

3) SI LA RÉPONSE À LA PREMIÈRE QUESTION EST AFFIRMATIVE, ÉTAIT-IL MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE DE LA PART DE LA SECTION D’APPEL DE L’IMMIGRATION DE REFUSER QUE DES MESURES SPÉCIALES SOIENT PRISES ALORS QUE LA PERSONNE QUI DEVAIT ÊTRE RENVOYÉE POUR GRANDE CRIMINALITÉ N’AVAIT PAS ÉTÉ INCARCÉRÉE POUR LES CRIMES EN QUESTION?

[59] En conclusion, le juge de la Cour fédérale a relevé que, même si l’appellant n’avait pas été incarcéré, la mesure de renvoi conservait néanmoins son effet.

[60] Le fait que la personne à renvoyer pour cause de grande criminalité n’a pas été incarcérée pour les actes criminels considérés n’est pas décisif. L’emprisonnement avec sursis demeure un emprisonnement. La

sentence is served in the community rather than in prison: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraphs 20-21; *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, at paragraph 3.

#### CONCLUSION

[61] I would therefore dismiss this appeal and would answer the two certified questions as follows:

(i) Is the appropriate standard of review for a decision of the Immigration Appeal Division, denying special relief on humanitarian and compassionate considerations pursuant to subsection 67(1) of the IRPA, one of patent unreasonableness? Yes.

(ii) In the event that the answer to question number (i) is the affirmative, was it patently unreasonable for the Immigration Appeal Division to have denied special relief, where the person to be removed for serious criminality had not been incarcerated for the crimes in issue? No

peine est purgée dans la collectivité plutôt qu'en milieu carcéral : arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, aux paragraphes 20 et 21; arrêt *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, au paragraphe 3.

#### CONCLUSION

[61] Je rejeterais donc l'appel et répondrais ainsi aux deux questions certifiées :

i) La décision manifestement déraisonnable est-elle la norme de contrôle judiciaire qu'il faut appliquer à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration qui refuse que des mesures spéciales soient prises sur la base de considérations humanitaires, conformément au paragraphe 67(1) de la LIPR? Oui.

ii) Si la réponse à la première question est affirmative, était-il manifestement déraisonnable de la part de la Section d'appel de l'immigration de refuser que des mesures spéciales soient prises alors que la personne qui devait être renvoyée pour grande criminalité n'avait pas été incarcérée pour les crimes en question? Non.

T-507-05  
2007 FC 205

T-507-05  
2007 CF 205

**Pfizer Canada Inc. and Warner-Lambert Company, LLC** (*Applicants*)

**Pfizer Canada Inc. et Warner-Lambert Company, LLC** (*demandereses*)

v.

c.

**The Minister of Health and Ranbaxy Laboratories Limited** (*Respondents*)

**Le ministre de la Santé et Ranbaxy Laboratories Limited** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: PFIZER CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)*

Federal Court, Phelan J.—Toronto, January 29; Ottawa, February 22, 2007.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 29 janvier; Ottawa, 22 février 2007.

*Patents—Practice—Appeal from Prothonotary's decision permitting amendment of notice of application to include allegations previously discontinued based on misrepresentations; extending 24-month stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(1)(e) — Appeal dismissed — Regulations not complete code — Aspects of proceedings thereunder governed by Federal Courts Act, Federal Courts Rules except where conflict with Regulations — R. 77 permitting amendment notwithstanding expiration of relevant limitation period—Regulations, s. 7(4) providing s. 7(1)(e) not applicable in respect of s. 6(1) application if discontinued — Not meaning discontinuances obtained by misrepresentation, fraud should still have legal effect, deprive innocent party of its rights — Regardless, Regulations covering only application as whole, not partial amendments — Furthermore, proceedings can be reinstated.*

*Brevets—Pratique—Appel de la décision du protonotaire autorisant la modification de l'avis de demande pour y ajouter des allégations qui avaient auparavant fait l'objet d'un désistement en raison de fausses déclarations et prorogeant le délai de 24 mois prévu à l'art. 7(1)(e) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Appel rejeté — Le Règlement ne constitue pas un code exhaustif — De nombreux aspects des instances intentées en vertu du Règlement sont régis par la Loi sur les Cours fédérales ou les Règles des Cours fédérales, sauf s'il y a conflit avec le Règlement — La règle 77 autorise une modification malgré l'expiration du délai de prescription — L'art. 7(4) du Règlement dispose que l'art. 7(1)(e) cesse de s'appliquer à l'égard de la demande visée à l'art. 6(1) si celle-ci fait l'objet d'un désistement — Cela ne signifie pas que les désistements obtenus par suite de fausses déclarations ou de fraude devraient avoir un effet juridique, privant une personne de bonne foi de ses droits — Néanmoins, le Règlement ne vise qu'une demande dans son ensemble et non des modifications partielles — Qui plus est, une instance peut reprendre son cours.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 77.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 6(1) (as am. by SOR/2006-242, s. 3), 7(1)(e) (as am. by SOR/98-166, s. 6), (4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 77.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6(1) (mod. par DORS/2006-242, art. 3), 7(1)(e) (mod. par DORS/98-166, art. 6), (4) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*).



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED :

*Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 505; 2004 FC 1049.

## CONSIDERED :

*Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561; (1997), 72 C.P.R. (3d) 170; 208 N.R. 388 (C.A.).

## REFERRED TO :

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 453; 128 F.T.R. 210 (F.C.T.D.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (F.C.A.).

APPEAL from Prothonotary's decision permitting Pfizer to amend its notice of application to include allegations previously discontinued based on Ranbaxy's misrepresentations and extending the 24-month stay under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, paragraph 7(1)(e). Appeal dismissed.

## APPEARANCES :

*John B. Laskin* and *W. Grant Worden* for applicants.  
*Ronald E. Dimock* and *Angela M. Furlanetto* for respondent Ranbaxy Laboratories Limited.  
 No one appearing for respondent Minister of Health.

## SOLICITORS OF RECORD :

*Torys LLP*, Toronto, for applicants.  
*Dimock Stratton LLP*, Toronto, for respondent Ranbaxy Laboratories Limited.

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

PHELAN J.:

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1049.

## DÉCISION EXAMINÉE :

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

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 344 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] A.C.F. n° 1106 (C.A.) (QL).

APPEL de la décision du protonotaire permettant à Pfizer de modifier son avis de demande pour y ajouter des allégations qui avaient auparavant fait l'objet d'un désistement en raison de fausses déclarations de Ranbaxy et prorogeant le délai de 24 mois prévu à l'alinéa 7(1)e) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*John B. Laskin* et *W. Grant Worden* pour les demandereses.  
*Ronald E. Dimock* et *Angela M. Furlanetto* pour la défenderesse Ranbaxy Laboratories Limited.  
 Aucune comparution pour le défendeur le ministre de la Santé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Torys LLP*, Toronto, pour les demandereses.  
*Dimock Stratton LLP*, Toronto, pour la défenderesse Ranbaxy Laboratories Limited.

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

LE JUGE PHELAN :

## I. OVERVIEW

[1] This is an appeal of a decision of the learned Prothonotary granting leave to Pfizer to serve and file a further fresh as amended notice of application and extending the 24-month stay under paragraph 7(1)(e) [as am. by SOR/98-166, s. 6] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (the Regulations).

[2] The issues in this appeal are:

(a) whether a part of an NOC proceeding which has been discontinued can be reinstated; and

(b) whether the learned Prothonotary properly exercised the jurisdiction to extend time.

[3] Ranbaxy Laboratories Limited's (Ranbaxy) principal argument is that once a proceeding in respect of one patent has been discontinued, the 24-month stay in respect of that patent expires and the Regulations create an absolute bar to reviving the proceeding in respect of that patent. Ranbaxy submits that no matter the reason for the discontinuance, even fraud, deception or misrepresentation, the bar is absolute and the only remedies may be in an infringement action.

## II. FACTS

[4] By letter dated January 31, 2005 (the NOA [notice of allegation]), Ranbaxy made allegations under the Regulations with respect to the six patents then listed by Pfizer for its atorvastatin calcium tablets. Specifically Ranbaxy made allegations of non-infringement and invalidity in respect of the '018 and '455 patents.

[5] In Pfizer's notice of application dated March 17, 2005, Pfizer attacked Ranbaxy's allegations in respect of the two patents.

[6] Even before the application was filed, there was an exchange of information in March between the parties

## I. VUE D'ENSEMBLE

[1] La Cour est saisie d'un appel d'une décision par laquelle le protonotaire a accordé à Pfizer l'autorisation de déposer et de signifier un nouvel avis de demande modifié et a prorogé le délai de 24 mois prévu à l'alinéa 7(1)e [mod. par DORS/98-166, art. 6] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement).

[2] Les questions en litige dans le présent appel sont les suivantes :

a) Est-il possible de relancer une instance portant sur un avis de conformité lorsque cette instance a fait l'objet d'un désistement?

b) Le protonotaire a-t-il régulièrement exercé sa compétence en matière de prorogation de délais?

[3] Le principal argument de Ranbaxy Laboratories Limited (Ranbaxy) est qu'une fois qu'une instance portant sur un brevet a fait l'objet d'un désistement, le délai de 24 mois relatif à ce brevet expire et le Règlement empêche de façon absolue de reprendre l'instance en ce qui concerne le brevet en question. Ranbaxy affirme qu'indépendamment du motif du désistement, l'empêchement est absolu (même en cas de fraude, de tromperie ou de fausse déclaration) et que la seule autre voie de recours pourrait être une action en contrefaçon.

## II. LES FAITS

[4] Par lettre datée du 31 janvier 2005 (l'avis d'allégation), Ranbaxy a formulé, en vertu du Règlement, certaines allégations relativement aux six brevets alors inscrits par Pfizer pour ses comprimés d'atorvastatine calcique. Plus précisément, Ranbaxy a présenté des allégations d'absence de contrefaçon et d'invalidité relativement aux brevets '018 et '455.

[5] Dans son avis de demande du 17 mars 2005, Pfizer a contesté les allégations de Ranbaxy relativement aux deux brevets en question.

[6] Avant même le dépôt de la demande, il y a eu en mars un échange d'information entre les parties, portant

including the “March Spectra” data which Ranbaxy says should have alerted Pfizer to what patents and processes would be in issue.

[7] Nevertheless, on March 30, 2005, Pfizer sought reassurances that the March data was intended to comprise the full details of the relevant Ranbaxy product, formulation and manufacture.

[8] Ranbaxy gave that reassurance on April 4, 2005 that “the documents enclosed with the letter of March 11th comprise everything that we have at present that is relevant to the Ranbaxy product, formulation and manufacture”.

[9] As a result of this reassurance and the productions which had been delivered by Ranbaxy, Pfizer amended its application and discontinued its contentions in respect to the '018 and '455 patents. It was the unchallenged evidence of an officer of Pfizer that this would not have occurred but for the actions and assurances of Ranbaxy.

[10] In another later and related proceeding, Ranbaxy's productions showed that the assurances given to Pfizer were not correct. Ranbaxy has acknowledged that certain statements made by it to Pfizer were not accurate due to a miscommunication between the company and its then counsel.

[11] When Pfizer became aware of the true state of affairs, that the assurances received were not entirely accurate, it sought to amend its notice of application to bring the two patents back into this proceeding.

[12] The parties are, in addition to this proceeding, also involved in two other proceedings related to atorvastatin calcium such that the 24-month statutory stay in those proceedings will not expire until May or June 2008.

[13] The Learned Prothonotary allowed Pfizer to amend its application to include again allegations in respect of the '018 and '455 patents, as well as extending the 24-month stay.

notamment sur les données dites de « Spectra mars » qui, selon Ranbaxy, auraient dû permettre à Pfizer de savoir quels brevets et quels procédés seraient en litige.

[7] Néanmoins, le 30 mars 2005, Pfizer a demandé qu'on lui confirme que les données de mars étaient censées comprendre tous les détails relatifs à la formulation et à la fabrication du produit de Ranbaxy.

[8] Ranbaxy a effectivement confirmé, le 4 avril 2005 que [TRADUCTION] « les documents joints à la lettre du 11 mars comprennent tous les renseignements dont nous disposons pour le moment et qui se rapportent à la formulation et à la fabrication du produit de Ranbaxy ».

[9] Par suite de cette confirmation et des éléments produits par Ranbaxy, Pfizer a modifié sa demande et a renoncé aux moyens qu'elle invoquait relativement aux brevets '018 et '455. Un des dirigeants de Pfizer a témoigné—ce qui n'a pas été contesté—que cette renonciation n'aurait pas eu lieu sans les actes et les assurances de Ranbaxy.

[10] Dans une autre instance connexe ultérieure, les éléments produits par Ranbaxy montraient que les assurances données à Pfizer n'étaient pas exactes. Ranbaxy a d'ailleurs reconnu que certaines des déclarations qu'elle avait faites à Pfizer n'étaient pas exactes en raison d'un problème de communication entre la société et l'avocat qui la représentait alors.

[11] Lorsque Pfizer a été mise au courant de la vérité, c'est-à-dire du fait que les assurances reçues n'étaient pas tout à fait exactes, elle a tenté de modifier son avis de demande en vue de réintégrer les deux brevets dans la présente instance.

[12] Outre la présente instance, les parties sont également impliquées dans deux autres instances portant sur l'atorvastatine calcique, de sorte que le délai de 24 mois prévu par la loi n'expirera, dans les deux cas, qu'en mai ou en juin 2008.

[13] Le protonotaire a permis à Pfizer de modifier sa demande pour y inclure de nouveau des allégations portant sur les brevets '018 et '455, en plus de proroger le délai de 24 mois.

### III. ANALYSIS

#### A. Standard of review

[14] As the decision in respect of the amendment to the application is an issue of law and would, if overturned, be final and dispositive in respect of the issues related to the two patents, the standard of review is correctness as to the Court's jurisdiction (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235).

[15] Further, if the Court has jurisdiction, the exercise of that jurisdiction is so important and so final as regards the two patents, it should be considered *de novo*. The decision to extend the statutory stay is not so vital or dispositive and therefore should only be reviewed if there has been a wrong principle applied, based on a misapprehension of facts or clearly wrong.

#### B. Jurisdiction

[16] With the greatest respect, I do not accept Ranbaxy's submissions that the Regulations are a complete code which imports nothing of the Rules [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] or principles in the Rules. I also do not accept the strict constructionist approach taken that would deprive the Court of jurisdiction to remedy a deprivation of rights caused by the actions of the other party, particularly by a misrepresentation which caused the loss of those rights.

[17] The Regulations are not a complete code. There are numerous aspects of NOC proceedings which are governed either by the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] or its Rules. The Regulations enjoy supremacy only in respect of matters which conflict with the more general provisions found in the Act or the Rules.

[18] The fundamental requirement under the Regulations is that an application to the Court must be

### III. ANALYSE

#### A. Norme de contrôle

[14] Comme la décision relative à la modification de la demande constitue une question de droit qui, si elle était infirmée, trancherait de façon définitive et sans appel tous les points litigieux se rapportant aux deux brevets, la norme de contrôle est celle de la décision correcte, en ce qui concerne la compétence de la Cour (voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235).

[15] De plus, si la Cour a compétence, l'exercice de cette compétence est tellement important et irrévocable en ce qui concerne les deux brevets que j'estime qu'il faut la considérer comme une compétence *de novo*. La décision de proroger le délai prévu par la loi n'est pas à ce point vitale ou déterminante et elle ne devrait donc être révisée que s'il y a eu application d'un mauvais principe ou que si l'on s'est fondé sur une appréciation erronée des faits ou si la décision rendue était manifestement erronée.

#### B. Compétence

[16] En toute déférence, je n'accepte pas les arguments de Ranbaxy suivant lesquels le Règlement constitue un code exhaustif qui n'intègre rien des Règles [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] ou des principes des Règles. Je n'accepte pas non plus l'approche constructionniste stricte proposée, qui aurait pour effet de priver la Cour de sa compétence pour réparer un déni de droits causé par les agissements de la partie adverse, surtout lorsque ce déni de droits est attribuable à de fausses déclarations.

[17] Le Règlement ne constitue pas un code exhaustif. Les instances relatives à un avis de conformité comportent de nombreux aspects qui sont régis soit par la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] soit par ses Règles. Le Règlement ne bénéficie de la primauté qu'en ce qui concerne les questions qui entrent en conflit avec les dispositions plus générales de la Loi ou des Règles.

[18] L'exigence fondamentale que prévoit le Règlement est que toute demande présentée à la Cour doit être

commenced within 45 days of the notice of allegation. The Court has no jurisdiction to extend the 45 days because the general rule on extensions would be in direct conflict with subsection 6(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 3] of the Regulations (*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 453 (F.C.T.D.)).

[19] However, once the matter is commenced within the statutory time limits, the *Federal Courts Rules* apply except where there is a conflict. The Act and Rules apply to a number of matters not specifically addressed in the Regulations including the right to appeal (*Bayer AG v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.), at page 336).

[20] The applicable rule in this instance is rule 77:

77. The Court may allow an amendment under rule 76 notwithstanding the expiration of a relevant period of limitation that had not expired at the date of commencement of the proceeding.

The relevant section of the Regulations is subsection 7(4) [as am. by SOR/98-166, s. 6] which reads:

7. . . .

(4) Paragraph (1)(e) ceases to apply in respect of an application under subsection 6(1) if the application is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application.

[21] There is nothing in the Regulations which suggests that they should be so strictly construed as argued by Ranbaxy. The interpretation of the Regulations is still subject to section 12 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21]:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[22] I can see no reason in principle why rule 77 could not be invoked in the appropriate circumstances particularly, as in this case, to allow Pfizer to be put

introduite dans les 45 jours de l'avis d'allégation. La Cour n'a pas compétence pour proroger ce délai de 45 jours, parce que le principe général régissant les prorogations de délais entrerait directement en conflit avec le paragraphe 6(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 3] du Règlement (*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 344 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)).

[19] Toutefois, dès lors que l'instance est introduite dans les délais prescrits par la loi, les *Règles des Cours fédérales* s'appliquent, sauf en cas d'incompatibilité. La Loi et les Règles s'appliquent à plusieurs questions qui ne sont pas spécifiquement abordées dans le Règlement, y compris le droit d'appel (*Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1993] A.C.F. n° 1106 (C.A.) (QL), au paragraphe 10).

[20] La règle applicable en l'espèce est la règle 77 :

77. La Cour peut autoriser une modification en vertu de la règle 76 même si le délai de prescription est expiré, pourvu qu'il ne l'ait pas été à la date du début de l'instance.

La disposition pertinente du Règlement est le paragraphe 7(4) [mod. par DORS/98-166, art. 6], qui dispose :

7. [. . .]

(4) L'alinéa (1)e cesse de s'appliquer à l'égard de la demande visée au paragraphe 6(1) si celle-ci est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi.

[21] Il n'y a rien dans le Règlement qui permette de penser que celui-ci devrait être interprété aussi strictement que ce que suggère Ranbaxy. L'interprétation du Règlement est toujours assujettie à l'article 12 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21].

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[22] Je ne vois aucune raison de principe pour laquelle la règle 77 ne devrait pas être invoqué le cas échéant, surtout dans un cas comme celui-ci, pour

back in the same position it was in initially except for the inaccurate assurances of Ranbaxy. I see nothing in subsection 7(4) [of the Regulations] which requires a court to ignore unfairness and injustice nor would to do so be consistent with the rules of statutory interpretation.

[23] The Regulations do not prohibit directly or indirectly an amendment to an application. It only goes so far as to prohibit the operation of a stay where the application is withdrawn, discontinued or dismissed by the Court.

[24] Subsection 7(4) cannot be interpreted to mean that discontinuances or withdrawals secured by misrepresentation or even fraud should still have legal effect and deprive an innocent party of its rights.

[25] Even applying Ranbaxy's strict construction approach to the Regulations, the application at issue was not discontinued, withdrawn or dismissed. I interpret the Regulations to cover only an application as a whole and does not cover partial amendments and re-amendments.

[26] Further, as held in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 505 (F.C.), a proceeding can be reinstated. There a motion to strike was granted and the 24-month stay fell away as per subsection 7(4) of the Regulations. However, the decision was reversed by the Court of Appeal and the proceeding was reinstated. This is because, at the very least, in law the proceeding had never truly disappeared because it had not been properly dismissed by a court.

[27] Likewise, in the case at bar, but for Ranbaxy's misrepresentation, the proceedings in respect of the two patents never were intended to be terminated if the true facts were known.

[28] Therefore, the learned Prothonotary was correct in concluding that the Court had jurisdiction to permit

remettre Pfizer dans la situation où elle se trouverait n'eût été des assurances inexactes de Ranbaxy. Je ne vois rien dans le paragraphe 7(4) [du Règlement] qui oblige un tribunal à passer sous silence une iniquité ou une injustice et je ne crois pas qu'agir ainsi serait conforme aux principes d'interprétation des lois.

[23] Le Règlement n'interdit pas directement ou indirectement de modifier une demande. Il suspend seulement l'effet d'un sursis lorsque la demande est retirée, fait l'objet d'un désistement ou est rejetée par la Cour.

[24] On ne saurait interpréter le paragraphe 7(4) comme signifiant que les désistements ou les retraits obtenus par suite de fausses déclarations ou même de fraude devraient quand même avoir un effet juridique, privant ainsi une personne de bonne foi de ses droits.

[25] Même en appliquant la méthode d'interprétation stricte du Règlement proposée par Ranbaxy, force est de reconnaître que la demande en litige n'a pas été retirée ou rejetée et n'a pas fait l'objet d'un désistement. Suivant l'interprétation que je lui donne, le Règlement ne vise qu'une demande dans son ensemble et non des modifications partielles ou de nouvelles modifications.

[26] De plus, comme la Cour l'a expliqué dans la décision *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1049, une instance peut reprendre son cours. Dans cette affaire, une requête en radiation avait été accueillie et le délai de 24 mois ne s'appliquait plus, en raison du paragraphe 7(4) du Règlement. La décision a toutefois été infirmée par la Cour d'appel, qui a ordonné la reprise de l'instance et ce, parce qu'à tout le moins, en droit, l'instance n'avait jamais véritablement disparu étant donné que la demande n'avait pas été régulièrement rejetée par un tribunal.

[27] De même, dans le cas qui nous occupe, n'eût été les fausses déclarations de Ranbaxy, Pfizer n'aurait jamais voulu mettre fin à l'instance relative aux deux brevets si elle avait été au courant des faits véritables.

[28] Le protonotaire a donc eu raison de conclure que la Cour était compétente pour permettre à Pfizer de

Pfizer to amend its application to reinstitute proceedings in respect of patents '018 and '455.

#### C. Amendment

[29] Whether one considers the decision to allow the amendment as a discretionary one, having accepted Court jurisdiction, or one that should be reviewed *de novo*, the decision should stand.

[30] The cause of the amendment was Ranbaxy's misrepresentation. It ought not to be allowed to benefit from its actions. To the extent that Pfizer bears any part of the responsibility for its amendment (of which I find none), there is no substantial prejudice caused by allowing it to re-amend its application.

#### D. Extension of time for stay

[31] Subsection 7(5) [as am. by SOR/98-166, s. 6] of the Regulations grants the Court a discretion to extend the 24-month stay when a party has failed to reasonably cooperate in expediting the application. This is a decision by the learned Prothonotary that is within its discretion and subject to review on error in law or principle or misapprehension of the facts.

[32] There is no checklist of conduct which would constitute failure to cooperate or to expedite. Dictionary definitions are of only limited use. The Court of Appeal in *Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561 (C.A.), at paragraph 13 has only given examples of such instances. Those examples share some common characteristics in that they are unilateral, unjustified and have an adverse effect on the other party and the conduct of the litigation—as in this case.

modifier sa demande en vue de reprendre l'instance portant sur les brevets '018 et '455.

#### C. Modification

[29] Peu importe que l'on considère, après avoir reconnu la compétence de la Cour, que la décision de permettre la modification était une décision discrétionnaire, ou que l'on estime qu'elle devrait être réexaminée *de novo*, la décision doit être confirmée.

[30] La raison de la modification était la fausse déclaration de Ranbaxy. On ne devrait pas permettre à Ranbaxy de profiter de ses propres agissements. Dans la mesure où Pfizer doit assumer une part quelconque de responsabilité relativement à la modification en question (ce que je ne conclus pas), lui permettre de modifier de nouveau sa demande ne causerait aucun préjudice appréciable.

#### D. Prorogation du délai

[31] Le paragraphe 7(5) [mod. par DORS/98-166, art. 6] du Règlement confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de 24 mois si elle conclut qu'une partie n'a pas, au cours de l'instance relative à la demande, collaboré de façon raisonnable au règlement expéditif de celle-ci. Il s'agit là d'une décision qui relevait du pouvoir discrétionnaire du protonotaire et cette décision n'est susceptible de révision que si elle est entachée d'une erreur de droit ou de principe ou si elle est fondée sur une appréciation erronée des faits.

[32] Il n'existe pas de liste d'agissements qui constitueraient un défaut de collaborer au règlement expéditif de l'instance. Les définitions que l'on trouve dans les dictionnaires ont une utilité limitée. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561, au paragraphe 13, la Cour d'appel donne seulement quelques exemples. Ces exemples ont certaines caractéristiques en commun en ce sens qu'il s'agit d'actes unilatéraux et injustifiés qui ont un effet préjudiciable sur la partie adverse ou le déroulement de l'instance, comme c'est le cas en l'espèce.

[33] In this instance, there was no malice or fraudulent misleading. Confusion between counsel and clients is not uncommon, particularly where several different counsel are acting for a client on related matters. It is not necessary to find malice or fraud. Here the representation was wrong—in the context of the Regulations it cannot be said that one is cooperating when one is making inaccurate statements to induce another party to act against their interest. The effect has been to delay the proceedings by causing an unnecessary amendment and resisting a re-amendment to restore the *status quo*.

[34] Therefore, I can find no reason to question the learned Prothonotary's exercise of discretion and to substitute my view, even if I had a different one, which I do not.

#### IV. CONCLUSION

[35] For these reasons, this appeal is dismissed with costs.

#### ORDER

IT IS ORDERED THAT this appeal is dismissed with costs.

[33] Dans le cas qui nous occupe, il n'y a pas eu de malveillance ou de tromperie frauduleuse. Il n'est pas rare que l'on confonde les avocats et les clients, surtout lorsque plusieurs avocats occupent pour un client dans des dossiers connexes. Il n'est pas nécessaire de conclure à la malveillance ou à la fraude. En l'espèce, la déclaration était inexacte et, dans le contexte du Règlement, on ne peut dire que quelqu'un collabore lorsqu'il fait des déclarations inexactes pour inciter quelqu'un d'autre à agir contre ses intérêts. Il s'en est suivi un retard dans le déroulement de l'instance parce que ces agissements ont causé une modification inutile et une opposition à une nouvelle modification visant à rétablir la situation antérieure.

[34] Je ne vois donc aucune raison de remettre en question la façon dont le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire et de remplacer son opinion par la mienne, en supposant qu'elle diffère de la sienne, ce qui n'est pas le cas.

#### IV. CONCLUSION

[35] Pour ces motifs, le présent appel est rejeté avec dépens.

#### ORDONNANCE

IL EST ORDONNÉ QUE le présent appel soit rejeté avec dépens.



A-639-05  
2007 FCA 21

A-639-05  
2007 CAF 21

**Paul Wansink, Paul Bernat and Henry Fenske**  
(*Appellants*)

**Paul Wansink, Paul Bernat et Henry Fenske**  
(*appelants*)

v.

c.

**TELUS Communications Inc. and The Privacy Commissioner of Canada** (*Respondents*)

**TELUS Communications Inc. et La commissaire à la protection de la vie privée du Canada** (*intimées*)

*INDEXED AS: TURNER v. TELUS COMMUNICATIONS INC. (F.C.A.) (CROSS-REF.: WANSINK v. TELUS COMMUNICATIONS INC.)*

*RÉPERTORIÉ : TURNER c. TELUS COMMUNICATIONS INC. (C.A.F.) (RENOI : WANSINK c. TELUS COMMUNICATIONS INC.)*

Federal Court of Appeal, Desjardins, Décary and Malone J.J.A.—Vancouver, December 12, 2006; Ottawa, January 29, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Décary et Malone, J.C.A.—Vancouver, 12 décembre 2006; Ottawa, 29 janvier 2007.

*Privacy—Personal Information Protection and Electronic Documents Act — Appeal from Federal Court dismissal of applications regarding Privacy Commissioner of Canada's decision respondent TELUS Communications Inc. (TELUS) complying with Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA), s. 5(3), clauses 4.2, 4.7 of Schedule I thereof— Voice recognition technology to allow TELUS' employees to access, use internal computer network by speaking commands through telephone, requiring employee to provide voice sample from which voiceprint created, stored — Four employees filing complaint with Privacy Commissioner of Canada contending threatened with disciplinary measures for refusing to provide voice print — Federal Court finding purpose for which personal information collected would be considered appropriate by reasonable person, employees' consent not necessary because exception in PIPEDA, s. 7(1)(a) applying — Erred in finding PIPEDA, s. 7(1) enumerating further exceptions to general principle in Sch. I, clause 4.3 that consent may not be required in appropriate circumstances — Also erred in finding exception in PIPEDA, s. 7(1) applicable since applying only where consent cannot be obtained, not where consent refused — PIPEDA, s. 27.1(1)(b) not applicable as protecting employees from reprisals arising from refusal to perform job functions resulting in violation of others' privacy rights — TELUS not violating PIPEDA since sought consent to collection of voice prints, no disciplinary measures yet taken — Appeal dismissed.*

*Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant des demandes relatives à la décision de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada portant que l'intimée TELUS Communications Inc. (TELUS) respectait l'art. 5(3) de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE) ainsi que les art. 4.2 et 4.7 de l'annexe I de cette loi — La technologie de reconnaissance de la voix permettant aux employés de TELUS d'accéder à son réseau informatisé interne et de l'utiliser en transmettant des commandes au moyen d'un téléphone oblige l'employé à fournir un échantillon de sa voix à partir duquel une empreinte vocale est créée et stockée — Les quatre employés qui ont porté plainte auprès de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada soutenaient qu'ils avaient été menacés de mesures disciplinaires pour leur refus de se prêter à la collecte d'empreinte vocale — La Cour fédérale a conclu qu'une personne raisonnable estimerait acceptable la fin pour laquelle la collecte avait été faite et que le consentement des employés n'était pas nécessaire car l'exception prévue à l'art. 7(1)(a) de la LPRPDE s'appliquait — Elle a commis une erreur lorsqu'elle a statué que l'art. 7(1) de la LPRPDE énumère d'autres exceptions au principe général exposé à l'art. 4.3 de l'annexe I en vertu desquelles le consentement peut ne pas être requis dans certaines circonstances appropriées — Elle a aussi commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que l'exception visée à l'art. 7(1) de la LPRPDE s'appliquait puisque l'exception ne s'applique que dans les cas où le consentement ne peut être obtenu, pas lorsque le consentement est refusé — L'art. 27.1(1)(b) de la LPRPDE ne s'appliquait pas puisqu'il protège les employés contre des représailles découlant de leur refus d'accomplir des fonctions*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the four applications for a hearing regarding the Privacy Commissioner of Canada's decision that the respondent TELUS Communications Inc. (TELUS) was in compliance with subsection 5(3) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) and clauses 4.2 and 4.7 of Schedule I thereof. In 2003, TELUS introduced to its operational practices a new technology called "e.Speak", which uses voice recognition technology to allow its employees to access and use the internal computer network by speaking commands through a telephone. When employees attempt to access e.Speak, their identity must be verified. The identity verification system used by TELUS requires the employee to provide a voice sample from which a voiceprint (a matrix of numbers) is created and stored. TELUS sought the consent of certain identified employees to collect their voice prints. Four employees filed complaints with the Privacy Commissioner contending that TELUS had threatened them with disciplinary measures for their refusal to provide voice prints. No disciplinary measure has yet been taken. The Commissioner found that the purposes for which the personal information was collected were appropriate in the circumstances, the employees were informed of these purposes and appropriate safeguards were in place to protect the voiceprint information. The Commissioner also found that the consent requirements set out in clause 4.3 had been met. On application to the Federal Court, it was found that the purpose for which the collection was made would be considered by a reasonable person to be appropriate and that the employees' consent need not be obtained because the exception in paragraph 7(1)(a) of the PIPEDA applied, *viz* the collection was clearly in the interests of the employees and their consent could not be obtained in a timely way.

The issues were: (1) whether the collection, use or disclosure of the voice characteristics was "only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances" within the meaning of subsection 5(3) of the PIPEDA; (2) whether TELUS met its obligations under clause 4.3 of Schedule I (Principle 3) with respect to obtaining its employees' consent; and (3) whether PIPEDA prohibits an

*de leur emploi qui porteraient atteinte aux droits à la protection des renseignements personnels de tiers — TELUS n'a pas porté atteinte à la LPRPDE du fait qu'elle a demandé le consentement à la collecte des caractéristiques vocales et quelle n'a pris jusqu'ici aucune mesure disciplinaire — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant les quatre demandes d'audience relatives à la décision de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada portant que l'intimée, TELUS Communications Inc. (TELUS), respectait le paragraphe 5(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) ainsi que les articles 4.2 et 4.7 de l'annexe I de cette loi. En 2003, TELUS a introduit une nouvelle technologie désignée « e.Speak » dans ses pratiques opérationnelles. E.Speak recourt à la technologie de reconnaissance de la voix pour permettre à ses employés d'accéder à son réseau informatisé interne et de l'utiliser en transmettant des commandes au moyen d'un téléphone. Lorsque les employés tentent d'accéder à e.Speak, leur identité doit être vérifiée. Le système de vérification de l'identité que TELUS utilise oblige l'employé à fournir un échantillon de sa voix à partir duquel une empreinte vocale (une matrice de chiffres) est créée et stockée. TELUS a demandé le consentement de certains employés qu'elle avait identifiés pour la collecte de leur empreinte vocale. Quatre employés ont porté plainte auprès de la Commissaire à la protection de la vie privée, soutenant que TELUS les avaient menacés de mesures disciplinaires pour leur refus de se prêter à la collecte d'empreinte vocale. Aucune mesure disciplinaire n'a encore été appliquée. La commissaire a conclu que les fins de la collecte des renseignements personnels étaient acceptables dans les circonstances, les employés en avaient été informés et des mesures de protection appropriées étaient en place pour protéger les renseignements issus des empreintes vocales. La commissaire a ensuite conclu que les exigences relatives au consentement énoncées à l'article 4.3 avaient été respectées. Dans le cadre de la demande qui lui a été soumise, la Cour fédérale a conclu qu'une personne raisonnable estimerait acceptable la fin pour laquelle la collecte avait été faite et que le consentement des employés n'était pas nécessaire car l'exception prévue à l'alinéa 7(1)a) de la LPRPDE s'appliquait, c'est-à-dire que la collecte était manifestement dans l'intérêt des employés et que le consentement des employés ne pouvait pas être obtenu en temps opportun.

Les questions en litige étaient celles de savoir : 1) si la collecte, l'utilisation ou la communication des caractéristiques de la voix n'était faite « qu'à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances » au sens du paragraphe 5(3) de la LPRPDE; 2) si TELUS s'était acquittée de ses obligations en vertu de l'article 4.3 de l'annexe I (principe 3) en matière d'obtention du

employer from disciplining employees who withhold their consent to the collection of personal information.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court's finding that the voice characteristics in the case at bar are located at the lower end of the spectrum of privacy rights was correct. Moreover, TELUS uses the voiceprint, not the voice itself.

(1) The Federal Court's determination that the "circumstances" referred to in subsection 5(3) are those that exist at the time the collection, use or disclosure of personal information is made was correct. Its finding that a reasonable person would find the use of TELUS' new technology to be reasonable in the circumstances was supported by the evidence and disclosed no palpable or overriding error.

(2) The second issue brought into play the interaction of Principle 3 (clause 4.3 of Schedule 1) and PIPEDA, subsection 7(1). It has been held that Schedule I does not lend itself to typical rigorous construction because of its non-legal drafting. Consistent reference in PIPEDA to Schedule I and provision in subsection 5(1) that "every organization shall comply with the obligations set out in Schedule I" suggests that PIPEDA may be approached in a less rigorous way than normal. Although clause 4.3 states that in certain circumstances, personal information may be collected without the individual's knowledge and consent, the fact that Parliament in subsections 2(2) and 7(1) has expressly asked that the note be ignored indicates its desire to limit the circumstances in which consent to collection of personal information is not required to those described in subsection 7(1). This is further confirmed by the use of the word "only" in subsection 7(1). The Federal Court erred in finding that subsection 7(1) of the PIPEDA enumerates further exceptions to the general principle set out in clause 4.3 that consent may not be required in appropriate circumstances. The exceptions to the obligation to obtain consent referred to in clause 4.3 are exhaustively set out in subsection 7(1) of the PIPEDA. The Federal Court also erred in finding that the exception in paragraph 7(1)(a) of the PIPEDA could be applied in the circumstances. The exception applies only where consent cannot be obtained, not where consent is refused or given. As well, where consent is refused or questioned, it cannot be said that the collection of voice characteristics is clearly in the employee's interest. Also, the use of "in a timely way" in paragraph 7(1)(a) makes it clear that the exception is aimed at permitting an organization to proceed without an individual's consent only in exceptional and temporary circumstances.

consentement de ses employés; et 3) si la LPRPDE interdit à un employeur de prendre des mesures disciplinaires à l'égard des employés qui refusent leur consentement à la collecte de renseignements personnels.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les caractéristiques de la voix en l'espèce se trouvaient davantage à l'extrémité inférieure du spectre des droits à la protection des renseignements personnels était correcte. Qui plus est, TELUS utilise l'empreinte vocale, pas la voix elle-même.

1) La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les « circonstances » mentionnées au paragraphe 5(3) sont celles qui existent au moment où s'effectue la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels était juste. La conclusion portant qu'une personne raisonnable estimerait acceptable l'utilisation de la nouvelle technologie de TELUS dans les circonstances était étayée par la preuve et ne révélait aucune erreur manifeste et dominante.

2) La deuxième question a soulevé l'interaction du principe 3 (article 4.3 de l'annexe 1) et du paragraphe 7(1) de la LPRPDE. La Cour a déclaré qu'étant donné le caractère non législatif de sa rédaction, l'annexe I ne se prête pas à l'interprétation rigoureuse habituellement possible. Les mentions répétées dans la LPRPDE de l'annexe I et les dispositions du paragraphe 5(1) prévoyant que « toute organisation doit se conformer aux obligations énoncées dans l'annexe I » donnent à penser que la LPRPDE peut faire l'objet d'une approche moins rigoureuse que celle qui serait normalement adoptée. Bien que l'article 4.3 précise que dans certaines circonstances il est possible de recueillir des renseignements à l'insu de la personne concernée et sans son consentement, le fait même que le législateur ait demandé expressément aux paragraphes 2(2) et 7(1) de ne pas tenir compte de la note donne une indication importante de sa volonté de restreindre les cas où le consentement à la collecte des renseignements personnels n'est pas requis à ceux qui sont exposés au paragraphe 7(1). Cette volonté est également confirmée par l'emploi de l'expression « ne peut [...] que » au paragraphe 7(1). La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a statué que le paragraphe 7(1) de la LPRPDE énumère d'autres exceptions au principe général exposé à l'article 4.3 en vertu desquelles le consentement peut ne pas être requis dans certaines circonstances appropriées. Les exceptions à l'obligation d'obtention du consentement visées à l'article 4.3 sont exhaustivement énoncées au paragraphe 7(1) de la LPRPDE. La Cour fédérale a aussi commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que l'exception visée à l'alinéa 7(1)(a) de la LPRPDE pouvait s'appliquer dans les circonstances. L'exception ne s'applique que dans les cas où le consentement ne peut être obtenu, pas lorsque le

Therefore, TELUS was obliged to obtain consent before collecting the voice characteristics of the complainants. It is not possible to create a voiceprint without an individual's knowledge and participation and therefore consent. Finally, because the evidence as to what was meant by disciplinary measures was not clear, it was not possible to conclude that TELUS had not met its obligations under Principle 3.

(3) Paragraph 27.1(1)(b) of the PIPEDA did not apply. It protects employees from reprisals that could arise from refusal to comply with an employer's direction to perform job functions that would result in a violation of the privacy rights of others as protected by Division 1 of PIPEDA.

TELUS did not violate the provisions of PIPEDA in that consent to the collection of voice characteristics was actually sought and no disciplinary measures have yet been taken.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 2(2), 5(1),(3), 7(1) (as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 98), 11, 14, 15(2), 27.1, Sch. 1, clauses 4.2, 4.3, 4.3.8, 4.7.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Englander v. Telus Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572; (2004), 257 D.L.R. (4th) 275; 1 B.L.R. (4th) 119; 36 C.P.R. (4th) 385; 328 N.R. 297; 2004 FCA 387; *Eastmond v. Canadian Pacific Railway* (2004), 16 Admin. L.R. (4th) 275; 33 C.P.R. 4th 1; 254 F.T.R. 169; 2004 FC 852.

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 284 F.T.R. 38; 2005 FC 1601) dismissing four applications regarding the Privacy Commissioner of Canada's

consentement est refusé ou donné. De même, si le consentement est refusé ou mis en doute, on ne peut dire que la collecte des caractéristiques de la voix est manifestement dans l'intérêt de l'employé. En outre, l'emploi de l'expression « en temps opportun » à l'alinéa 7(1)a témoigne sans ambiguïté que l'exception vise à permettre à une organisation de procéder sans le consentement d'une personne seulement de manière exceptionnelle et temporaire. Par conséquent, TELUS avait l'obligation d'obtenir le consentement des plaignants avant de recueillir leurs caractéristiques vocales. Il n'est pas possible de créer une empreinte vocale à l'insu de l'intéressé et sans sa participation, donc sans son consentement. Enfin, parce que les éléments de preuve ne permettaient pas de voir clairement ce qu'on entendait par des mesures disciplinaires, il n'était pas possible de conclure que TELUS ne s'était pas acquittée des obligations que lui impose le principe 3.

3) L'alinéa 27.1(1)b) de la LPRPDE ne s'appliquait pas. Il protège les employés contre des représailles qui pourraient être faites en raison de leur refus de se conformer à des directives de l'employeur leur demandant d'accomplir des fonctions de leur emploi qui porteraient atteinte aux droits à la protection des renseignements personnels de tiers, visés par la section 1 de la LPRPDE.

TELUS n'a pas porté atteinte aux dispositions de la LPRPDE du fait qu'elle a effectivement demandé le consentement à la collecte des caractéristiques vocales et quelle n'a pris jusqu'ici aucune mesure disciplinaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 2(2), 5(1),(3), 7(1) (mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 98), 11, 14, 15(2), 27.1, ann. 1, art. 4.2, 4.3, 4.3.8, 4.7.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Englander c. Telus Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572; 2004 CAF 387; *Eastmond c. Canadien Pacifique Ltee*, 2004 CF 852.

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2005 CF 1601) rejetant quatre demandes relatives à la décision de la Commissaire à la protection de la vie privée du

decision that the collection of voiceprints from employees by TELUS Communications Inc. complied with subsection 5(3) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* and clauses 4.2 and 4.7 of Schedule I thereof. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Theodore Arsenault* and *David M. Aaron* for appellants.

*Lisa A. Warren* for respondent TELUS Communications Inc.

*Steven J. Welchner* and *Kris Klein* for respondent Privacy Commissioner of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Shortt, Moore & Arsenault*, Vancouver, for appellants.

*Farris Vaughn Willis & Murphy LLP*, Vancouver, for respondent TELUS Communications Inc.

*Welchner Law Group*, Ottawa, and *Legal Services Branch*, Office of the Privacy Commissioner of Canada, for respondent Privacy Commissioner of Canada.

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

[1] DÉCARY J.A.: This appeal deals with the introduction by TELUS, in 2003, of a new technology called “e.Speak” to its operational practices. e.Speak uses voice recognition technology to allow employees of TELUS to access and use TELUS’ internal computer network by speaking commands through a telephone, as opposed to using a designated computer terminal or having another employee access the network on their behalf. Using e.Speak, TELUS employees working in the field can execute various network operations by using any available telephone, including a cellular telephone.

Canada portant que la collecte par TELUS Communications Inc. d’empreintes vocales d’employés respectait le paragraphe 5(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* ainsi que les articles 4.2 et 4.7 de l’annexe I de cette loi. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Theodore Arsenault* et *David M. Aaron* pour les appelants.

*Lisa A. Warren* pour l’intimée TELUS Communications Inc.

*Steven J. Welchner* et *Kris Klein* pour l’intimée la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Shortt, Moore & Arsenault*, Vancouver, pour les appelants.

*Farris Vaughn Willis & Murphy LLP*, Vancouver, pour l’intimée TELUS Communications Inc.

*Welchner Law Group*, Ottawa, et *Direction des services juridiques*, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, pour l’intimée la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Le présent appel concerne l’introduction par TELUS, en 2003, d’une nouvelle technologie, désignée « e.Speak », dans ses pratiques opérationnelles. E.Speak recourt à la technologie de reconnaissance de la voix pour permettre aux employés de TELUS d’accéder au réseau informatisé interne de TELUS et de l’utiliser en transmettant des commandes au moyen d’un téléphone, au lieu d’utiliser un terminal d’ordinateur désigné à cette fin ou d’obtenir l’accès au réseau par l’intermédiaire d’un autre employé, habituellement un commis. Grâce à e.Speak, les employés de TELUS qui travaillent sur le terrain peuvent effectuer diverses opérations sur le réseau à partir de n’importe quel téléphone disponible, notamment un téléphone cellulaire.

[2] When employees attempt to access e.Speak by telephone, their identity must be verified so that confidential information held within the data stores of the network is protected. The identity verification system used by TELUS is a computer program known as Nuance Verifier which uses speaker verification technology to confirm the identity of persons seeking to access e.Speak.

[3] In order for an employee to use the Nuance Verifier speaker verification technology, the employee must initially participate in an “enrolment process” that results in the generation of a “voice template” (or “voiceprint”). The employee goes through a one-time voice enrolment process where a sample of the voice is taken and a voiceprint is created and stored. Voiceprints are not audio samples but a matrix of numbers that represent the characteristics of the employee’s voice and vocal tract. These enrolment voice templates are stored, according to TELUS’ evidence, under substantial security for as long as the provider remains an employee of TELUS. Access to e.Speak then requires production of a second voice template which in turn is digitalized and matched against the caller’s enrolment voice template. If a match is not obtained, access is denied. This access voice template is destroyed in one or two months.

[4] TELUS has identified certain of its employees as employees who are expected to undergo the enrolment process. TELUS sought their consent to the collection of their voiceprints. Three employees, Randy Turner, Paul Wansink and Paul Bernat have refused. A fourth employee, Henry Fenske, did submit to the collection of his voiceprint, but, he says, under coercion. He subsequently withdrew his consent and his voiceprint has not been used by TELUS. Randy Turner has recently discontinued his appeal, hence the change in the style of cause, but by common agreement his affidavit remains as part of the file.

[5] The four employees contend that TELUS was threatening them with disciplinary measures for their refusal to submit to voiceprint collection. TELUS has

[2] Lorsque les employés tentent d’accéder à e.Speak par téléphone, leur identité doit être vérifiée de manière à protéger les renseignements confidentiels stockés dans les bases de données du réseau. Le système de vérification d’identité utilisé par TELUS pour autoriser ou refuser l’accès à e.Speak est un programme informatique du nom de Nuance Verifier, qui utilise une technologie de vérification du locuteur pour contrôler l’identité des personnes cherchant à accéder à e.Speak.

[3] Pour être en mesure d’utiliser la technologie de vérification du locuteur Nuance Verifier, l’employé doit d’abord participer à une « procédure d’inscription » permettant de générer une « signature vocale » (ou « empreinte vocale »). L’employé passe par une procédure d’inscription unique au cours de laquelle un échantillon de sa voix est enregistré et une empreinte vocale est créée et stockée. Les empreintes vocales ne sont pas des échantillons audio mais bien des matrices de chiffres représentant les caractéristiques de la voix et du conduit vocal de l’utilisateur. Selon la preuve produite par TELUS, ces signatures vocales sont stockées sous haute sécurité aussi longtemps que le fournisseur de l’échantillon demeure un employé de TELUS. L’accès à e.Speak exige ensuite la production d’une deuxième signature vocale, laquelle est à son tour numérisée et jumelée à la signature vocale de l’appelant saisie à l’inscription. En l’absence de concordance, l’accès est refusé. La signature vocale d’accès est détruite dans un délai d’un à deux mois.

[4] TELUS a identifié certains de ses employés comme ceux qui devaient se soumettre à la procédure d’inscription. Elle a demandé leur consentement à la collecte des empreintes vocales. Trois employés, Randy Turner, Paul Wansink et Paul Bernat ont refusé. Un quatrième, Henry Fenske, s’est prêté à la collecte de son empreinte vocale, mais, dit-il, sous la coercition. Il a ultérieurement retiré son consentement et TELUS n’a pas utilisé son empreinte vocale. Randy Turner s’est récemment désisté de l’appel, ce qui explique la modification de l’intitulé, mais par entente entre les parties, son affidavit reste au dossier.

[5] Les quatre employés soutiennent que TELUS les menaçait de mesures disciplinaires pour leur refus de se prêter à la collecte d’empreinte vocale. TELUS a fait

made it known that, for those who fail to enrol, an as yet unspecified form of “progressive discipline” may be invoked. No disciplinary measure has been taken pending the outcome of these proceedings.

[6] In February 2004, these four employees filed a complaint about TELUS voiceprint practices to the Privacy Commissioner of Canada pursuant to section 11 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA). The Commissioner conducted an investigation and prepared a report which is dated September 3, 2004. In her report, the Commissioner found TELUS to be in compliance with subsection 5(3) of PIPEDA and clauses 4.2 (principle 2) and 4.7 (principle 7) of Schedule 1: the purposes for which the personal information was collected were appropriate in the circumstances, the employees were informed of these purposes and appropriate safeguards were in place to protect the voiceprint information. The Commissioner went on to find, without much elaboration, that the consent requirements set out in clause 4.3 (principle 3) had been met.

[7] The complainants then applied, pursuant to section 14 of PIPEDA, for a hearing in the Federal Court. The Commissioner obtained leave, under subsection 15(2), to appear as a party.

[8] On November 29, 2005, Gibson J. (2005), 284 F.T.R. 38 (F.C.) dismissed the four applications without costs. He found that the purpose for which the collection was made would be considered by a reasonable person to be appropriate (subsection 5(3) of the Act). He then found that the employees’ consent need not be obtained because, in his view, the exception contained in paragraph 7(1)(a) of the Act applied, *viz*, the collection was clearly in the interests of the employees and their consent could not be obtained in a timely way. He expressly refrained from deciding what would be the respective rights of TELUS and of employees who refused to consent in a labour-law context.

savoir qu’elle pourrait imposer des [TRADUCTION] « mesures disciplinaires progressives », sans en préciser la nature, aux employés qui ne s’inscriraient pas. Aucune mesure disciplinaire n’a été appliquée, dans l’attente de l’issue de la présente procédure.

[6] En février 2004, les quatre employés ont déposé une plainte contre les pratiques de prise d’empreintes vocales de TELUS auprès de la commissaire à la protection de la vie privée du Canada en vertu de l’article 11 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (LPRPDE). La commissaire a mené une enquête et établi un rapport, daté du 3 septembre 2004. Dans son rapport, la commissaire a conclu que TELUS respectait le paragraphe 5(3) de la LPRPDE ainsi que les articles 4.2 (principe 2) et 4.7 (principe 7) de l’annexe 1 : les fins de la collecte des renseignements personnels étaient acceptables dans les circonstances, les employés en avaient été informés et des mesures de protection appropriées étaient en place pour protéger les renseignements issus des empreintes vocales. La commissaire a ensuite conclu, sans élaborer davantage, que les exigences relatives au consentement énoncées à l’article 4.3 (principe 3) avaient été respectées.

[7] Les plaignants ont alors demandé, en vertu de l’article 14 de la LPRPDE, d’être entendus par la Cour fédérale. La commissaire a obtenu l’autorisation, en vertu du paragraphe 15(2), de comparaître comme partie à la procédure.

[8] Le 29 novembre 2005, le juge Gibson (2005 CF 1601) a rejeté les quatre demandes sans adjuger de dépens. Il a conclu qu’une personne raisonnable estimerait acceptable la fin pour laquelle la collecte avait été faite (paragraphe 5(3) de la Loi). Il a ensuite conclu que le consentement des employés n’était pas nécessaire car, à son avis, l’exception prévue à l’alinéa 7(1)a) de la Loi s’appliquait, c’est-à-dire que la collecte était manifestement dans l’intérêt des employés et que le consentement des employés ne pouvait être obtenu en temps opportun. Il s’est expressément refusé à décider quels seraient les droits respectifs de TELUS et des employés ayant refusé leur consentement dans le contexte du droit du travail.

Relevant Legislative Provisions*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*

2. . . .

(2) In this Part, a reference to clause 4.3 or 4.9 of Schedule 1 does not include a reference to the note that accompanies that clause.

. . .

5. . . .

(3) An organization may collect, use or disclose personal information only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances.

. . .

7. (1) For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may collect personal information without the knowledge or consent of the individual only if

(a) the collection is clearly in the interests of the individual and consent cannot be obtained in a timely way;

(b) it is reasonable to expect that the collection with the knowledge or consent of the individual would compromise the availability or the accuracy of the information and the collection is reasonable for purposes related to investigating a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada or a province;

. . .

**27.1** (1) No employer shall dismiss, suspend, demote, discipline, harass or otherwise disadvantage an employee, or deny an employee a benefit of employment, by reason that

. . .

(b) the employee, acting in good faith and on the basis of reasonable belief, has refused or stated an intention of refusing to do anything that is a contravention of a provision of Division 1;

. . .

Les dispositions législatives pertinentes*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*

2. [. . .]

(2) Dans la présente partie, la mention des articles 4.3 ou 4.9 de l'annexe 1 ne vise pas les notes afférentes.

[. . .]

5. [. . .]

(3) L'organisation ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu'à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances.

[. . .]

7. (1) Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut recueillir de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants :

a) la collecte du renseignement est manifestement dans l'intérêt de l'intéressé et le consentement ne peut être obtenu auprès de celui-ci en temps opportun;

b) il est raisonnable de s'attendre à ce que la collecte effectuée au su ou avec le consentement de l'intéressé puisse compromettre l'exactitude du renseignement ou l'accès à celui-ci, et la collecte est raisonnable à des fins liées à une enquête sur la violation d'un accord ou la contravention du droit fédéral ou provincial;

[. . .]

**27.1** (1) Il est interdit à l'employeur de congédier un employé, de le suspendre, de le rétrograder, de le punir, de le harceler ou de lui faire subir tout autre inconvénient, ou de le priver d'un avantage lié à son emploi parce que :

[. . .]

b) l'employé, agissant de bonne foi et se fondant sur des motifs raisonnables, a refusé ou a fait part de son intention de refuser d'accomplir un acte qui constitue une contravention à l'une des dispositions de la section 1;

[. . .]



## SCHEDULE 1

## ANNEXE 1

*(Section 5)**(article 5)*

PRINCIPLES SET OUT IN THE NATIONAL  
STANDARD OF CANADA ENTITLED *MODEL  
CODE FOR THE PROTECTION OF PERSONAL  
INFORMATION*, CAN/CSA-Q830-96

PRINCIPES ÉNONCÉS DANS LA NORME  
NATIONALE DU CANADA INTITULÉE *CODE  
TYPE SUR LA PROTECTION DES  
RENSEIGNEMENTS PERSONNELS*,  
CAN/CSA-Q830-96

...

[. . .]

**4.3 Principle 3—Consent**

The knowledge and consent of the individual are required for the collection, use, or disclosure of personal information, except where inappropriate.

**4.3 Troisième principe—Consentement**

Toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire.

...

[. . .]

**4.3.8**

An individual may withdraw consent at any time, subject to legal or contractual restrictions and reasonable notice. The organization shall inform the individual of the implications of such withdrawal.

**4.3.8**

Une personne peut retirer son consentement en tout temps, sous réserve de restrictions prévues par une loi ou un contrat et d'un préavis raisonnable. L'organisation doit informer la personne des conséquences d'un tel retrait.

Analysis

[9] It is common ground that the voice recognition technology used by TELUS requires the collection of “personal information” within the meaning of PIPEDA. Characteristics of a person’s voice are personal information.

L'analyse

[9] Il est admis que la technologie de reconnaissance vocale utilisée par TELUS exige la collecte de « renseignements personnels » au sens de la LPRPDE. Les caractéristiques de la voix d'une personne sont des renseignements personnels.

[10] It is also trite law that privacy rights under PIPEDA are not absolute. Their amplitude is to be determined through a balancing process whereby, in a case such as this one, the private interests of the employees and the business interests of the employer are to be considered in order to define the permissible limits of intrusion in an employee’s privacy. As noted by Gibson J., at paragraph 41 of his reasons:

[10] C'est également un principe élémentaire de droit que les droits à la protection des renseignements personnels prévus par la LPRPDE ne sont pas absolus. Leur portée doit être déterminée par un processus d'équilibre, dans une affaire comme la présente, selon lequel les intérêts privés des employés et les intérêts commerciaux de l'employeur doivent être pris en compte pour définir les limites acceptables d'intrusion dans la vie privée d'un employé. Comme l'a noté le juge Gibson au paragraphe 41 de ses motifs :

Privacy rights are neither absolute at one extreme nor insignificant at the other. Their location on the spectrum between these two extremes is variable, depending upon the

Les droits en matière de vie privée ne sont ni absolus, ni insignifiants. Situés entre ces deux extrêmes, ils varient selon le contexte factuel dans lequel s'inscrit leur examen.

totality of the factual situation in which they are being examined.

[11] The learned Judge went on to find that voice characteristics, in the case at bar, are toward the lower end of the spectrum. He adopted, as his own and on the evidence before him, the Commissioner's conclusion in that regard. In her report, the Commissioner had stated [at paragraph 22 of Gibson J.]:

There is no question that a voice print is an encroachment upon your person. TELUS is collecting the behavioural and physical characteristics that make your voice unique. But how much does it tell about you? Can a voice print—in and of itself—reveal, for example, your work history, the state of your health or any possible criminal record? In my view, the voice print does not tell much about the individual so the issue to consider is could it be used to find out more about the individual or misused in some other way? Indeed, you expressed concern about the various uses to which your voice print could be subjected, such as spying on employees or identifying an employee who calls into a radio talk show to criticize the employer. But those who know you also know your voice. If an employee was publicly critical of his or her employer on a talk show, and the individual's supervisor happened to hear it, the fact that the employer has a voice print on file has no effect on the likelihood of the employee being recognized. Moreover, TELUS has demonstrated to our satisfaction that, technically speaking, it can only use the voice print for authentication purposes in its current setup, and cannot use it for spying or other nefarious purposes. In the circumstances of this complaint, therefore, a voice print that is used solely for one-to-one authentication purposes seems to be fairly benign.

[12] I agree. To the reasons expressed by the Commissioner, I would add the following one: while it is true that what is collected is the voice, the fact is that what is used by TELUS is not the voice itself, but the voiceprint, which is a matrix of numbers.

[13] This appeal raises essentially three issues:

(1) whether the collection, use or disclosure of the voice characteristics was "only for purposes that a reasonable

[11] Le juge a ensuite conclu que les caractéristiques de la voix, en l'espèce, se trouvent davantage à l'extrémité inférieure du spectre. Il a fait sienne, compte tenu également des éléments de preuve dont il était saisi, la conclusion de la commissaire sur cette question. Dans son rapport, la commissaire avait déclaré [au paragraphe 22 de la décision du juge Gibson] :

Il ne fait aucun doute qu'une empreinte vocale constitue une atteinte à la personne. TELUS recueille les caractéristiques comportementales et physiques qui rendent votre voix unique. Mais dans quelle mesure est-ce révélateur à votre égard? À elle seule, une empreinte vocale peut-elle révéler par exemple vos antécédents de travail, votre état de santé ou vos antécédents judiciaires, le cas échéant? À mon avis, l'empreinte vocale ne révèle que peu de choses à propos d'une personne; la question est donc de savoir si elle peut servir à révéler d'autres renseignements à propos d'une personne ou être autrement utilisée à mauvais escient. Bien entendu, vous avez exprimé des réserves quant aux divers usages auxquels pourrait être affectée votre empreinte vocale, par exemple pour espionner des employés ou identifier un employé participant à une émission radio pour critiquer son employeur. Mais ceux qui vous connaissent connaissent également votre voix. Si un employé ayant publiquement dénoncé son employeur dans le cadre d'une émission radiophonique a été entendu par son superviseur, la présence d'une empreinte vocale consignée dans les dossiers de l'employeur ne change rien aux chances qu'il a de démasquer son employé. En outre, TELUS a démontré à notre satisfaction que sur le plan technique, elle ne peut utiliser les empreintes vocales dans la configuration technique actuelle que pour des fins d'authentification, et non pour espionner ou à d'autres fins préjudiciables. Dans le contexte de la présente plainte, l'utilisation d'une empreinte vocale uniquement à des fins d'authentification m'apparaît donc relativement inoffensive.

[12] Je partage cet avis. J'ajouterais aux motifs exprimés par la commissaire le motif suivant : s'il est vrai que l'objet recueilli est la voix, il demeure que l'objet qu'utilise TELUS n'est pas la voix elle-même, mais l'empreinte vocale, qui est une matrice de chiffres.

[13] Le présent appel soulève essentiellement trois questions :

1) La collecte, l'utilisation ou la communication des caractéristiques de la voix n'était-elle faite « qu'à des

person would consider are appropriate in the circumstances” within the meaning of subsection 5(3) of PIPEDA;

(2) whether TELUS has met its obligations under Principle 3 (clause 4.3 of Schedule 1) with respect to obtaining its employees’ consent;

(3) whether PIPEDA prohibits an employer from disciplining employees who withhold their consent to the collection of personal information.

[14] A fourth issue was raised with respect to the appellant Fenske. It is alleged that Gibson J. erred in finding that he had properly consented. This is a finding of fact which does not warrant the intervention of this Court. I have reviewed the affidavit material submitted by Mr. Fenske, including an e-mail he suggests indicates that he would be fired and/or disciplined for failing to participate in e.Speak. The letter is a direction to participate in the program; no more, no less. It contains no threats of discipline and certainly does not make threats that Mr. Fenske’s job was in jeopardy. In any event Mr. Fenske has withdrawn his consent, as he is entitled to under clause 4.3.8. He ends up being in the same position as the three other complainants for the purposes of this appeal.

#### First Issue:

Whether the collection, use or disclosure of the voice characteristics was “only for purposes that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances” within the meaning of subsection 5(3) of PIPEDA.

[15] Gibson J. held that the “circumstances” referred to in subsection 5(3) are those that exist at the time the collection, use or disclosure of personal information is made. This interpretation of subsection 5(3) is the correct one and I entirely agree with what he states in paragraph 45:

fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances » au sens du paragraphe 5(3) de la LPRPDE?

2) TELUS s’est-elle acquittée de ses obligations en vertu du principe 3 (article 4.3 de l’annexe 1) en matière d’obtention du consentement de ses employés?

3) La LPRPDE interdit-elle à un employeur de prendre des mesures disciplinaires à l’égard des employés qui refusent leur consentement à la collecte de renseignements personnels?

[14] Une quatrième question a été soulevée au sujet de l’appelant Fenske. Il est allégué que le juge Gibson a commis une erreur en concluant que cet employé avait donné correctement son consentement. Il s’agit là d’une conclusion de fait qui ne justifie pas l’intervention de la Cour. J’ai examiné l’affidavit et les pièces à l’appui produits par M. Fenske, notamment un courriel qui, selon lui, laisse entendre qu’il serait congédié ou ferait l’objet de mesures disciplinaires s’il ne participait pas à e.Speak. La lettre visée est une directive de participation au programme; rien de plus, rien de moins. Elle ne contient aucune menace de mesure disciplinaire et absolument aucune menace indiquant que l’emploi de M. Fenske serait compromis. De toute façon, M. Fenske a retiré son consentement, comme il avait droit de le faire en vertu de l’article 4.3.8. Il se retrouve dans la même position que les trois autres plaignants à l’égard du présent appel.

#### La première question :

La collecte, l’utilisation ou la communication des caractéristiques de la voix n’était-elle faite « qu’à des fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances » au sens du paragraphe 5(3) de la LPRPDE?

[15] Le juge Gibson a conclu que les « circonstances » mentionnées au paragraphe 5(3) sont celles qui existent au moment où s’effectue la collecte, l’utilisation ou la communication des renseignements personnels. Cette interprétation du paragraphe 5(3) est correcte et je partage entièrement les propos du juge au paragraphe 45 :

I am satisfied that the test of what a reasonable person would consider to be appropriate in the circumstances must be applied against the circumstances as they exist. I accept that circumstances can change, that new uses and applications can be contemplated and adopted, and that new technologies to breach security can be developed. I am satisfied that those new uses and applications, and changes in technology that might render TELUS' security precautions inadequate, are to be tested only when they are real and meaningful, not when they are hypothetical.

[16] The Judge went on to find, on the facts, that a reasonable person would find the use of that new technology to be reasonable in the circumstances. His finding at paragraph 48 is supported by the evidence and discloses no palpable or overriding error. I endorse it in its entirety:

Taking into account the foregoing, and against the above brief analysis of: the degree of sensitivity associated with voice prints as personal information; the security measures implemented by TELUS; the *bona fide* business interests of TELUS as established on the evidence before the Court and to which the collection of voice prints is directed; the effectiveness of the use of voice prints to meet those objectives; the reasonableness of the collection of voice prints against alternative methods of achieving the same levels of security at comparable cost and with comparable operational benefits; and the proportionality of the loss of privacy as against the costs and operational benefits in the light of the security that TELUS provides; I conclude that the collection of the voice print information here at issue would be seen by a reasonable person to be appropriate in the circumstances, as they existed at all times relevant to this matter, and against the security measures adopted by TELUS.

#### Second Issue:

Whether TELUS has met its obligations under Principle 3 (clause 4.3 of Schedule 1) with respect to obtaining its employees' consent.

[17] This issue brings into play the interaction of Principle 3 (consent) (clause 4.3 of Schedule 1) and subsection 7(1) [as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 98] of the Act.

Je suis convaincu que le critère des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances doit être appliqué compte tenu des circonstances telles qu'elles existent. J'accepte que les circonstances puissent changer, que de nouvelles utilisations et de nouvelles applications puissent être envisagées et adoptées, et que de nouvelles technologies visant à déjouer les mesures de sécurité puissent être développées. Je suis convaincu que ce n'est que lorsqu'elles seront concrètes et significatives, et non pas hypothétiques, qu'il conviendra de se pencher sur ces nouvelles utilisations et applications, et sur les modifications technologiques susceptibles de rendre insuffisantes les mesures de sécurité prises par TELUS.

[16] Le juge a ensuite conclu, sur le fondement des faits, qu'une personne raisonnable estimerait acceptable l'utilisation de la nouvelle technologie dans les circonstances. Sa conclusion du paragraphe 48 est étayée par la preuve et ne révèle aucune erreur manifeste et dominante. J'y souscris entièrement :

Compte tenu, d'une part, de ce qui précède et, d'autre part, de la brève analyse précédente portant sur le caractère délicat des empreintes vocales comme renseignements personnels, les mesures de sécurité mises en œuvre par TELUS, les intérêts commerciaux légitimes de TELUS tel qu'il ressort de la preuve dont dispose la Cour et que vise la collecte d'empreintes vocales, l'efficacité de l'utilisation des empreintes vocales dans l'atteinte de ces objectifs, le caractère raisonnable de la collecte d'empreintes vocales par rapport à d'autres méthodes permettant d'atteindre le même niveau de sécurité à des coûts et avec des avantages opérationnels comparables, et la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée par rapport au coût et aux avantages opérationnels compte tenu des mesures de sécurité fournies par TELUS, je conclus qu'une personne raisonnable estimerait acceptable la collecte des renseignements issus des empreintes vocales en l'espèce, dans les circonstances pertinentes à la présente instance et compte tenu des mesures de sécurité prises par TELUS.

#### La deuxième question :

TELUS s'est-elle acquittée de ses obligations en vertu du principe 3 (article 4.3 de l'annexe 1) en matière d'obtention du consentement de ses employés?

[17] Cette question soulève l'interaction du principe 3 (consentement) (article 4.3 de l'annexe 1) et du paragraphe 7(1) [mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 98] de la Loi.

[18] This Court has stated, in *Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572, at paragraph 46, that:

... because of its non-legal drafting, Schedule 1 does not lend itself to typical rigorous construction. In these circumstances, flexibility, common sense and pragmatism will best guide the Court.

[19] While the same cannot, properly speaking, be said to apply to the interpretation of the Act itself, the fact that the Act time and time again refers to Schedule 1 and provides in subsection 5(1) that “every organization shall comply with the obligations set out in Schedule 1”, invites the Court to approach the Act itself in a less rigorous way than it would normally approach a statute.

[20] In *Englander*, at paragraph 59, I expressed the view that the concept of “inappropriateness” in clause 4.3 “may refer at least to section 7 of the Act which authorizes collection without knowledge or consent in some circumstances”. In the case at bar, it is not suggested that TELUS could rely on any other section (in the Act) or clause (in Schedule 1) than paragraph 7(1)(a) of the Act to relieve itself from the obligation to obtain consent.

[21] Consent to collection of personal information is so much a cornerstone of the Act that subsections 2(2) and 7(1) expressly require that the note to clause 4.3 be disregarded when interpreting a reference to that clause. Considering that the note to clause 4.3 states that “In certain circumstances personal information can be collected...without the knowledge and consent of the individual”, the very fact that Parliament has expressly asked that the note be ignored is a significant indication of its desire to limit the circumstances in which consent to collection of personal information is not required to those it describes in subsection 7(1).

[18] Dans l’arrêt *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572, la Cour a déclaré au paragraphe 46 :

[...] étant donné le caractère non législatif de sa rédaction, l’annexe 1 ne se prête pas à l’interprétation rigoureuse habituellement possible. Cela étant, la meilleure solution pour la Cour est de se confier aux critères de la souplesse, du sens commun et du pragmatisme.

[19] S’il est impossible de dire, à proprement parler, que ce point de vue s’applique à l’interprétation de la Loi elle-même, les mentions répétées dans la Loi de l’annexe 1 et les dispositions du paragraphe 5(1) prévoyant que « toute organisation doit se conformer aux obligations énoncées dans l’annexe 1 », incitent la Cour à adopter à l’égard de la Loi elle-même une approche moins rigoureuse que celle qu’elle adopterait normalement à l’égard d’une loi.

[20] Dans l’arrêt *Englander*, au paragraphe 59, j’ai exprimé l’idée que les termes « pas approprié » de l’article 4.3 « se rapportent peut-être au moins à l’article 7 de la Loi, qui autorise la collecte de renseignements personnels à l’insu de l’intéressé et sans son consentement dans certains cas ». En l’espèce, il n’est pas suggéré que TELUS pourrait se prévaloir d’un paragraphe (de la Loi) ou d’un article (de l’annexe 1) autres que l’alinéa 7(1)a) de la Loi pour se dégager de l’obligation d’obtention du consentement.

[21] Le consentement à la collecte des renseignements personnels est une pierre d’assise si importante de la Loi que les paragraphes 2(2) et 7(1) prescrivent expressément de ne pas tenir compte de la note afférente à l’article 4.3 dans l’interprétation d’une mention de cet article. Considérant que la note afférente à l’article 4.3 porte que « [d]ans certaines circonstances, il est possible de recueillir [...] des renseignements à l’insu de la personne concernée et sans son consentement », le fait même que le législateur ait demandé expressément de ne pas tenir compte de la note donne une indication importante de sa volonté de restreindre les cas où le consentement à la collecte des renseignements personnels n’est pas requis à ceux qui sont exposés au paragraphe 7(1).

[22] This strong desire is further confirmed by the use of the word “only” in subsection 7(1): personal information may be collected without the knowledge or consent of the individual only if one of the five exceptions described in paragraph (a) to (e) applies.

[23] I respectfully disagree with the Judge’s finding, at paragraphs 49 and 50, that subsection 7(1) of the Act enumerates further exceptions to the general principle set out in clause 4.3 that consent may not be required in appropriate circumstances. In my view, the exceptions to the obligation to obtain consent referred to in clause 4.3 are exhaustively set out in subsection 7(1) of the Act. That subsection provides the exhaustive list of circumstances where knowledge and consent are not required and which are not “inappropriate” within the meaning of clause 4.3. (See Lemieux J. in *Eastmond v. Canadian Pacific Railway* (2004), 16 Admin. L.R. (4th) 275 (F.C.), at paragraph 86.)

[24] I also disagree with the Judge’s finding that the exception set out in paragraph 7(1)(a) of the Act can be applied in the circumstances.

[25] First, the exception applies only where consent cannot be obtained. In the case at bar, consent was refused by three of the complainants and given by the fourth complainant. Clearly, if consent could be refused or given, it cannot be said that there could have been no attempt made to obtain it. The exception applies where consent cannot be obtained, not where consent is not obtained.

[26] Second, as consent was refused by three of the complainants and is now questioned by the fourth complainant, it cannot be said that they considered the collection of their voice characteristics as being clearly in their interest.

[27] Third, the use of the words “in a timely way” makes it clear that the exception is aimed at permitting an organization to go ahead without the consent of an

[22] Cette ferme volonté du législateur est également confirmée par l’emploi du terme « ne peut [...] que » au paragraphe 7(1) : on ne peut recueillir de renseignements personnels à l’insu de l’intéressé et sans son consentement que si l’une ou l’autre des cinq exceptions exposées aux alinéas a) à e) s’applique.

[23] Je ne partage pas la conclusion du juge Gibson, aux paragraphes 49 et 50, selon laquelle le paragraphe 7(1) de la Loi énumère d’autres exceptions au principe général exposé à l’article 4.3 en vertu desquelles le consentement pourrait ne pas être requis dans certaines circonstances appropriées. À mon avis, les exceptions à l’obligation d’obtention du consentement visées à l’article 4.3 sont exhaustivement énoncées au paragraphe 7(1) de la Loi. Ce paragraphe fournit la liste exhaustive des cas où la connaissance et le consentement de l’intéressé ne sont pas requis et qui ne sont « pas approprié[s] » au sens de l’article 4.3. (Voir la décision du juge Lemieux dans *Eastmond c. Canadien Pacifique Ltée*, 2004 CF 852, au paragraphe 86.)

[24] Je ne souscris pas non plus à la conclusion du juge Gibson selon laquelle l’exception visée à l’alinéa 7(1)a) de la Loi peut s’appliquer dans les circonstances.

[25] Tout d’abord, l’exception ne s’applique que dans les cas où le consentement ne peut être obtenu. En l’espèce, trois des plaignants ont refusé leur consentement et le quatrième a donné son consentement. À l’évidence, si le consentement pouvait être refusé ou donné, il est impossible de prétendre qu’il n’y a eu aucun effort d’obtention du consentement. L’exception s’applique lorsque le consentement ne peut être obtenu, elle ne s’applique pas lorsque le consentement n’est pas obtenu.

[26] Deuxièmement, comme trois des plaignants ont refusé leur consentement et que le quatrième remet le sien en question, on ne peut dire que les plaignants ont considéré la collecte des caractéristiques de leur voix comme étant manifestement dans leur intérêt.

[27] Troisièmement, l’emploi de l’expression « en temps opportun » témoigne sans ambiguïté que l’exception vise à permettre à une organisation de procéder sans

individual only in exceptional and temporary circumstances, such as where the individual cannot be contacted before the collection of the personal information has to be done.

[28] I reach the conclusion that TELUS was under the obligation to obtain consent before collecting the voice characteristics of the complainants. In this case, the design of the e.Speak system ensures that individual consent is provided prior to the collection of a biometric voiceprint. As Gibson J. noted at paragraph 65 of his decision, e.Speak is applicable only to those who consent to enrolment. Because voice samples are provided via each employee's interaction with the e.Speak system, it is not possible to create a voiceprint without an individual's knowledge and participation, and therefore consent. Finally, the exception set out in paragraph 7(1)(a) of the Act does not apply in the circumstances.

[29] This leaves the issue of whether the alleged threats of disciplinary measures vitiated consent. Normally, I would agree that threats of disciplinary measures such as suspension or firing would vitiate consent. However, what is meant by disciplinary measures is not clear from any of the evidence placed before this Court. The affidavits of Randy Turner, Paul Bernat, and Paul Wansink contain the exact same statement that progressive discipline was threatened by a TELUS supervisor at a belated Christmas party. There is no mention of what these allegations of progressive discipline involved and since no measure of any sort has yet been taken by TELUS, nothing meaningful can be said about the alleged threats. Counsel for the appellants recognized at the hearing that in order for an employee to give an informed consent under the Act, the employer had the duty to inform the employee that a refusal to consent could lead to some consequences on the employee's tenure of office. In fulfilling its duty the employer would not be making threats of disciplinary measures.

le consentement d'une personne seulement de manière exceptionnelle et temporaire, par exemple quand il n'est pas possible d'entrer en contact avec la personne avant le moment où il faut faire la collecte.

[28] J'en arrive à la conclusion que TELUS avait l'obligation d'obtenir le consentement des plaignants avant de recueillir leurs caractéristiques vocales. En l'espèce, la conception du système e.Speak fait en sorte que le consentement de la personne est donné avant la collecte de l'empreinte vocale biométrique. Comme l'a noté le juge Gibson au paragraphe 65 de sa décision, e.Speak est applicable seulement aux employés qui consentent à l'inscription. Comme les échantillons de voix sont fournis par l'interaction de chaque employé avec le système e.Speak, il n'est pas possible de créer une empreinte vocale à l'insu de l'intéressé et sans sa participation, donc sans son consentement. En fin de compte, l'exception prévue à l'alinéa 7(1)a) de la Loi ne s'applique pas dans les circonstances.

[29] Il reste donc à trancher la question de savoir si les menaces alléguées de mesures disciplinaires ont invalidé le consentement. Normalement, je conviendrais que des menaces de mesures disciplinaires telles que la suspension ou le congédiement invalident le consentement. Toutefois, les éléments de preuve présentés à la Cour ne permettent pas de voir clairement ce qu'on entend par des mesures disciplinaires. Les affidavits de Randy Turner, Paul Bernat et Paul Wansink renferment exactement la même déclaration, soit que des menaces de mesures disciplinaires progressives ont été évoquées par un superviseur de TELUS au cours d'une fête de Noël qui s'est tenue tardivement. Il n'est fait aucune mention de ce que visaient ces allégations de mesures disciplinaires progressives et comme aucune mesure d'aucune sorte n'a jusqu'ici été mise en œuvre par TELUS, rien de pertinent ne peut être affirmé au sujet de ces menaces alléguées. Les avocats des appelants ont reconnu à l'audience que pour qu'un employé donne son consentement éclairé selon la Loi, l'employeur était tenu d'aviser l'employé que le refus du consentement pouvait entraîner des conséquences sur le maintien en emploi de l'employé. En s'acquittant ainsi de son obligation, l'employeur ne ferait pas de menaces de mesures disciplinaires.

[30] In these circumstances, it is not possible to conclude at this stage that TELUS has not met its obligations under Principle 3.

#### Third Issue:

Whether PIPEDA prohibits an employer from disciplining employees who withhold their consent to the collection of personal information.

[31] The appellants argue that paragraph 27.1(1)(b) of the Act prohibits an employer from disciplining employees. That paragraph, clearly, does not support their proposition. It was intended, on its face, to protect employees from reprisals that could arise from an employee's refusal to comply with an employer's direction to perform job functions that would result in a violation of the privacy rights of others as protected by Division 1 of PIPEDA. In other words, paragraph 27.1(1)(b) protects employees from being disciplined for refusing to breach PIPEDA. Consenting to a request for collection of personal information is not a breach of the Act, nor is a refusal to consent a breach of the Act, quite to the contrary.

#### Disposition

[32] The implementation of e.Speak by TELUS did not violate the provisions of PIPEDA in view of the fact that consent to the collection of voice characteristics was actually sought by TELUS and that no disciplinary measure has yet been taken by TELUS. Given this, and albeit on partially different grounds, I have reached the conclusion that the application was properly dismissed by Gibson J., and that the appeal should be dismissed.

[33] The appellants would like this Court to decide whether TELUS' management rights allow it to discipline an employee who refuses to submit personal information protected by PIPEDA.

[30] Dans ces circonstances, il n'est pas possible de conclure à ce stade-ci de la procédure que TELUS ne s'est pas acquittée des obligations que lui impose le principe 3.

#### La troisième question

La LPRPDE interdit-elle à un employeur de prendre des mesures disciplinaires à l'égard des employés qui refusent leur consentement à la collecte de renseignements personnels?

[31] Les appelants soutiennent que selon l'alinéa 27.1(1)b) de la Loi, il est interdit à l'employeur de punir ses employés. Cet alinéa, à l'évidence, n'appuie pas leur proposition. Il est destiné, à première vue, à protéger les employés contre des représailles qui pourraient être faites en raison de leur refus de se conformer à des directives de l'employeur leur demandant d'accomplir des fonctions de leur emploi qui porteraient atteinte aux droits à la protection des renseignements personnels de tiers, visés par les dispositions de protection de la section 1 de la LPRPDE. En d'autres termes, l'alinéa 27.1(1)b) assure la protection des employés contre des mesures disciplinaires applicables s'ils refusent de contrevenir à la LPRPDE. Donner son consentement à une demande de collecte de renseignements personnels n'est pas un manquement à la Loi, pas plus que de refuser son consentement à un manquement à la Loi, bien au contraire.

#### Dispositif

[32] La mise en œuvre d'e.Speak par TELUS n'a pas porté atteinte aux dispositions de la LPRPDE du fait que TELUS a effectivement demandé le consentement à la collecte des caractéristiques vocales et qu'elle n'a pris jusqu'ici aucune mesure disciplinaire. Pour ces motifs, quoiqu'ils soient partiellement différents de ceux du juge Gibson, j'en arrive à la conclusion qu'il a eu raison de rejeter la demande et que l'appel devrait être rejeté.

[33] Les appelants souhaiteraient que la Cour décide si les droits de gestion de TELUS l'autorisent à prendre des mesures disciplinaires contre un employé qui refuse de donner des renseignements personnels protégés par la LPRPDE.



[34] I will not address this issue. First, TELUS has not taken disciplinary measures which makes answering this question hypothetical. Second, the issue, to use the words of Gibson J. at paragraph 65, “is for another day and for another forum”. Labour-law disputes should be settled in a labour-law forum. Once it is found that e.Speak is permissible under PIPEDA and that TELUS applies this new technology only to the employees who consent to the collection of their voice characteristics, the employment consequences flowing from the refusal to consent to the reasonable collection of personal information are nowhere to be found in PIPEDA.

[35] In the same vein, and on the facts of this case, I need not determine whether, under the terms of a collective agreement, consent may be given by a trade union on an individual employee’s behalf.

[36] In light of the divided success on the determination of the questions of law, I would make no order as to costs against the appellants.

DESJARDINS J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[34] Je n’examinerai pas cette question. D’abord, TELUS n’a pas pris de mesures disciplinaires, ce qui confère à la question un caractère hypothétique. Deuxièmement, pour reprendre les mots du juge Gibson au paragraphe 65, l’examen de la question « devra être reporté à plus tard, dans le cadre d’une autre instance ». Les différends en matière de droit du travail doivent être tranchés devant un tribunal ayant compétence en droit du travail. Une fois établi que le système e.Speak est acceptable en vertu de la LRPDE et que TELUS applique la nouvelle technologie exclusivement aux employés qui consentent à la collecte de leurs caractéristiques vocales, les conséquences sur l’emploi résultant de leur refus de consentir à la collecte acceptable de renseignements personnels ne figurent nulle part dans la LRPDE.

[35] Dans la même veine, et en me fondant sur les faits de l’espèce, je n’ai pas à décider si, selon les dispositions d’une convention collective, le consentement peut être donné par un syndicat au nom d’un employé individuel.

[36] Au vu des conclusions partagées sur les questions de droit, je ne prononcerais pas d’ordonnance d’attribution de dépens contre les appelants.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

IMM-5987-05  
2007 FC 79

IMM-5987-05  
2007 CF 79

**Debora De Araujo Garcia** (*Applicant*)

**Debora De Araujo Garcia** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Campbell J.—Toronto, November 22, 2006; Vancouver, January 24, 2007.

Cour fédérale, juge Campbell—Toronto, 22 novembre 2006; Vancouver, 24 janvier 2007.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of Immigration and Refugee Protection Division's (RPD) denial of refugee status based on failure to rebut presumption of state protection, despite acceptance of applicant's evidence of violence, attempts made to access state protection in Brazil — RPD failed to correctly determine effect of Supreme Court of Canada's decision in Canada (Attorney General) v. Ward on other precedents — Ward stating "some clear and convincing evidence" required to rebut presumption of state protection — Countering principle in Federal Court of Appeal's decision in Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca insufficient to merely show government not always effective at protecting persons in claimant's situation — Contextual approach required by Ward in evaluating every claim for protection invalidating Villafranca principle collapse of internal order normally required to support claim of inability of state to protect — RPD's statement applicant must prove government of Brazil in condition of collapse to rebut presumption of state protection error of law — RPD also erred since no meaningful contextual application of law on state protection — Application allowed, directions on redetermination given.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de la demanderesse au motif que cette dernière n'a pas réussi à réfuter la présomption de protection de l'État bien que la SPR ait accepté la preuve de la demanderesse concernant les violences qu'elle a subies et ses tentatives d'obtenir la protection de l'État brésilien — La SPR n'a pas déterminé correctement l'effet de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Procureur général) c. Ward sur d'autres précédents — Selon Ward, une « preuve claire et convaincante » est nécessaire pour réfuter la présomption de protection de l'État — Cela va à l'encontre du principe formulé dans la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca selon lequel il ne suffit pas que le demandeur d'asile démontre que son gouvernement n'a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation — Ward précise que toutes les demandes d'asile doivent être étudiées au cas par cas et cela annule le principe posé dans Villafranca selon lequel il faut normalement invoquer l'effondrement total de l'ordre au pays pour étayer la prétention de l'incapacité de l'État d'assurer la protection des personnes — La déclaration de la SPR selon laquelle la demanderesse devait prouver l'état d'effondrement du gouvernement brésilien pour pouvoir réfuter la présomption que l'État assure la protection des personnes constituait une erreur de droit — La SPR a aussi commis une erreur parce que sa décision n'a pas réellement rattaché aux faits les règles relatives à la protection assurée par l'État — Demande accueillie; directives à suivre par la formation saisie du renvoi de l'affaire présentées.*

This was an application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD) denying the applicant refugee status

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de

based on a finding that she had failed to rebut the presumption of state protection should she be returned to Brazil. The applicant is a survivor of extreme violence perpetrated by her powerful stepfather in Brazil. She fears the violence will continue if she is returned thereto. The RPD accepted the applicant's evidence of the violence she had suffered and her attempts to access state protection in Brazil as true and as evidence of a well-founded fear on both objective and subjective grounds. However, because the RPD made two factual findings in its decision that were not supported by the evidence on the record (i.e. applicant never sought medical attention; applicant's lack of documentation concerning police reports abroad), both parties agreed that its decision had been rendered in reviewable error and had to be redetermined. The issue was whether the RPD erred in its determination of the effect of *Canada (Attorney General) v. Ward* on other precedents with respect to the issue of state protection.

*Held*, the application should be allowed.

In *Canada v. Villafranca*, which was rendered before *Ward*, the Federal Court of Appeal established that in a context of terrorism, if the state makes "serious efforts" to protect its citizens from terrorist activities, a claim that the victims of terrorism are unable to avail themselves of such protection will be insufficient if the state is not always successful at protecting them. "Serious efforts" are equated to a state's "due diligence" efforts to provide practical state protection. A state does not make "serious efforts" to protect women simply by making due diligence preparations to do so. Effective state protection must be understood as the state's current ability to protect women. Further, women are not protected by non-governmental agencies that advise or shelter women from the violence. Therefore, the term "serious efforts" must be viewed at the operational level of the protection services offered by the state. The test is whether the police are capable of accepting and acting on a complaint in a credible and earnest manner. *Ward*, which set out clear criteria to be applied when a person claims protection from Canada, amended the decision in *Villafranca* in that it clearly stated the quantity and quality of the evidence that a claimant must produce to rebut the presumption of state protection, i.e. a claimant is only required to provide "some clear and convincing evidence" to rebut the presumption. This counters the point of law in *Villafranca* that a claimant cannot merely show that his government has not always been effective at protecting persons in his particular situation. Therefore, evidence of the failure of state authorities to effectively respond to requests from women for protection from violent

réfugié a rejeté la demande d'asile de la demanderesse au motif que cette dernière n'a pas réussi à réfuter la présomption qu'elle bénéficierait de la protection de l'État si elle était renvoyée au Brésil. La demanderesse a survécu à des actes de violence extrêmes commis par son puissant beau-père au Brésil. Elle craint qu'ils ne reprennent si elle est contrainte de retourner dans ce pays. La SPR a tenu pour véridique la preuve de la demanderesse concernant les violences qu'elle a subies et ses tentatives d'obtenir la protection de l'État brésilien et la SPR a reconnu que cette preuve constitue la preuve d'une crainte fondée de persécution, tant sur le plan objectif que sur le plan subjectif. Cependant, parce que la décision de la SPR contient deux conclusions de fait qui ne sont pas étayées par la preuve versée dans le dossier (notamment que la demanderesse n'a jamais demandé de soins médicaux et l'absence de documents de la demanderesse se rapportant aux rapports de police à l'étranger), les deux parties ont admis qu'il y avait erreur susceptible de contrôle et l'affaire devait être renvoyée pour nouvel examen. Il s'agissait de savoir si la SPR a déterminé correctement l'effet de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward* sur d'autres précédents portant sur la question de la protection de l'État.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Dans l'arrêt *Canada c. Villafranca*, décision qui a été rendue avant l'arrêt *Ward*, la Cour d'appel fédérale a statué que dans une situation de terrorisme, si l'État fait de « sérieux efforts » pour protéger ses citoyens contre les activités terroristes, le seul fait qu'il n'y réussit pas toujours ne suffit pas à justifier la prétention que les victimes du terrorisme ne peuvent pas se réclamer de sa protection. L'expression « sérieux efforts » équivaut à la « diligence raisonnable » déployée par l'État pour assurer concrètement la protection des personnes. On ne saurait dire que l'État fait de « sérieux efforts » pour protéger les femmes du seul fait qu'il prend certaines mesures préventives avec diligence. Pour assurer concrètement la protection des personnes, l'État doit être capable, à l'heure actuelle, de les protéger. De plus, les femmes ne sont pas protégées par les organismes non gouvernementaux dont la mission est de conseiller les femmes ou de les mettre à l'abri de la violence. Par conséquent, le sérieux des efforts faits doit être apprécié au regard de la protection des personnes assurée par l'État sur le terrain. Le critère est celui de savoir si la police est en mesure de recevoir une plainte et d'agir avec empressement et bonne volonté. L'arrêt *Ward*, qui expose les critères précis d'appréciation des demandes d'asile présentées au Canada, a modifié la décision rendue dans *Villafranca* en ce qu'il s'exprime clairement sur la quantité et la qualité des preuves que le demandeur d'asile doit produire pour réfuter la présomption que l'État assure la protection des personnes; en d'autres termes, le demandeur d'asile est uniquement tenu de produire une « preuve claire et convaincante » pour réfuter la présomption. Cela va à

sexual predators can constitute some clear and convincing evidence rebutting the presumption of state protection. Also, because *Ward* requires that a contextual approach be taken in evaluating each and every claim for protection, without reliance on any generalized pre-conceptions, the principle in *Villafranca* that *inter alia* civil war and collapse of internal order will normally be required to support a claim of inability to protect is no longer valid and applicable.

With respect to the realistic ability of a claimant to discharge the evidentiary burden of having sought state protection, the expectation that a claimant must exhaust all courses of action that are open to him or her is relative to the full context of the circumstances of the well-founded fear being experienced and is particularly important with respect to a claim based on gender-based violence.

The RPD's statement that the applicant was required to prove that the Government of Brazil is in a condition of collapse to rebut the presumption of state protection was an error of law. It also erred in law since its decision did not have any meaningful contextual application of the law on state protection. Finally, the RPD's application of *Kadenko* to create the expectation that the applicant should have approached "higher authorities" or investigated the failure to prosecute the predator in order to establish that she attempted to access state protection resulted in a reviewable error which rendered its decision patently unreasonable. The expectations created were capricious and unrealistic since they were not based on a contextualized understanding of the applicant's real life situation in Brazil.

l'encontre du point de droit formulé dans l'arrêt *Villafranca* selon lequel il ne suffit pas que le demandeur d'asile démontre que son gouvernement n'a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation. Par conséquent, la preuve de l'échec des autorités publiques à réagir efficacement aux appels à l'aide venant de femmes menacées par des prédateurs sexuels peut être considérée comme une preuve claire et convaincante qui réfute la présomption que l'État concerné assure la protection des personnes. De même, parce que l'arrêt *Ward* précise que toutes les demandes d'asile doivent être étudiées au cas par cas, sans que l'on puisse s'appuyer sur des conceptions générales pré-établies, l'observation dans l'arrêt *Villafranca* selon laquelle le demandeur qui fait valoir l'incapacité de se réclamer de la protection de l'État doit normalement invoquer la guerre civile ou l'effondrement total de l'ordre aux pays ne tient plus en droit.

Quand il s'agit de savoir si le demandeur d'asile est raisonnablement en mesure de prouver qu'il a sollicité la protection de l'État, l'obligation pour le demandeur d'asile d'épuiser les recours qui s'offrent à lui dépend de l'ensemble des circonstances à l'origine de la crainte qu'il dit avoir et elle revêt une importance particulière pour la demande d'asile fondée sur des violences sexistes.

La déclaration de la SPR selon laquelle la demanderesse devait prouver l'état d'effondrement du gouvernement brésilien pour pouvoir réfuter la présomption que l'État assure la protection des personnes constituait une erreur de droit. De plus, la SPR a commis une erreur de droit parce que sa décision n'a pas réellement rattaché aux faits les règles relatives à la protection assurée par l'État. Enfin, l'application, par la SPR, de l'affaire *Kadenko* de telle sorte que la demanderesse aurait dû s'adresser aux « autorités supérieures » ou enquêter sur l'absence de poursuites contre le prédateur pour pouvoir démontrer qu'elle avait tenté d'obtenir la protection de l'État a donné lieu à une erreur susceptible de contrôle qui a fait en sorte que sa décision était manifestement déraisonnable. Les attentes créées étaient arbitraires, n'étant pas fondées parce qu'il n'a pas été tenu compte du mode de vie réel et concret de la demanderesse au Brésil.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (F.C.A.); *Elcock v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (F.C.T.D.); *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; (1990), 67 Man. R. (2d)

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL); *Elcock c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1438 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.

1; [1990] 4 W.W.R. 1; 55 C.C.C. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 329; 108 N.R. 321.

CONSIDERED:

*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334; 18 Imm. L.R. (2d) 130; 150 N.R. 232 (F.C.A.); *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605; (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 81; 126 N.R. 126 (C.A.).

REFERRED TO:

*Franklyn v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1249; *Vidhani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 60 (T.D.); *G.D.C.P. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 989; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board denying the applicant refugee status based on a finding that she had failed to rebut the presumption of state protection. Application allowed.

APPEARANCES:

*Rocco Galati* for applicant.  
*Linda Chen* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Galati, Rodrigues & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n°1189 (C.A.) (QL); *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

*Franklyn c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1249; *Vidhani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 60 (1<sup>re</sup> inst.); *G.D.C.P. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 989; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugiée craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Toronto : Butterworths, 1991.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de la demanderesse au motif que cette dernière n'a pas réussi à réfuter la présomption de protection de l'État. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Rocco Galati* pour la demanderesse.  
*Linda Chen* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Galati, Rodrigues & Associates*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] CAMPBELL J.: In the present case, the applicant is the survivor of extreme violence perpetrated by her powerful stepfather while living in Brazil, and she fears the violence will continue if she is made to return to that country. On this ground she claims protection. The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD) accepted her evidence but did not grant protection on a finding that she failed to rebut the presumption that the state of Brazil can protect her if she returns.

[2] Prior to the hearing of the present application, the respondent agreed that the RPD's decision was rendered in reviewable error because two important factual findings in the RPD's decision are not supported by the evidence on the record, and, as a result, without the application going to hearing, requested the applicant to consent to her claim being sent back for re-determination. Counsel for the applicant refused to consent on the argument that the RPD erred in its determination on the issue of state protection, and that this determination must be scrutinized so that, on the inevitable redetermination, state protection can be properly determined. I agree with this argument. Therefore, given the admitted reviewable error, this matter will be sent back for re-determination but on directions.

[3] On the issue of state protection, the applicant argues that, while the RPD is correct in applying the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 (*Ward*), the decision under review is in reviewable error because the RPD fails to correctly determine the effect of *Ward* on other precedents with respect to the issue of state protection. I agree with this argument. The analysis which leads to this conclusion has four components: the RPD's findings of fact; the RPD's findings of law; my opinion on the correct state of the law; and findings of reviewable error in the RPD's decision. In addition, the

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE CAMPBELL : Dans la présente affaire, la demanderesse a survécu à des actes de violence extrêmes commis par son puissant beau-père alors qu'elle vivait au Brésil, et elle craint qu'ils ne reprennent si elle est contrainte de retourner dans ce pays. Elle voudrait pour ce motif obtenir l'asile. La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR) a accepté son témoignage, mais ne lui a pas accordé l'asile parce qu'elle a conclu qu'elle n'avait pas réfuté la présomption selon laquelle elle peut obtenir la protection de l'État si elle retourne au Brésil.

[2] Avant l'instruction de la présente demande, le défendeur a reconnu que la décision de la SPR était entachée d'une erreur susceptible de contrôle parce que deux importantes conclusions de fait qu'elle renferme ne sont pas étayées par la preuve versée dans le dossier, et il a, en conséquence, prié la demanderesse de consentir, sans que la demande soit instruite par la Cour, à ce que sa demande d'asile soit renvoyée à la SPR pour nouvel examen. L'avocat de la demanderesse a refusé ce consentement au motif que la SPR a commis une erreur lorsqu'elle a conclu à l'existence de la protection de l'État et que cette conclusion devait être examinée attentivement afin qu'il soit statué correctement sur la question de la protection de l'État vu qu'une nouvelle décision était incontournable. Je partage cet avis. Par conséquent, vu qu'il a été admis qu'il y avait erreur susceptible de contrôle, la présente affaire sera renvoyée pour nouvel examen, mais assortie de directives.

[3] Sur la question de la protection de l'État, la demanderesse fait valoir que, même si la SPR est fondée à appliquer l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 (l'arrêt *Ward*), la décision contestée en l'espèce est entachée d'une erreur susceptible de contrôle parce que la SPR n'a pas correctement déterminé l'effet de la jurisprudence *Ward* sur d'autres précédents portant sur la question de la protection étatique. Je partage cet avis. L'analyse qui me conduit à statuer ainsi comporte quatre volets : les conclusions de fait de la SPR; les conclusions de droit de la SPR; mon

issues of directions on the redetermination and costs are addressed.

#### I. The facts found by the RPD

[4] In its decision of September 1, 2005, prior to making findings on state protection upon which the decision turns, the RPD states the applicant's evidence of the violence she has suffered and her attempts to access state protection in Brazil. Since no negative credibility finding is made, I find that the RPD accepted the applicant's evidence as true, and, subject to correction on two points, the statement constitutes facts upon which the claim for protection should be decided.

[5] The following are the factual findings the officer made (Tribunal decision, at pages 2-3):

The claimant testified that starting 2001, Silva regularly sexually harassed, beat and attempted to rape her when he began to cohabit with the claimant's mother when they lived in Juiz de Fora in Minas Gervais. In 2001, the claimant telephoned the police once and they came to the house, but spoke only to Silva and not with the claimant. She testified that because Silva is a retired colonel and a wealthy farmer, who was friendly with the authorities, no further action was taken by the police. Allegedly, the unwelcome sexual assaults continued, but the claimant never sought protection again although Silva continued his harassment unabated for years, until early 2004 when she moved to Sao Paulo, a distance of 600 km. from her former home. After several months, in August 2004, Silva came to Sao Paulo and attempted to rape and assaulted the claimant, but she was able to escape. The claimant reported this incident to the police in Sao Paulo and was given access to psychological counselling and medical support, but despite years of alleged abuse she never sought or required medical treatment. After this August 2004 incident, the claimant spoke to the police a second time in August, and once in September. When the claimant reported to the designated Police Station for the Defence of Women, they told her that they would check into Silva's background and take some action. This special station referred her to two non-governmental organizations (NGO), "Pro Women" where they did a psychological report and "Women's United" where she received additional psychological support. The last time that the claimant saw Silva was in September 2004, when she came out of hiding from her friend's house to visit her

avis sur l'état du droit; enfin l'erreur susceptible de contrôle qui a entaché la décision de la SPR. Sont également examinées la question des directives qui devront être suivies au cours du réexamen, et la question des dépens.

#### I. Les faits constatés par la SPR

[4] Dans sa décision du 1<sup>er</sup> septembre 2005, avant de se prononcer sur la question de la protection de l'État, qui a été décisive, la SPR expose le témoignage de la demanderesse concernant les violences qu'elle a subies et ses tentatives d'obtenir la protection de l'État brésilien. Puisque la SPR n'a pas dit qu'elle ne croyait pas la demanderesse, j'en déduis qu'elle a tenu pour véridique son témoignage et, sous réserve de deux rectifications, la demande d'asile devra être jugée selon les faits qu'elle a constatés.

[5] Les conclusions de fait de la SPR sont les suivants (décision du tribunal, aux pages 2 et 3) :

La demandeur d'asile a déclaré que Silva a commencé à la harceler sexuellement et à la battre régulièrement à compter de 2001, lorsqu'il a commencé à cohabiter avec sa mère à Juiz de Fora, dans l'État de Minas Gervais, et a tenté de la violer. En 2001, la demandeur d'asile a appelé la police une fois et des policiers se sont rendus chez elle; toutefois, ils ont seulement parlé à Silva, pas à la demandeur d'asile. Cette dernière a indiqué que les policiers n'ont pris aucune autre mesure parce que Silva est un colonel à la retraite et un agriculteur aisé qui entretient des liens amicaux avec les autorités. Les agressions sexuelles importunes se sont censément poursuivies, mais la demandeur d'asile ne s'est jamais adressée aux autorités par la suite même si Silva a continué à la harceler sans cesse pendant des années, soit jusqu'au début de 2004 lorsqu'elle est partie s'installer à Sao Paulo, à 600 km de son ancien domicile. Silva s'est rendu à Sao Paulo plusieurs mois plus tard, soit en août 2004, et il a agressé la demandeur d'asile et a tenté de la violer, mais elle a réussi à s'enfuir. La demandeur d'asile a signalé cet incident à la police de Sao Paulo, qui lui a offert des services de consultation psychologique et un soutien médical. Malgré les années de mauvais traitements qu'elle aurait connues, elle n'a jamais demandé ni eu besoin de soins médicaux. Après l'incident survenu en août 2004, la demandeur d'asile s'est adressée à la police une deuxième fois en août, puis une troisième fois en septembre. Lorsqu'elle s'est présentée au poste de police affecté à la défense des femmes, elle s'est fait dire que des policiers vérifieraient les antécédents de Silva et prendraient des mesures. Ce poste spécial l'a dirigée vers deux organisations

apartment where he was waiting outside and he pounded on her door. The incident was never reported because the claimant planned to travel abroad. She travelled to Canada two months after Silva followed her to Sao Paulo and after her first report to the authorities in that province. On October 9, 2004, the claimant travelled to Canada where she claimed refugee protection after several weeks. The claimant testified that she was unable to obtain any documentation related to her police reports in Sao Paulo, to the police, or the NGOs and she never sought medical attention. [Emphasis added.]

[6] The facts found by the RPD constitute evidence of a well-founded fear on both objective and subjective grounds, but it is agreed that the findings emphasized by underline in the quotation above are not supported by the evidence and, therefore, should not be taken into consideration on the redetermination.

## II. The RPD's findings of law

[7] The RPD denied the applicant's claim on the basis of the following statements (Tribunal decision, at pages 4-5) :

The claimant has failed to rebut with clear and convincing evidence the presumption that the constitutional federal republic of Brazil is capable of providing protection for its citizens. There was no evidence provided that the government of Brazil is in chaos or disarray and unable to govern.

...

I find that her efforts to avail herself of state protection falls far short of a diligent attempt prior to seeking asylum abroad and does not rebut the presumption that the state can protect its citizens (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 at 726). The claimant made no effort to approach higher authorities in Sao Paulo or to ascertain if the investigation and failure to prosecute Silva was limited to a certain officer (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kadenko* (1996), 143 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 532). The claimant provided no evidence that the government of Brazil

non gouvernementales (ONG), soit « Pro Women », qui a préparé un rapport psychologique, et « Women's United », qui lui a offert un soutien psychologique supplémentaire. La demandeur d'asile a vu Silva pour la dernière fois en septembre 2004; elle s'était cachée chez une amie et était sortie pour se rendre à son appartement où il attendait à l'extérieur et frappait de grands coups sur la porte. La demandeur d'asile n'a jamais signalé cet incident parce qu'elle avait l'intention de se rendre à l'étranger. Elle est venue au Canada deux mois après que Silva l'a suivie à Sao Paulo et après s'être adressée une première fois aux autorités de cette province. Le 9 octobre 2004, la demandeur d'asile s'est rendue au Canada, où elle a demandé l'asile après plusieurs semaines. Elle a déclaré avoir été incapable d'obtenir les documents se rapportant aux plaintes qu'elle a déposées auprès de la police à Sao Paulo et aux rapports qu'elle a faits aux ONG, et elle n'a jamais demandé de soins médicaux. [Non souligné dans l'original.]

[6] Les faits constatés par la SPR constituent la preuve d'une crainte fondée de persécution, tant sur le plan objectif que sur le plan subjectif, mais les parties conviennent que les conclusions soulignées dans l'extrait susmentionné ne sont pas étayées par la preuve et qu'elles ne doivent donc pas être prises en compte dans la nouvelle décision.

## II. Les conclusions de droit de la SPR

[7] La SPR a rejeté la demande d'asile en ces termes (décision du Tribunal, aux pages 4 et 5) :

La demandeur d'asile n'a pas réussi à réfuter au moyen d'une preuve claire et convaincante la présomption de la capacité de la république fédérale constitutionnelle du Brésil d'offrir sa protection à ses citoyens. Aucun élément de preuve ne démontre que le gouvernement du Brésil était en proie au chaos ou au désarroi et qu'il était incapable de gouverner.

[...]

Je conclus que la demandeur d'asile n'a pas fait les efforts raisonnables nécessaires pour obtenir la protection de l'État avant de demander l'asile à l'étranger et n'a pas réfuté la présomption selon laquelle l'État peut protéger ses citoyens (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, p. 726). La demandeur d'asile n'a fait aucun effort pour communiquer avec les autorités supérieures à Sao Paulo ou pour savoir si l'enquête sur Silva et le défaut de le poursuivre relevaient d'un policier en particulier (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kadenko* (1996), 143



is in disarray and unable to govern and as perfect protection (*Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (F.C.A.) and protection for all citizens at all times (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 130), is not the criteria for adequate protection.

### III. The correct state of the law on state protection

[8] The focus in this component is *Ward* and the following decisions of the Federal Court of Appeal, as it then was (Court of Appeal): *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (*Zalzali*); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334 (*Villafranca*); and *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (*Kadenko*). Each decision will be described, with some comment, in the order that they were decided.

#### A. The decision in *Zalzali*

[9] *Zalzali*, a decision rendered prior to *Ward*, concerns a national of Lebanon who claimed refugee protection based on a well-founded fear from militias in Lebanon due to his political opinions. An important feature of the claim is the fact that, at the time, the national government exercised control over no part of the country. In the decision, writing on behalf of Justices Hugessen and MacGuigan, Justice Décary states that the principal question for determination is whether there can be persecution where there is no form of guilt, complicity or participation by the state in question, and answers in the affirmative. In addition, Justice Décary makes the following observations: a state's inability to protect is governed by objective criteria which can be verified independently of the fear experienced (page 611); and in so far as it is established that meaningful national protection is available to a claimant, a fear of persecution cannot be said to exist (quoting Professor Hathaway [*The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991] with approval, at page 613). The following findings were also made (at pages 614-616):

D.L.R. (4th) 532 (C.A.F.)). La demandeur d'asile n'a produit aucun élément de preuve démontrant que le gouvernement du Brésil est en proie au désarroi et est incapable de gouverner. De plus, la protection parfaite (*Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.F.)) et la protection de chacun des citoyens en tout temps (*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 130 (C.A.F.)) ne sont pas les critères à appliquer pour déterminer si la protection offerte est adéquate.

### III. L'état du droit en matière de protection de l'État

[8] L'élément principal de ce volet est constitué par la jurisprudence *Ward* et la jurisprudence ultérieure de la Cour d'appel fédérale, comme elle s'appelait alors (la Cour d'appel) : *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (l'arrêt *Zalzali*); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189; et *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (QL) (l'arrêt *Kadenko*). Tous ces arrêts seront évoqués, avec quelques observations, dans l'ordre dans lequel ils ont été rendus.

#### A. L'arrêt *Zalzali*

[9] L'arrêt *Zalzali*, rendu avant l'arrêt *Ward*, concernait un Libanais qui avait fait une demande d'asile parce qu'il disait craindre les milices au Liban en raison des ses opinions politiques. Un élément important de la demande était le fait que, à l'époque, le gouvernement national n'exerçait son autorité sur aucune région du pays. Dans l'arrêt, le juge Décary, s'exprimant au nom des juges Hugessen et MacGuigan, disait que la question en litige principale était de savoir s'il peut y avoir persécution en l'absence complète de la culpabilité, complicité ou participation de l'État en question, et il a répondu par l'affirmative. Le juge Décary a fait aussi les observations suivantes : l'incapacité de l'État d'assurer la protection des personnes est constatée en fonction de critères objectifs qui peuvent être vérifiés indépendamment de la crainte ressentie par l'intéressé (à la page 611); et, dans la mesure où il est établi que le demandeur d'asile dispose concrètement de la protection de l'État, on ne saurait conclure à l'existence d'une crainte de persécution (voir à la page 613, où le juge Décary s'est appuyé sur un

There are probably several reasons beyond a person's control why he might be unable to claim the protection of a State, one of them being, and this is obvious, the non-existence of a government to which that person may resort. There are situations, and the case at bar is one of them, in which the political and military circumstances in a country at a given time are such that it is simply impossible to speak of a government with control of the territory and able to provide effective protection. Just as a state of civil war is no obstacle to an application for refugee status, (see *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (C.A.)) so the non-existence of a government equally can be no obstacle.

...

In the case at bar the Refugee Division blamed the appellant for not trying to obtain protection from the Lebanese army. The evidence is that no established authority was able to provide the appellant with the desired protection. In the circumstances, therefore, the appellant was unable [underlining in original] to avail himself of the protection of his country, and far from disqualifying him, this, on the contrary enabled him to meet one of the conditions imposed in the definition of a refugee. [Emphasis added.]

#### B. The decision in Villafranca

[10] Some six months before the decision in *Ward* was rendered, the decision in *Villafranca* was delivered. *Villafranca* concerns a policeman from the Philippines who, because he had been marked for death by a communist terrorist group, fled his country in fear for his life. On review of the Refugee Division's decision granting refugee protection, the decision was set aside for the reason that, in reaching its decision, the Refugee Division failed to address the issue of state protection. Writing on behalf of Justices Marceau and Décary, Justice Hugessen made a number of observations; those that require comment are numbered in square brackets for easy reference [at page 337]:

The burden of showing that one is not able to avail oneself of the protection of one's own state is not easily satisfied. The

texte du professeur Hathaway [*The Law of Refugee Status*, Toronto : Butterworths, 1991] allant dans ce sens). Le juge Décary a aussi tiré les conclusions suivantes [aux pages 614 à 616] :

Il existe vraisemblablement plusieurs raisons indépendantes de sa volonté pour lesquelles une personne ne pourrait se réclamer de la protection de l'état, l'une d'elle, et c'est l'évidence même, étant la non-existence d'un gouvernement auquel cette personne pourrait s'adresser. Il est des cas, et le cas sous étude en est un, où la situation politique et militaire dans un pays est telle, à un moment précis, qu'on ne peut tout simplement pas parler de gouvernement ayant contrôle du territoire et étant en mesure d'offrir une protection efficace. De même qu'une situation de guerre civile ne fait point obstacle à une demande de statut (note : voir *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.)), de même la non-existence d'un gouvernement ne saurait non plus y faire obstacle.

[...]

Dans le cas présent, la section du statut a reproché à l'appelant de n'avoir pas essayé d'obtenir la protection de l'armée libanaise. Or, la preuve est à l'effet qu'aucune autorité établie n'était en mesure de fournir à l'appelant la protection souhaitée. L'appelant ne pouvait donc pas, [soulignement dans l'original] dans les circonstances, se réclamer de la protection de son pays, ce qui, loin de le disqualifier, lui permettait au contraire de remplir l'une des conditions imposées dans la définition de réfugié. [Non souligné dans l'original.]

#### B. L'arrêt Villafranca

[10] Environ six mois avant que la Cour suprême du Canada rende l'arrêt *Ward*, la Cour d'appel fédérale rendait l'arrêt *Villafranca*. Il s'agissait d'un policier originaire des Philippines qui, craignant pour sa vie parce qu'un groupe terroriste communiste l'avait inscrit sur sa liste des personnes à abattre, avait fui son pays. La Section du statut de réfugié avait fait droit à sa demande d'asile, mais sa décision fut annulée au motif que, dans celle-ci, la Section du statut de réfugié n'avait pas examiné la question de la protection de l'État. S'exprimant au nom des juges Marceau et Décary, le juge Hugessen a fait plusieurs observations; celles qui appellent des commentaires sont, par commodité, numérotées par des chiffres entre crochets [aux paragraphes 6 et 7] :

Il n'est pas facile de se décharger de l'obligation de prouver que l'on ne peut pas se réclamer de la protection de

test is an objective one and involves the claimant showing either that he is physically prevented from seeking his government's aid (clearly not the case here) or that the government itself is in some way prevented from giving it.

[1] No government that makes any claim to democratic values or protection of human rights can guarantee the protection of all of its citizens at all times. [2] Thus, it is not enough for a claimant merely to show that his government has not always been effective at protecting persons in his particular situation. Terrorism in the name of one warped ideology or another is a scourge afflicting many societies today; its victims, however much they may merit our sympathy, do not become convention refugees simply because their governments have been unable to suppress the evil. Where, however, the state is so weak, and its control over all or part of its territory so tenuous as to make it a government in name only, as this Court found in the case of *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605, 14 Imm. L.R. (2d) 81, 126 N.R. 126, a refugee may justly claim to be unable to avail himself of its protection. [3] Situations of civil war, invasion or the total collapse of internal order will normally be required to support a claim of inability. [4] On the other hand, where a state is in effective control of its territory, has military, police and civil authority in place and makes serious efforts to protect its citizens from terrorist activities, the mere fact that it is not always successful at doing so will not be enough to justify a claim that the victims of terrorism are unable to avail themselves of such protection. [Emphasis added.]

[11] In the passages emphasized in the quotation above, there are two distinct components to Justice Hugessen's observations. The first component comprises two statements of general principle (i.e. [1] and [2]) which build on the decision in *Zalzali*: first, a democratic state cannot guarantee the protection of all of its citizens at all times; and, second, in order for a claimant to discharge the evidentiary burden of establishing that his or her state is unable to provide effective protection, it is just not enough to prove that the state has "not always been effective," that is, it has failed more than once to protect persons in the claimant's particular situation. The first statement is understandable without knowing the context, and is an obvious fact of life. However, the second statement requires cautious application. It can be fairly argued that

son propre pays. Le test applicable est objectif, le demandeur étant tenu de démontrer qu'il lui est physiquement impossible de rechercher l'aide de son gouvernement (ce n'est clairement pas le cas ici) ou que le gouvernement lui-même ne peut d'une façon quelconque la lui accorder.

[1] Aucun gouvernement qui professe des valeurs démocratiques ou affirme son respect des droits de la personne ne peut garantir la protection de chacun de ses citoyens en tout temps. [2] Ainsi donc, il ne suffit pas que le demandeur démontre que son gouvernement n'a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation. Le terrorisme au service d'une quelconque idéologie perverse est un fléau qui afflige aujourd'hui de nombreuses sociétés; ses victimes, bien qu'elles puissent grandement mériter notre sympathie, ne deviennent pas des réfugiés au sens de la convention simplement parce que leurs gouvernements ont été incapables de supprimer ce mal. Toutefois, lorsque l'État se révèle si faible, et sa maîtrise sur une partie ou sur l'ensemble de son territoire est si tenue qu'il n'est qu'un gouvernement nominal, comme cette Cour a trouvé que c'était le cas dans l'arrêt *Zalzali c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1991] 3 C.F. 605, un réfugié peut à bon droit affirmer être incapable de se réclamer de sa protection. [3] Le demandeur qui fait valoir cette incapacité doit normalement invoquer la guerre civile, une invasion ou l'effondrement total de l'ordre au pays. [4] Par contre, lorsqu'un État a le contrôle efficient de son territoire, qu'il possède des autorités militaires et civiles et une force policière établies, et qu'il fait de sérieux efforts pour protéger ses citoyens contre les activités terroristes, le seul fait qu'il n'y réussit pas toujours ne suffit pas à justifier la prétention que les victimes du terrorisme ne peuvent pas se réclamer de sa protection. [Non souligné dans l'original.]

[11] Dans les passages soulignés de l'extrait susmentionné, les observations du juge Hugessen comportent deux volets distincts. Le premier volet est constitué par deux énoncés de principe généraux (c'est-à-dire aux paragraphes [1] et [2]), formulés à partir de la jurisprudence *Zalzali* : d'abord, un État démocratique ne peut garantir en tout temps la protection de chacun de ses citoyens; et, deuxièmement, pour que le demandeur d'asile arrive à démontrer que l'État dont il est ressortissant n'est pas en mesure de lui assurer une protection adéquate, il ne lui suffit pas de prouver que l'État « n'a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation », c'est-à-dire qu'il n'a pas réussi, à plus d'une reprise, à assurer la protection de personnes qui se trouvaient dans la situation du demandeur d'asile. Le premier principe peut se

the statement might apply in some or most claims, but whether it applies in any given claim depends upon an evaluation of the context in which that particular claim arises. That is, whether one failure, a few failures, or a number of failures, arising in a particular context is proven, inability is a conclusion for a decision maker to draw on the evidence presented.

[12] The second component comprises two statements (i.e. [3] and [4]) pertaining to state protection in a claim dealing with fear of terrorism and must be read in this light. Terrorism, by its very nature, is a direct threat to a state's authority. Therefore, it is fair to assume that a state will act to preserve itself, and its failure to meet all terrorist attempts to arrest its lawful authority cannot be accepted as lack of acceptance of responsibility to do so or lack of ability to do so. It is within the context of a claim based on fear of terrorism that the words in statement [3] have meaning. The use of the word "normally" is an acknowledgement that state collapse is not needed in every case of fear of terrorism to prove state inability; again, the context drives the result.

[13] With respect to statement [4], the use of "serious efforts" in this sentence is equated to a state's "due diligence" efforts to provide practical state protection. However, there is a sharp difference between due diligence in developing policy and giving education on a certain issue and putting the policy or education into actual operation. This point has particular importance to protection against violence against women if the sentence under consideration is extended to contexts other than terrorism.

comprendre sans que l'on connaisse le contexte, car il s'agit d'une évidence. Cependant, le deuxième énoncé doit être appliqué de manière circonspecte. On peut raisonnablement soutenir que ce principe est susceptible de s'appliquer à certaines ou à la plupart des demandes d'asile, mais en ce qui concerne la question de savoir s'il est applicable à telle ou telle demande d'asile, il est nécessaire d'apprécier le contexte. Plus précisément, c'est au décideur qu'il appartient de dire, d'après la preuve produite, si une défaillance de l'État, quelques défaillances ou un certain nombre de défaillances, survenues dans un contexte donné, confirme son incapacité à protéger les personnes.

[12] Le deuxième volet comporte deux principes (c'est-à-dire aux paragraphes [3] et [4]) ayant trait à la protection de l'État relativement à la demande d'asile fondée sur la crainte du terrorisme, et ils doivent être lus sous cet angle. Le terrorisme, de par sa nature même, constitue une menace directe à l'autorité de l'État. Il est donc juste de supposer que l'État agira afin de se protéger, et son échec à repousser toutes les tentatives terroristes visant à nuire à son autorité légitime ne saurait être assimilé à un refus d'accepter son obligation d'agir, ou à une incapacité d'agir. C'est dans le contexte de la demande d'asile fondée sur la crainte du terrorisme que le principe formulé au paragraphe [3] prend tout son sens. L'emploi du terme « normalement » revient à admettre que l'effondrement de l'État n'est pas nécessaire dans tous les cas où il y a crainte de terrorisme pour que soit prouvée l'incapacité de l'État d'assurer la protection des personnes; là encore, le contexte dicte l'issue de la cause.

[13] En ce qui concerne le principe énoncé au paragraphe [4], l'expression « sérieux efforts » dans cette phrase équivaut à la « diligence raisonnable » déployée par l'État pour assurer concrètement la protection des personnes. Cependant, il y a une nette différence entre la diligence raisonnable relative à l'élaboration d'une politique et à la sensibilisation à certaines questions, d'une part, et la mise en œuvre concrète de cette politique ou des mesures de sensibilisation, d'autre part. Cet élément revêt une importance particulière en matière de protection des femmes d'actes de violence si cette expression est rattachée à des situations autres que le terrorisme.

[14] It cannot be said that a state is making “serious efforts” to protect women merely by making due diligence preparations to do so, such as conducting commissions of inquiry into the reality of violence against women, the creation of ombudspersons to take women’s complaints of police failure, or gender-quality education seminars for police officers. Such efforts are not evidence of effective state protection which must be understood as the current ability of a state to protect women (see *Franklyn v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1249, at paragraph 21).

[15] Further, women are not protected by non-governmental agencies that advise or shelter women from the violence. Indeed, the Refugee Board’s *Guidelines issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (Gender Guidelines) agrees (section C.2):

Also, the fact that the claimant did or did not seek protection from non-government groups is irrelevant to the assessment of the availability of state protection. [Emphasis added.]

Therefore, “serious efforts” must be viewed at the operational level of the protection services offered by the state. As stated in *Elcock v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 175 F.T.R. 116 (F.C.T.D.), at paragraph 15:

Ability of a state to protect must be seen to comprehend not only the existence of an effective legislative and procedural framework but the capacity and the will to effectively implement that framework. [Emphasis added.]

[16] For example, when a woman calls the police at 3:00 am to say that her estranged husband is coming through the window, the question is, are the police ready, willing, and able to make serious efforts to arrive in time to protect her from being killed? While it is true

[14] On ne saurait dire que l’État fait de « sérieux efforts » pour protéger les femmes du seul fait qu’il prend certaines mesures préventives avec diligence, par exemple en instituant des commissions d’enquête chargées d’examiner la réalité de la violence contre les femmes, en créant des postes de médiateurs chargés de recevoir les plaintes de femmes contre l’inertie policière, ou en organisant à l’intention des policiers des séminaires destinés à les sensibiliser à l’égalité des sexes. De tels efforts ne prouvent pas que l’État assure concrètement la protection des femmes, en d’autres termes, qu’il est capable, à l’heure actuelle de les protéger (voir la décision *Franklyn c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1249, au paragraphe 21).

[15] De plus, les femmes ne sont pas protégées par les organismes non gouvernementaux dont la mission est de conseiller les femmes ou de les mettre à l’abri de la violence. En effet, vont dans ce sens les *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l’immigration : Directives n° 4: Revendicatrices du statut de réfugié craignant d’être persécutées en raison de leur sexe* (Directives concernant la persécution fondée sur le sexe) (section C.2) :

En outre, que la revendicatrice ait ou non cherché à obtenir la protection de groupes non gouvernementaux ne doit avoir aucune incidence sur l’évaluation de la protection qu’offre l’État. [Non souligné dans l’original.]

Par conséquent, le sérieux des efforts faits doit être apprécié au regard de la protection des personnes assurée par l’État sur le terrain. Comme le disait la Cour dans la décision *Elcock c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1438 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 15 :

Non seulement le pouvoir protecteur de l’État doit-il comporter un encadrement légal et procédural efficace, mais également la capacité et la volonté d’en mettre les dispositions en œuvre. [Non souligné dans l’original.]

[16] Par exemple, lorsqu’une femme appelle la police à 3 heures du matin pour lui dire que son mari dont elle est séparée est en train de s’introduire chez elle en passant par la fenêtre, la question est la suivante : la police est-elle prête, disposée et apte à faire de sérieux

that even the best trained, educated, and properly motivated police force might not arrive in time, the test for “serious efforts” will only be met where it is established that the force’s capability and expertise is developed well enough to make a credible, earnest attempt to do so, from both the perspective of the woman involved and the concerned community. The same test applies to the help that a woman might be expected to receive at the complaint counter at a local police station. That is, are the police capable of accepting and acting on her complaint in a credible and earnest manner? Indeed, in my opinion, this is the test that should not only be applied to a state’s “serious efforts” to protect women but should be accepted as the appropriate test with respect to all protection contexts.

### C. The decision in *Ward*

[17] The unanimous decision in *Ward* comprises the Supreme Court of Canada’s seminal statement on refugee protection law. In the decision, the Court sets out clear criteria to be applied when a person claims protection from Canada. The critical paragraphs of Justice La Forest’s decision are quoted in the Appendix to these reasons, from which the following instructive points can be stated:

1. The evidentiary burden rests with a claimant to establish a well-founded prospective fear of persecution, on both subjective and objective grounds, if returned to his or her country of origin. It is presumed that, if his or her state is unable to provide effective protection, the objective element of the burden is discharged (pages 722 and 726).

2. The state of origin is presumed to be capable of protecting its citizens, and the claimant bears the evidentiary burden of rebutting this presumption on the basis of some clear and convincing evidence (pages 724-726). For example, the evidence can include descriptions of other similarly situated persons not having received protection, and the claimant’s own testimony of having attempted to access the state’s

efforts pour arriver chez elle à temps, avant qu’il ne la tue? Il est vrai que même le corps policier le mieux formé, le plus sensibilisé et le plus motivé pourrait ne pas arriver à temps, mais le critère des « sérieux efforts » ne sera rempli que s’il est établi que la capacité et l’expertise du corps policier sont suffisamment au point pour le rendre apte à prendre véritablement les moyens requis, tant du point de vue de la femme concernée que du point de vue de la collectivité où elle vit. Le même critère s’applique à l’aide qu’une femme pourrait espérer recevoir au comptoir des plaintes d’un poste de police local. En d’autres termes, la police est-elle en mesure de recevoir sa plainte et d’agir avec empressement et bonne volonté? C’est là à mon avis le critère qui non seulement doit être suivi quand on apprécie le sérieux des efforts faits par l’État pour protéger les femmes, mais aussi doit être reconnu comme le critère pertinent quant à toutes les causes mettant en jeu la protection étatique.

### C. L’arrêt *Ward*

[17] L’arrêt *Ward*, rendu à l’unanimité par la Cour suprême du Canada, constitue la décision de principe en matière de protection des réfugiés. La Cour suprême y expose les critères précis d’appréciation des demandes d’asile présentées au Canada. Les passages essentiels de l’opinion du juge La Forest sont reproduits en annexe; on peut en tirer les principes suivants :

1. C’est au demandeur d’asile qu’il incombe d’établir qu’il a des raisons, à la fois subjectives et objectives, de craindre d’être persécuté s’il retourne dans son pays d’origine. En principe, si l’État dont il est ressortissant n’est pas en mesure de lui assurer une protection efficace, alors le demandeur d’asile a établi une crainte objective de persécution (aux pages 722 et 726).

2. La présomption est que le pays d’origine est capable de protéger ses citoyens, et c’est au demandeur d’asile qu’il appartient de réfuter cette présomption au moyen d’une preuve claire et convaincante (aux pages 724 à 726). Par exemple, il pourra évoquer le cas d’autres personnes qui se sont trouvées dans la même situation que lui et qui n’ont pas reçu de protection, ou témoigner que lui-même a tenté d’obtenir la protection de l’État,

protection, but that protection did not materialize (pages 724-726).

3. When, on the evidence, it is found to be objectively reasonable for a claimant to have sought state protection, a claimant must have approached the state for protection. However, when, on the evidence, it is found that it is unreasonable to expect the claimant to approach the state, the claimant's failure to do so will not defeat his or her claim (page 724).

#### D. The impact of *Ward* on *Villafranca*

[18] In my opinion, *Ward* amends the decision in *Villafranca* in a particularly important respect. *Ward* makes a clear statement on the quantity and quality of the evidence which a claimant must produce to rebut the presumption of state protection; that is, a claimant is only required to provide some clear and convincing evidence. Therefore, in my opinion, the statement in *Villafranca* that "it is not enough for a claimant merely to show that his government has not always been effective at protecting persons in his particular situation" cannot any longer be applied as a point of law. Thus, evidence of the failure of state authorities to effectively respond to requests from women for protection from violent sexual predators, exclusive of all other evidence, can be found to constitute some clear and convincing evidence that rebuts the presumption of state protection. Whether this finding is made depends on the quality of the evidence produced in the judgment of the decision maker involved.

[19] By leaving open how a claimant can discharge the burden to rebut the presumption of state protection by setting the test at "some clear and convincing evidence", *Ward* requires a contextual approach to be taken to evaluating each and every claim for protection, without reliance on any generalized pre-conceptions. As noted below in the analysis of *Kadenko*, the Supreme Court of Canada in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852

mais en vain (aux pages 724 à 726).

3. Si, au vu de la preuve, il est constaté qu'il est objectivement raisonnable de penser que le demandeur d'asile aurait dû demander à l'État de le protéger, alors le demandeur d'asile avait l'obligation de s'adresser à l'État pour obtenir cette protection. Cependant, si, au vu de la preuve, on constate qu'il est déraisonnable d'imaginer que le demandeur d'asile a eu la possibilité de s'adresser à l'État, alors le fait qu'il n'ait pas sollicité la protection de l'État n'entraînera pas le rejet de sa demande d'asile (à la page 724).

#### D. L'incidence de la jurisprudence *Ward* sur la jurisprudence *Villafranca*

[18] Je suis d'avis que la jurisprudence *Ward* modifie la jurisprudence *Villafranca* sous un aspect particulièrement important. Dans l'arrêt *Ward*, la Cour suprême s'est exprimée clairement sur la quantité et la qualité des preuves que le demandeur d'asile doit produire pour réfuter la présomption que l'État assure la protection des personnes; en d'autres termes, le demandeur d'asile est uniquement tenu de produire une preuve claire et convaincante. Par conséquent, je suis d'avis que l'observation de l'arrêt *Villafranca* selon laquelle « il ne suffit pas que le demandeur démontre que son gouvernement n'a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation » n'est plus d'actualité juridiquement. Ainsi, la preuve de l'échec des autorités publiques à réagir efficacement aux appels à l'aide venant de femmes menacées par des prédateurs sexuels violents peut, à elle seule, être considérée comme une preuve claire et convaincante qui réfute la présomption que l'État concerné assure la protection des personnes. Tout dépend de la force probante de la preuve produite aux yeux du décideur.

[19] La jurisprudence *Ward* a laissé en suspens la question de savoir comment le demandeur d'asile peut s'acquitter du fardeau de réfuter cette présomption : elle enseigne qu'il doit produire « une preuve claire et convaincante », en d'autres termes, toutes les demandes d'asile doivent être étudiées au cas par cas, sans que l'on puisse s'appuyer sur des conceptions générales pré-établies. Comme je le dis plus loin dans l'analyse de

(*Lavallee*) has emphasized that findings with respect to a person's conduct must be made on the basis of an understanding of what to expect of that person's conduct in the context of his or her situation. Therefore, in my opinion, in any claim, including one based on fear of terrorism, the impact of *Ward* is that the statement in *Villafranca* that "[s]ituations of civil war, invasion or the total collapse of internal order will normally be required to support a claim of inability" [underlining added] cannot any longer be applied as a point of law.

[20] Therefore, it might very well be that evidence of failures of state authorities to effectively respond to requests from women for protection from violent sexual predators will be found to constitute some clear and convincing evidence that rebuts the presumption of state protection.

#### E. The decision in *Kadenko*

[21] The decision in *Kadenko* deals with a claim of protection arising from evidence of discrimination and intolerance in Israel against Russian-speaking claimants. In setting aside the Refugee Division's decision rejecting the claim for protection, the reviewing Judge certified the following question for consideration by the Court of Appeal [at page 533]:

Where there has not been a complete breakdown of the governmental apparatus and where a State has political and judicial institutions capable of protecting its citizens, does the refusal by certain police officers to take action suffice to establish that the State in question is unable or unwilling to protect its nationals?

The Court of Appeal answered the question in the negative and, in doing so, made these statements [at pages 533-534]:

In our view, the question as worded must be answered in the negative. Once it is assumed that the state (Israel in this case) has political and judicial institutions capable of protecting its citizens, it is clear that the refusal of certain police officers to take action cannot in itself make the state

l'arrêt *Kadenko*, la Cour suprême du Canada a souligné, dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852 (l'arrêt *Lavallee*), que les constats touchant la conduite d'une personne doivent être faits en fonction de la conduite normale qu'appelait la situation où elle se trouvait. Je suis d'avis que, pour toute demande d'asile, notamment la demande d'asile fondée sur la crainte du terrorisme, au vu de la jurisprudence *Ward*, l'observation dans l'arrêt *Villafranca* selon laquelle « [l]e demandeur qui fait valoir cette incapacité doit normalement invoquer la guerre civile, une invasion ou l'effondrement total de l'ordre au pays » [soulignement ajouté] ne tient plus en droit.

[20] Par conséquent, il est fort possible que la preuve de défaillances de la part des autorités publiques à réagir efficacement à des appels à l'aide venant de femmes menacées par des prédateurs sexuels violents soit considérée comme une preuve claire et convaincante réfutant la présomption que l'État concerné appuie la protection des personnes.

#### E. L'arrêt *Kadenko*

[21] Dans l'arrêt *Kadenko*, des Israéliens russophones qui, s'estimant victimes de discrimination et d'intolérance en Israël, avaient demandé l'asile. Annulant la décision de la Section du statut de réfugié qui avait rejeté la demande d'asile, le juge saisi du recours en contrôle judiciaire a certifié la question suivante, pour examen par la Cour d'appel [au paragraphe 1] :

En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique et dans la mesure où un État possède des institutions politiques et judiciaires capables de protéger ses citoyens, le refus de certains policiers d'intervenir est-il suffisant pour démontrer que l'État en question est incapable ou refuse de protéger ses ressortissants?

La Cour d'appel a répondu à la question par la négative, après avoir fait les observations suivantes [aux paragraphes 3 à 5] :

Telle que formulée, cette question ne peut à notre avis qu'entraîner une réponse négative. Dès lors, en effet, qu'il est tenu pour acquis que l'État (en l'espèce Israël) possède des institutions politiques et judiciaires capables de protéger ses citoyens, il est certain que le refus de certains policiers



incapable of doing so. The answer might have been different if the question had related, for example, to the refusal by the police as an institution or to a more or less general refusal by the police force to provide the protection conferred by the country's political and judicial institutions.

In short, the situation implied by the question under consideration recalls the following comments by Hugessen J.A. in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 150 N.R. 232, at p. 233, 99 D.L.R. (4th) 334 (F.C.A.):

No government that makes any claim to democratic values or protection of human rights can guarantee the protection of all its citizens at all times. Thus, it is not enough for a claimant merely to show that his government has not always been effective at protecting persons in his particular situation.

When the state in question is a democratic state, as in the case at bar, the claimant must do more than simply show that he or she went to see some members of the police force and that his or her efforts were unsuccessful. The burden of proof that rests on the claimant is, in a way, directly proportional to the level of democracy in the state in question: the more democratic the state's institutions, the more the claimant must have done to exhaust all the courses of action open to him or her (See *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, at p. 176 (F.C.A.), approved by *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at p. 725, 103 D.L.R. (4th) 1.) [Emphasis added.]

[22] The statements in this passage that reiterate *Villafranca* have already been addressed above.

[23] With respect to the realistic ability of a claimant to discharge the evidentiary burden of having sought state protection, the expectation on a claimant to "exhaust all courses of action open to him or her" is relative to the full context of the circumstances of the well-founded fear being experienced. This principle is particularly important with respect to a claim based on gender-based violence (see *Vidhani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 60 (T.D.), at pages 66-67; and *G.D.C.P. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 989, at paragraph 18).

[24] The Gender Guidelines provide RPD members with the guidance that, in determining a gender-based

d'intervenir ne saurait en lui-même rendre l'État incapable de le faire. La réponse eût peut-être été différente si la question avait porté, par exemple, sur le refus de l'institution policière en tant que telle ou sur un refus plus ou moins généralisé du corps policier d'assurer la protection accordée par les institutions politiques et judiciaires du pays.

Bref, la situation que suppose ici la question nous ramène à ces propos du juge Hugessen dans *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Villafranca* ((1992), 150 N.R. 232 à la p. 233 (C.A.F.)) :

Aucun gouvernement qui professe des valeurs démocratiques ou affirme son respect des droits de la personne ne peut garantir la protection de chacun de ses citoyens en tout temps. Ainsi donc, il ne suffit pas que le demandeur démontre que son gouvernement n'a pas toujours réussi à protéger des personnes dans sa situation.

Lorsque l'État en cause est un état démocratique comme en l'espèce, le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses. Le fardeau de preuve qui incombe au revendicateur est en quelque sorte directement proportionnel au degré de démocratie atteint chez l'État en cause : plus les institutions de l'État seront démocratiques, plus le revendicateur devra avoir cherché à épuiser les recours qui s'offrent à lui. (Voir *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171, 176 (C.A.F.), approuvé par *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, 725. [Non souligné dans l'original.]

[22] Les observations dans cet extrait qui reprennent l'enseignement de la jurisprudence *Villafranca* ont déjà été évoquées plus haut.

[23] Quand il s'agit de voir si le demandeur d'asile est raisonnablement en mesure de prouver qu'il a sollicité la protection de l'État, l'obligation pour le demandeur d'asile d'« épuiser les recours qui s'offrent à lui » dépend de l'ensemble des circonstances à l'origine de la crainte qu'il dit avoir. Ce principe a une importance particulière pour la demande d'asile fondée sur des violences sexistes (voir la décision *Vidhani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 60 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 66 et 67; et la décision *G.D.C.P. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 989, au paragraphe 18).

[24] Les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe indiquent aux membres de la SPR que,

claim, it is necessary to understand what actions can be realistically expected of a woman who has suffered violence (Gender Guidelines, section C.2):

**Decision-makers should consider evidence indicating a failure of state protection if the state or its agents in the claimant's country of origin are unwilling or unable to provide adequate protection from gender-related persecution.** If the claimant can demonstrate that it was objectively unreasonable for her to seek the protection of her state, then her failure to approach the state for protection will not defeat her claim. Also, the fact that the claimant did or did not seek protection from non-government groups is irrelevant to the assessment of the availability of state protection.

**When considering whether it is objectively unreasonable for the claimant not to have sought the protection of the state, the decision-maker should consider, among other relevant factors, the social, cultural, religious, and economic context in which the claimant finds herself.** If, for example, a woman has suffered gender-related persecution in the form of rape, she may be ostracized from her community for seeking protection from the state. Decision-makers should consider this type of information when determining if the claimant should reasonably have sought state protection. [Endnotes omitted.]

[25] As guiding authority, the Gender Guidelines cite the Supreme Court of Canada's decision in *Lavallee* in endnote 31:

For a discussion of the battered woman syndrome see *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852. In *Lavallee*, Madame Justice Wilson addressed the mythology about domestic violence and phrased the myth as “[e]ither she was not as badly beaten as she claims, or she would have left the man long ago. Or, if she was battered that severely, she must have stayed out of some masochistic enjoyment of it.” The Court further indicated that a manifestation of the victimization of battered women is a “reluctance to disclose to others the fact or extent of the beatings”. In *Lavallee*, the Court indicated that expert evidence can assist in dispelling these myths and be used to explain why a woman would remain in a battering relationship.

[26] It is important to expand on the reference to *Lavallee* with respect to the relevance of applying the

lorsqu'ils instruisent une demande d'asile fondée sur des violences sexistes, il importe de comprendre à quelles réactions on peut décemment s'attendre de la part d'une femme qui a été victime de violences (Directives concernant la persécution fondée sur le sexe, section C.2) :

**Les décideurs doivent examiner la preuve démontrant l'absence de protection de l'État si l'État et ses mandataires dans le pays d'origine de la revendicatrice ne voulaient pas ou ne pouvaient pas assurer une protection appropriée contre la persécution fondée sur le sexe.** Si la revendicatrice peut montrer clairement qu'il était objectivement déraisonnable pour elle de demander la protection de l'État, son omission de le faire ne fera pas échouer sa revendication. En outre, que la revendicatrice ait ou non cherché à obtenir la protection de groupes non gouvernementaux ne doit avoir aucune incidence sur l'évaluation de la protection qu'offre l'État.

**Au moment d'évaluer s'il est objectivement déraisonnable** pour la revendicatrice de ne pas avoir sollicité la protection de l'État, **le décideur doit tenir compte, parmi d'autres facteurs pertinents, du contexte social, culturel, religieux et économique dans lequel se trouve la revendicatrice.** Par exemple, si une femme a été victime de persécution fondée sur le sexe parce qu'elle a été violée, elle pouvait ne pas demander la protection de l'État de peur d'être ostracisée dans sa collectivité. Les décideurs doivent tenir compte de ce type d'information au moment de déterminer si la revendicatrice aurait dû raisonnablement demander la protection de l'État. [Notes de bas de pages omises.]

[25] Les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe invitent le lecteur, à la note 31, à s'inspirer de l'arrêt *Lavallee*, rendu par la Cour suprême du Canada :

Une discussion sur le syndrome de la femme battue figure dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852. Dans *Lavallee*, le juge Wilson traite du mythe concernant la violence familiale : « Elle était certainement moins gravement battue qu'elle le prétend, sinon elle aurait quitté cet homme depuis longtemps. Ou, si elle était si sévèrement battue, elle devait rester par plaisir masochiste ». La Cour ajoute qu'une autre manifestation de cette forme d'oppression est « apparemment la réticence de la victime à révéler l'existence ou la gravité des mauvais traitements ». Dans *Lavallee*, la Cour a indiqué que la preuve d'expert peut aider en détruisant ces mythes et servir à expliquer pourquoi une femme reste dans sa situation de femme battue.

[26] Le renvoi à l'arrêt *Lavallee* appelle des observations supplémentaires pour ce qui concerne la

statements in *Kadenko* to the circumstances of the applicant's claim for protection.

[27] Justice Wilson in *Lavallee* enforces the concept that understanding the context in which an action or inaction takes place is essential to judging the action or inaction itself. While *Lavallee* dealt with judging the actions of a woman who killed her abusive husband, the following statements, at pages 871-874, are instructive with respect to the approach to be adopted when dealing with a gender-based claim for protection, and, indeed, other factual scenarios calling for enhanced knowledge and understanding on the part of decision makers:

Expert evidence on the psychological effect of battering on wives and common law partners must, it seems to me, be both relevant and necessary in the context of the present case. How can the mental state of the appellant be appreciated without it? The average member of the public (or of the jury) can be forgiven for asking: Why would a woman put up with this kind of treatment? Why should she continue to live with such a man? How could she love a partner who beat her to the point of requiring hospitalization? We would expect the woman to pack her bags and go. Where is her self-respect? Why does she not cut loose and make a new life for herself? Such is the reaction of the average person confronted with the so-called "battered wife syndrome". We need help to understand it and help is available from trained professionals.

The gravity, indeed, the tragedy of domestic violence can hardly be overstated. Greater media attention to this phenomenon in recent years has revealed both its prevalence and its horrific impact on women from all walks of life. Far from protecting women from it the law historically sanctioned the abuse of women within marriage as an aspect of the husband's ownership of his wife and his "right" to chastise her. One need only recall the centuries old law that a man is entitled to beat his wife with a stick "no thicker than his thumb".

Laws do not spring out of a social vacuum. The notion that a man has a right to "discipline" his wife is deeply rooted in the history of our society. The woman's duty was to serve her husband and to stay in the marriage at all costs "till death do us part" and to accept as her due any "punishment" that was meted out for failing to please her husband. One consequence

pertinence de la jurisprudence *Kadenko* en l'espèce.

[27] Dans l'arrêt *Lavallee*, la juge Wilson a expliqué clairement que la compréhension du contexte d'une réaction ou d'une absence de réaction est essentielle pour l'appréciation de cette réaction ou de cette absence de réaction. Dans cette cause, il s'agissait d'apprécier les réactions d'une femme qui avait tué son mari violent, mais les passages suivants, à savoir les pages 871 à 874, sont instructifs quant à l'approche qu'il convient d'adopter à l'égard de la demande d'asile fondée sur des violences sexistes, voire à l'égard d'autres cas exigeant de la part des décideurs un surcroît de connaissances et d'aptitude à interpréter les faits :

Une preuve d'expert relative à l'effet psychologique que peut avoir la violence sur les épouses et les conjointes de fait doit, me semble-t-il, être à la fois pertinente et nécessaire dans le contexte du présent litige. En effet, comment peut-on juger de l'état mental de l'appelante sans cette preuve? On peut pardonner au citoyen (ou au juré) moyen s'il se demande : Pourquoi une femme supporterait-elle ce genre de traitement? Pourquoi continuerait-elle à vivre avec un tel homme? Comment pouvait-elle aimer quelqu'un qui la battait tellement qu'elle devait être hospitalisée? On s'attendrait à ce que la femme plie bagage et s'en aille. N'a-t-elle aucun respect de soi? Pourquoi ne part-elle pas refaire sa vie? Telle serait la réaction de la personne moyenne devant ce qu'il est convenu d'appeler le [TRADUCTION] « syndrome de la femme battue ». Nous avons besoin d'aide pour le comprendre et cette aide, nous pouvons l'obtenir d'experts compétents en la matière.

Il est difficile d'exagérer la gravité, voire la tragédie, de la violence domestique. L'attention accrue portée à ce phénomène par les médias au cours des dernières années a fait ressortir aussi bien son caractère généralisé que ses conséquences terribles pour des femmes de toutes les conditions sociales. Loin de les en protéger, le droit a dans le passé sanctionné la violence contre les femmes à l'intérieur du mariage en tant qu'aspect du droit de propriété du mari sur sa conjointe et de son « droit » de la châtier. Qu'on se rappelle simplement la loi, en vigueur il y a plusieurs siècles, autorisant un homme à battre sa femme avec un bâton [TRADUCTION] « d'une épaisseur ne dépassant pas celle de son pouce ».

Or, les lois ne naissent pas dans un vide social. La notion qu'un homme a le droit de « discipliner » sa femme est profondément enracinée dans l'histoire de notre société. L'obligation de la femme était de servir son mari, de rester mariée à tout prix « jusqu'à ce que la mort les sépare » et de subir toute « punition » pouvant lui être infligée pour défaut

of this attitude was that “wife battering” was rarely spoken of, rarely reported, rarely prosecuted, and even more rarely punished. Long after society abandoned its formal approval of spousal abuse tolerance of it continued and continues in some circles to this day.

Fortunately, there has been a growing awareness in recent years that no man has a right to abuse any woman under any circumstances. Legislative initiatives designed to educate police, judicial officers and the public, as well as more aggressive investigation and charging policies all signal a concerted effort by the criminal justice system to take spousal abuse seriously. However, a woman who comes before a judge or jury with the claim that she has been battered and suggests that this may be a relevant factor in evaluating her subsequent actions still faces the prospect of being condemned by popular mythology about domestic violence. Either she was not as badly beaten as she claims or she would have left the man long ago. Or, if she was battered that severely, she must have stayed out of some masochistic enjoyment of it.

...

If it strains credulity to imagine what the “ordinary man” would do in the position of a battered spouse, it is probably because men do not typically find themselves in that situation. Some women do, however. The definition of what is reasonable must be adapted to circumstances which are, by and large, foreign to the world inhabited by the hypothetical “reasonable man”.

#### IV. Reviewable error in the RPD’s decision

##### A. Regarding the application of *Zalzali* and *Villafranca*

[28] In my opinion, the following statement of the RPD in the decision under review does not show a working understanding of the law on state protection:

The claimant provided no evidence that the government of Brazil is in disarray and unable to govern and as perfect protection (*Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (F.C.A.)) and protection for all citizens at all times (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 130), is not the criteria for adequate protection.

de plaire à son mari. Cette attitude a eu notamment pour conséquence que la « violence faite aux femmes » était rarement mentionnée, rarement rapportée, rarement poursuivie et encore plus rarement punie. Bien après que la société eut cessé d’approuver officiellement la violence conjugale, on continuait, et on continue encore aujourd’hui, à la tolérer dans certains milieux.

Heureusement, on constate depuis quelques années une conscience accrue qu’aucun homme n’a dans aucune circonstance le droit de brutaliser une femme. Des initiatives législatives destinées à sensibiliser les policiers, les officiers de justice et le public, ainsi que des politiques plus agressives en matière d’enquête et d’inculpation témoignent toutes d’un effort concerté dans le système de justice criminelle de prendre au sérieux la violence conjugale. Toutefois, une femme qui allègue devant un juge ou un jury avoir été battue, et qui fait valoir cela comme facteur pertinent à prendre en considération dans l’appréciation d’actes ultérieurs, risque toujours la condamnation en raison de la mythologie populaire relative à la violence domestique : Elle était certainement moins gravement battue qu’elle le prétend, sinon elle aurait quitté cet homme depuis longtemps. Ou, si elle était si sévèrement battue, elle devait rester par plaisir masochiste.

[...]

S’il est difficile d’imaginer ce qu’un « homme ordinaire » ferait à la place d’un conjoint battu, cela tient probablement au fait que, normalement, les hommes ne se trouvent pas dans cette situation. Cela arrive cependant à certaines femmes. La définition de ce qui est raisonnable doit donc être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l’hypothétique « homme raisonnable ».

#### IV. L’erreur susceptible de contrôle dont est entachée la décision de la SPR

##### A. En ce qui concerne l’application des jurisprudences *Zalzali* et *Villafranca*

[28] Je suis d’avis que les propos suivants de la SPR dans la décision contestée montrent l’absence d’une bonne compréhension des règles relatives à la protection étatique :

La demandeur d’asile n’a produit aucun élément de preuve démontrant que le gouvernement du Brésil est en proie au désarroi et est incapable de gouverner. De plus, la protection parfaite (*Zalzali c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.F.)) et la protection de chacun des citoyens en tout temps (*Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Villafranca* (1992), 18 Imm.

In particular, it appears from the statement that the applicant was required to prove that the government of Brazil is in a condition of collapse in order to rebut the presumption of state protection which, as above described, is an error in law. In addition, the decision, considered as a whole, contains no meaningful contextual application of the law on state protection, which, as above described, is also an error in law. For these reasons, I find that the RPD's decision is patently unreasonable.

#### B. Regarding the application of *Kadenko*

[29] As quoted above, with respect to the applicant's action or inaction in seeking state protection in Brazil, the RPD made the following finding:

I find that her efforts to avail herself of state protection falls far short of a diligent attempt prior to seeking asylum abroad and does not rebut the presumption that the state can protect its citizens (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 at 726). The claimant made no effort to approach higher authorities in Sao Paulo or to ascertain if the investigation and failure to prosecute Silva was limited to a certain officer (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kadenko* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532).

Thus, *Kadenko* is applied by the RPD to create the expectation that the applicant in the present case should have approached "higher authorities" or investigated the failure to prosecute the predator in order to establish that she attempted to access state protection. In my opinion, having regard to the decision in *Lavallee*, as advanced in the Gender Guidelines, the expectations are capricious because they are not based on a contextualized understanding of the applicant's real life situation in Brazil; that is, there is no evidence that, for her, the expectations are realistic. As a result, I find that the RPD's application of *Kadenko* results in a reviewable error and renders the RPD's decision patently

L.R. (2d) 130 (C.A.F.)) ne sont pas les critères à appliquer pour déterminer si la protection offerte est adéquate.

Plus précisément, il ressort de ce passage que la demanderesse devait prouver l'état d'effondrement du gouvernement brésilien pour pouvoir réfuter la présomption que l'État assure la protection des personnes, ce qui, comme je l'ai dit plus haut, constitue une erreur de droit. Au surplus, la décision de la SPR, vue globalement, montre que le décisionnaire n'a pas réellement rattaché aux faits les règles relatives à la protection assurée par l'État, ce qui, comme je l'ai dit plus haut, constitue également une erreur de droit. Pour ces motifs, je suis d'avis que la décision de la SPR est manifestement déraisonnable.

#### B. L'application de la jurisprudence *Kadenko* par la SPR

[29] Comme je l'ai dit plus haut, en ce qui concerne la manière dont la demanderesse a cherché ou n'a pas cherché à réclamer la protection de l'État brésilien, la SPR a tiré la conclusion suivante :

Je conclus que la demandeuse d'asile n'a pas fait les efforts raisonnables nécessaires pour obtenir la protection de l'État avant de demander l'asile à l'étranger et n'a pas réfuté la présomption selon laquelle l'État peut protéger ses citoyens (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, p. 726). La demandeuse d'asile n'a fait aucun effort pour communiquer avec les autorités supérieures à Sao Paulo ou pour savoir si l'enquête sur Silva et le défaut de le poursuivre relevaient d'un policier en particulier (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kadenko* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (C.A.F.)).

Ainsi, la SPR interprète la jurisprudence *Kadenko* de telle sorte qu'elle conclut que la demanderesse aurait dû s'adresser aux « autorités supérieures » ou enquêter sur l'absence de poursuites contre le prédateur pour pouvoir démontrer qu'elle avait tenté d'obtenir la protection de l'État. Je suis d'avis que, vu la jurisprudence *Lavallee*, telle que l'interprètent les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe, la conclusion de la SPR quant au comportement qu'aurait dû avoir la demanderesse est arbitraire parce qu'elle n'est pas fondée vu qu'il n'a pas été tenu compte du mode de vie réel et concret de la demanderesse au Brésil; plus précisément, il n'est pas établi que, pour elle, la démarche en question

unreasonable.

#### IV. Directions on the redetermination

[30] Counsel for the applicant argues that, given the uncontested facts found by the RPD in the decision presently under review, for the redetermination, I should direct the RPD to find that the applicant is a person in need of protection. I find that the nature of the errors in the RPD's decision make it inappropriate to do so. However, I do agree that this is an appropriate case for directions to be given.

[31] On the redetermination, I direct that a differently constituted panel of the RPD is required to apply the principles of law above described, and, in addition, is required to evaluate the evidence, including the applicant's conduct in seeking state protection, in a contextual analysis in conformity with the Gender Guidelines. As I agree with counsel for the applicant that it is unfair to the applicant to be required to prove her credibility on the redetermination when no negative credibility finding was made in the decision under review, I further direct that the redetermination be conducted on the evidence in the existing record, and the applicant's evidence already given be accepted as credible. However, I also direct that, on the redetermination, the applicant is at liberty to supply any further elaborating evidence, and any new argument, as she might consider necessary.

#### V. Costs

[32] In my opinion, special circumstances warrant an order of costs in favour of the applicant with respect to the present application, quite apart from the fair agreement reached that the RPD's decision is rendered in error of fact. I find that the special circumstance that exists for making a costs order is the challenging obligation on counsel for the applicant to deal with the

ait été réaliste. En conséquence, je conclus que l'interprétation, par la SPR, de la jurisprudence *Kadenko* constitue une erreur susceptible de contrôle et rend la décision de la SPR manifestement déraisonnable.

#### IV. Directives à suivre par la formation saisie du renvoi de l'affaire

[30] L'avocat de la demanderesse fait valoir que, vu les faits non contestés que la SPR a constatés dans la décision visée par la présente instance en contrôle judiciaire, je dois ordonner à la SPR de conclure, dans sa nouvelle décision, que la demanderesse est une personne à protéger. Je crois que, compte tenu de la nature des erreurs dont est entachée la décision de la SPR, cette demande n'est pas justifiée. Cependant, je conviens qu'il s'agit là d'un cas qui se prête à un énoncé de directives.

[31] La nouvelle formation de la SPR qui sera appelée à réexaminer l'affaire devra appliquer les principes de droit évoqués ci-dessus et aussi apprécier la preuve, y compris les démarches de la demanderesse en vue d'obtenir la protection de l'État, selon une analyse contextuelle conforme aux Directives concernant la persécution fondée sur le sexe. Je partage l'avis de l'avocat de la demanderesse selon lequel il serait injuste d'imposer à la demanderesse, durant la nouvelle instruction de sa demande d'asile, de prouver sa crédibilité puisque la SPR n'a pas dit dans sa décision qu'elle n'était pas crédible, j'ordonne donc aussi que l'affaire soit instruite à nouveau d'après la preuve versée au dossier actuel et que la preuve déjà produite par la demanderesse soit tenue pour crédible. Toutefois, j'ordonne aussi que, au cours du réexamen, la demanderesse soit libre de produire toute autre preuve explicative et tout nouvel argument, si elle le juge nécessaire.

#### V. Dépens

[32] À mon avis, des circonstances spéciales justifient une ordonnance d'adjudication de dépens en faveur de la demanderesse quant à la présente demande, outre le fait que les parties ont eu la sagesse de s'entendre sur le fait que la décision de la SPR est entachée d'une erreur de fait. Je suis d'avis que la circonstance spéciale qui justifie une telle ordonnance d'adjudication de dépens

RPD's failure to critically analyse how to properly apply the decisions in *Villafranca* and *Kadenko*. In my opinion, fixed costs of \$5,000 are warranted.

est le fait que la SPR n'a pas su interpréter correctement les jurisprudences *Villafranca* et *Kadenko*, ce qui a singulièrement compliqué la tâche de l'avocat de la demanderesse. À mon avis, il convient d'accorder 5 000 \$ au titre des dépens.

#### ORDER

Accordingly, the decision under review is set aside, and the matter is referred back for redetermination by a differently constituted panel according to the directions stated in the reasons provided.

Fixed costs are awarded to the applicant in the sum of \$5,000.

#### ORDONNANCE

En conséquence, la décision de la SPR est annulée, et l'affaire est renvoyée pour réexamen à une autre formation de la SPR, qui statuera selon les directives énoncées dans les motifs susmentionnés.

J'accorde à la demanderesse la somme forfaitaire de 5 000 \$ au titre des dépens.

#### CERTIFIED QUESTIONS

Counsel for the respondent proposes the following questions for certification:

1. Do judges of the Federal Court of Canada commit an error in law in issuing a directed verdict to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board where the original panel hearing the claim did not make any factual findings with respect to the evidence required to support a refugee claim?

2. Do judges of the Federal Court of Canada commit an error in law when they exercise their discretion in ordering costs, pursuant to Rule 22 of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, where the successful party's counsel chose to persist in arguing a legal issue which was moot?

3. Do judges of the Federal Court of Canada commit an error in law when they exercise their discretion in ordering costs pursuant to Rule 22 of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, on the basis that the complexity of the legal issues constitutes a "special reason"?

#### QUESTIONS CERTIFIÉES

L'avocate du défendeur propose que soient certifiées les questions suivantes :

1. Les juges de la Cour fédérale du Canada commettent-ils une erreur de droit s'ils obligent la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à rendre une décision déterminée, lorsque la formation originale de la Section de la protection des réfugiés qui a instruit la demande d'asile n'a pas tiré de conclusions de fait sur la preuve exigée à l'appui de la demande d'asile?

2. Les juges de la Cour fédérale du Canada commettent-ils une erreur de droit s'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en matière d'adjudication de dépens, en vertu de l'article 22 des *Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, lorsque l'avocat de la partie qui a obtenu gain de cause a persisté à plaider un point de droit qui était théorique?

3. Les juges de la Cour fédérale du Canada commettent-ils une erreur de droit s'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en matière d'adjudication de dépens, en vertu de l'article 22 des *Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, au motif que la complexité des points de droit soulevés constitue une « raison spéciale »?

To qualify for certification the issues underlying a question must: transcend the interests of the immediate parties to the litigation; be of broad significance or general application; and must be ones which could be determinative of the appeal (*Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.)).

The first question posed is based on the premise that the decision rendered herein constitutes a directed verdict. This premise is not correct. The directions given do not direct a result but relate only to the evidence to be taken into consideration on the redetermination. Therefore, I find that this question is not certifiable.

The second question posed is based on the premise that the issue of state protection was rendered moot by the respondent's consent to a redetermination due to a factual error in the RPD's decision under review. As set out in the reasons, this premise is not correct. Therefore, I find that this question is not certifiable.

In my opinion, the third question does not meet the criteria for certification and, therefore, it is not certifiable.

#### APPENDIX

Excerpts from:

*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pages 722, 724-726

It is clear that the lynch-pin of the analysis is the state's inability to protect: it is a crucial element in determining whether the claimant's fear is well-founded, and thereby the objective reasonableness of his or her unwillingness to seek the protection of his or her state of nationality. Goodwin-Gill's statement, the apparent source of the Board's proposition, reads as follows, at p. 38:

Fear of persecution and lack of protection are themselves interrelated elements. The persecuted clearly do not enjoy the protection of their country of origin,

Pour pouvoir être certifiée, la question doit transcender les intérêts des parties immédiates au litige, être d'un grand intérêt ou d'application générale, enfin être susceptible de déterminer l'issue de l'appel (arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL)).

La première question posée est fondée sur le postulat selon lequel le jugement prononcé ici comporte l'obligation de rendre une décision déterminée. C'est là un faux postulat. Les directives données ne dictent aucun résultat : elles ne se rapportent qu'à la preuve qui devra être prise en considération durant le réexamen de l'affaire. Par conséquent, je suis d'avis que cette question ne peut pas être certifiée.

La deuxième question posée est fondée sur le postulat selon lequel la question de la protection assurée par l'État est devenue théorique parce que le défendeur a consenti à faire instruire de nouveau l'affaire en raison de l'erreur de fait entachant la décision de la SPR. Comme il est indiqué dans les motifs ci-dessus, ce postulat est inexact. Par conséquent, je suis d'avis que cette question ne peut pas être certifiée.

À mon avis, la troisième question ne répond pas aux conditions applicables lorsqu'est sollicitée la certification d'une question, et elle ne peut donc pas être certifiée.

#### APPENDICE

Extraits de l'arrêt

*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pages 722 et 724 à 726

Il est clair que l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la protection : c'est un élément crucial lorsqu'il s'agit de déterminer si la crainte du demandeur est justifiée, de sorte qu'il a objectivement raison de ne pas vouloir solliciter la protection de l'État dont il a la nationalité. L'affirmation de Goodwin-Gill, qui est apparemment à l'origine de la proposition de la Commission, se lit ainsi, à la p. 38 :

[TRADUCTION] La crainte d'être persécuté et l'absence de protection sont elles-mêmes des éléments intimement liés. Les persécutés ne bénéficient manifestement pas de



while evidence of the lack of protection on either the internal or external level may create a presumption as to the likelihood of persecution and to the well-foundedness of any fear. [Emphasis added.]

Having established that the claimant has a fear, the Board is, in my view, entitled to presume that persecution will be likely, and the fear well-founded, if there is an absence of state protection. The presumption goes to the heart of the inquiry, which is whether there is a likelihood of persecution. But I see nothing wrong with this, if the Board is satisfied that there is a legitimate fear, and an established inability of the state to assuage those fears through effective protection. The presumption is not a great leap. Having established the existence of a fear and a state's inability to assuage those fears, it is not assuming too much to say that the fear is well-founded. Of course, the persecution must be real—the presumption cannot be built on fictional events—but the well-foundedness of the fears can be established through the use of such a presumption.

...

The issue that arises, then, is how, in a practical sense, a claimant makes proof of a state's inability to protect its nationals as well as the reasonable nature of the claimant's refusal actually to seek out this protection. On the facts of this case, proof on this point was unnecessary, as representatives of the state authorities conceded their inability to protect Ward. Where such an admission is not available, however, *clear and convincing confirmation* of a state's inability to protect must be provided. For example, a claimant might advance testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize. Absent *some evidence*, the claim should fail, as nations should be presumed capable of protecting their citizens. Security of nationals is, after all, the essence of sovereignty. Absent a situation of complete breakdown of state apparatus, such as that recognized in Lebanon in *Zalzali*, it should be assumed that the state is capable of protecting a claimant.

...

In summary, I find that state complicity is not a necessary component of persecution, either under the "unwilling" or under the "unable" branch of the definition. A subjective fear of persecution combined with state inability to protect the claimant creates a presumption that the fear is well-founded.

la protection de leur pays d'origine, alors que la preuve de l'absence de protection, que ce soit au niveau interne ou externe, peut créer une présomption quant à la probabilité de la persécution et au bien-fondé de la crainte. [Je souligne.]

Ayant établi que le demandeur éprouve une crainte, la Commission a, selon moi, le droit de présumer que la persécution sera *probable*, et la crainte *justifiée*, en l'absence de protection de l'État. La présomption touche le cœur de la question, qui est de savoir s'il existe une probabilité de persécution. Cependant, je ne vois rien de mal dans cela si la Commission est convaincue qu'il existe une crainte légitime et s'il est établi que l'État est incapable d'apaiser cette crainte au moyen d'une *protection efficace*. De là à formuler la présomption, il n'y a qu'un pas. Une fois établie l'existence d'une crainte et de l'incapacité de l'État de l'apaiser, il n'est pas exagéré de présumer que la crainte est justifiée. Bien sûr, la persécution doit être réelle—la présomption ne peut pas reposer sur des événements fictifs—mais le bien-fondé des craintes peut être établi à l'aide de cette présomption.

[...]

Il s'agit donc de savoir comment, en pratique, un demandeur arrive à prouver l'incapacité de l'État de protéger ses ressortissants et le caractère raisonnable de son refus de solliciter réellement cette protection. D'après les faits de l'espèce, il n'était pas nécessaire de prouver ce point car les représentants des autorités de l'État ont reconnu leur incapacité de protéger Ward. Toutefois, en l'absence de pareil aveu, il faut *confirmer d'une façon claire et convaincante* l'incapacité de l'État d'assurer la protection. Par exemple, un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidées, ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée. En l'absence d'une *preuve quelconque*, la revendication devrait échouer, car il y a lieu de présumer que les nations sont capables de protéger leurs citoyens. La sécurité des ressortissants constitue, après tout, l'essence de la souveraineté. En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, comme celui qui a été reconnu au Liban dans l'arrêt *Zalzali*, il y a lieu de présumer que l'État est capable de protéger le demandeur.

[...]

Bref, je conclus que la complicité de l'État n'est pas un élément nécessaire de la persécution, que ce soit sous le volet « ne veut » ou sous le volet « ne peut » de la définition. Une crainte subjective de persécution conjuguée à l'incapacité de l'État de protéger le demandeur engendre la présomption que

The danger that this presumption will operate too broadly is tempered by a requirement that *clear and convincing proof* of a state's inability to protect must be advanced. I recognize that these conclusions broaden the range of potentially successful refugee claims beyond those involving feared persecution at the hands of the claimant's nominal government. As long as this persecution is directed at the claimant on the basis of one of the enumerated grounds, I do not think the identity of the feared perpetrator of the persecution removes these cases from the scope of Canada's international obligations in this area. On this note, I now turn to a consideration of these enumerated grounds. [Underlining in original; italics added.]

la crainte est justifiée. Le danger que cette présomption ait une application trop générale est atténué par l'exigence d'une *preuve claire et convaincante* de l'incapacité d'un État d'assurer la protection. Je reconnais que ces conclusions élargissent l'éventail des revendications du statut de réfugié auxquelles il sera peut-être fait droit au delà de celles qui comportent la crainte d'être persécuté par le gouvernement nominal du demandeur. Dans la mesure où cette persécution vise le demandeur pour l'un des motifs énumérés, je ne crois pas que l'identité de l'auteur redouté de la persécution a pour effet de soustraire ces cas aux obligations internationales du Canada dans ce domaine. Sur ce, je passe maintenant à l'examen des motifs énumérés. [Soulignement dans l'original; italiques ajoutés.]

A-74-06  
2007 FCA 49

A-74-06  
2007 CAF 49

**Leth Farms Ltd., Wheatland Select Organic Turkey Ltd., and Arnold Leth (*Appellants*)**

**Leth Farms Ltd., Wheatland Select Organic Turkey Ltd., et Arnold Leth (*appelants*)**

v.

c.

**The Attorney General of Canada and Canadian Turkey Marketing Agency (*Respondents*)**

**Le procureur général du Canada et l'Office canadien de commercialisation du dindon (*intimés*)**

**INDEXED AS: LETH FARMS LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : LETH FARMS LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Décary and Ryer J.J.A.—Vancouver, December 14, 2006; Ottawa, January 31, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Décary et Ryer, J.C.A.—Vancouver, 14 décembre 2006; Ottawa, 31 janvier 2007.

*Agriculture — Appeal of Federal Court decision dismissing application for judicial review of National Farm Products Council's (Council) refusal to hear appellant's complaint regarding calculation of export marketings for 2003/2004 control period as remedy, relief sought beyond Council's jurisdiction — Appellants, organic turkey producers in southern Alberta, exporting most of products to United States — Alberta Turkey Producers (ATP) granted appellants turkey quota for 2003/2004 control period — However, Council approved Canadian Turkey Marketing Agency's (CTMA) Quota Regulations amendment whereby appellants not granted export quotas for export marketings in 2003/2004 control period — ATP subsequently asked CTMA to reduce overmarketing fine that would be levied against Alberta in anticipation of exceeding quota allocations — CTMA thereafter forgave portion of overmarketing penalties assessed — Appellants submitted subject complaint to Council pursuant to Farm Products Agencies Act (FPAA), s. 7(1)(f) alleging error in calculation of export marketings — Council misunderstanding nature of complaint — Not complying with own guidelines governing complaints — Should be reluctant to decline to hear complaint based on lack of authority — Federal Court erring when concluding Council's primary duty relating to establishment of agencies under FPAA, s. 6(1)(a), that Council's duties in s. 6(1)(b), (c) limited to supervisor, facilitator — Federal Court also misguided in approach when focussing on words "within its powers" in FPAA, s. 7(1)(f) since overlooking essence of provision that, in relation to complaints, Council should "take such action . . . as it deems appropriate" — Appeal allowed.*

*Agriculture — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre du refus du Conseil national de commercialisation des produits agricoles (le Conseil) d'entendre la plainte des appelants au sujet du calcul de leurs productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004 au motif que la mesure de réparation ou de redressement demandée outrepassait sa compétence — Les appelants, des producteurs de dindon biologique du sud de l'Alberta, exportent la quasi-totalité de leurs produits aux États-Unis — Les Alberta Turkey Producers (les ATP) ont attribué aux appelants un contingent de dindon pour la période réglementée 2003-2004 — Cependant, le Conseil a approuvé la modification du Règlement sur le contingentement de l'Office canadien de commercialisation du dindon (l'OCCD) selon laquelle aucun contingent n'a été attribué aux appelants relativement aux quantités qu'ils souhaitaient commercialiser sur le marché d'exportation pour la période réglementée 2003-2004 — Par la suite, les ATP ont demandé à l'OCCD de réduire la pénalité pour commercialisation excessive qui serait infligée à l'Alberta puisqu'elle dépasserait son contingent — L'OCCD a ensuite renoncé à une tranche de la pénalité pour commercialisation excessive — Les appelants ont déposé une plainte au Conseil en application de l'art. 7(1)(f) de la Loi sur les offices des produits agricoles (la LOPA) affirmant qu'il y avait eu une erreur dans le calcul de leurs productions commercialisées sur le marché d'exportation — Le Conseil a mal compris la nature de la plainte — Le Conseil n'a pas respecté ses propres lignes directrices sur les plaintes — Il devrait se montrer peu disposé à refuser d'instruire une plainte au motif de son incompétence — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'élément principal de la mission du Conseil se rapportait à la création d'offices sous le régime de l'art. 6(1)(a) de la LOPA et que les éléments prévus aux art. 6(1)(b) et c) se limitaient à un rôle de supervision et de facilitation — De même, la Cour fédérale*

*Construction of Statutes — Appeal of Federal Court decision dismissing application for judicial review of National Farm Products Council's (Council) refusal to hear complaint regarding calculation of export marketings for 2003/2004 control period on basis remedy, relief sought beyond its jurisdiction — In interpreting Farm Products Agencies Act (FPAA), ss. 6(1)(b), 7(1)(f), 21, to determine scope of Council's jurisdiction, interdependent nature of provisions considered — Given significant latitude granted Canadian Turkey Marketing Agency (CTMA) in conduct of operations, Council should be able to take broad range of actions to review CTMA's operations especially when complaint arising in relation thereto — Appeal allowed.*

This was an appeal of a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of the National Farm Products Council's (Council) refusal to hear the appellant's complaint regarding the calculation of their export marketings for the 2003/2004 control period, which resulted in a financial penalty, on the basis that the remedy or relief requested was beyond its jurisdiction. The appellants produce organic turkey products in southern Alberta, almost all of which are exported to the United States. The Canadian Turkey Marketing Agency (CTMA) established a quota system whereby turkey producers are assigned quotas that entitle them to market specified amounts of turkey in interprovincial or export trade for a 12-month period beginning on May 1. The allocation and administration of such quotas is delegated to provincial marketing boards but maximums are specified. The Alberta Turkey Producers (ATP) granted the appellants a turkey quota of 433,534 kg in live weight for the 2003/2004 control period. In November 2003, the CTMA adopted a Quota Regulations amendment whereby no export quota was granted in respect of the appellants' export marketings and that decision was approved by the Council. After these Quota Regulations became effective, the ATP asked the CTMA to reduce its overmarketing fine that would be levied against Alberta since it would exceed its quota allocations, largely due to the appellants' export marketings. The CTMA adopted a resolution forgiving a portion of overmarketing penalties assessed for Alberta for the 2003/2004 control period. The ATP notified the appellants of this resolution and of the fine that was assessed against them. The appellants sent the Council a complaint pursuant to paragraph 7(1)(f) of the *Farm Products Agencies Act* (FPAA) alleging that the CTMA had erred in the calculation of their export production marketings. The Council declined to take further action on the grounds

*s'est trompée en se focalisant sur les termes « within its powers » de la version anglaise de l'art. 7(1)f) parce que l'accent mis sur ces termes distrahit de l'essence de cette disposition, qui est que le Conseil « prend les mesures qu'il estime appropriées » — Appel accueilli.*

*Interprétation des lois — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre du refus du Conseil national de commercialisation des produits agricoles (le Conseil) d'entendre la plainte au sujet du calcul de productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004 au motif que la mesure de réparation ou de redressement demandée outrepassait sa compétence — Il faut tenir compte de l'interdépendance des art. 6(1)b), 7(1)f) et 21 de la Loi sur les offices des produits agricoles (la LOPA) pour établir l'étendue de la compétence du Conseil — Vu la grande liberté que la LOPA accorde à l'Office canadien de commercialisation du dindon (l'OCCD) touchant la manière d'exercer son activité, le Conseil devrait être habilité à prendre un large éventail de mesures pour contrôler l'activité de l'OCCD, en particulier dans le cas où cette activité donne lieu à une plainte — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre du refus du Conseil national de commercialisation des produits agricoles (le Conseil) d'entendre la plainte des appelants au sujet du calcul de leurs productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004, ce qui a entraîné une sanction pécuniaire, au motif que la mesure de réparation ou de redressement demandée outrepassait sa compétence. Les appelants produisent du dindon biologique dans le sud de l'Alberta, dont la quasi-totalité est exportée aux États-Unis. L'Office canadien de commercialisation du dindon (l'OCCD) a instauré un système de contingentement par lequel des contingents sont fixés pour les producteurs de dindon, leur permettant de commercialiser des quantités déterminées de dindon sur les marchés interprovincial ou d'exportation sur une période de 12 mois qui commence le 1<sup>er</sup> mai. Les pouvoirs de répartition et d'administration de ces contingents sont délégués aux offices provinciaux de commercialisation, mais des maximums sont précisés. Les Alberta Turkey Producers (les ATP) ont attribué aux appelants un contingent de 433 534 kg de dindon en poids vif pour la période réglementée 2003-2004. En novembre 2003, l'OCCD a adopté une modification du Règlement sur le contingentement suivant laquelle aucun contingent n'a été attribué relativement aux quantités que les appelants souhaitaient commercialiser sur le marché d'exportation et le Conseil a approuvé cette modification. Après l'entrée en vigueur du Règlement sur le contingentement, les ATP ont demandé à l'OCCD de réduire la pénalité pour commercialisation excessive qui serait infligée à l'Alberta puisqu'elle dépasserait son contingent, en grande partie du fait des produits commercialisés par les appelants. L'OCCD a adopté une résolution pour renoncer à une tranche des

that the relief requested was outside its jurisdiction.

On judicial review, the Federal Court determined that the Council's duties contained in FPAA, section 6 were relatively narrow and that its powers under section 7 were narrowly defined. It concluded that the "limited class rule" limited the scope of paragraph 7(1)(l) and that the Council's powers under that paragraph did not include "directory authority". The issue was whether the Council has the jurisdiction to hear and dispose of the appellants' complaint.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court's conclusion that the issue in the present case was whether the provisions of paragraph 7(1)(l) provided "directory authority" to the Council was an overrefinement of the problem that resulted in an error of law.

The Council's reasons indicate it did not correctly understand the nature of the complaint and believed that it was being asked to do more than simply review an alleged error in the determination of the amount of export marketing that the CTMA stipulated in its resolution. As well, Part VI, paragraph 3 of the Council's Guidelines governing complaints states that the Council may dismiss a complaint regarding a matter that is beyond its jurisdiction "after discussing the circumstances with the complainant." However, in this case, the appellants were not afforded the opportunity to have such a discussion, notwithstanding these clear provisions. The Council should be reluctant to summarily decline to hear a complaint based on a lack of authority to provide the remedy that has been requested. Given the Council's error regarding the nature of the complaint and its failure to follow the Complaint Guidelines, its decision was set aside.

The Federal Court correctly determined that the Council's powers should be considered in the context of the duties imposed in section 6. However, its conclusions that the Council's primary duty related to the establishment of agencies under paragraph 6(1)(a) and that the duties contained

pénalités pour commercialisation excessive de l'Alberta pour la période réglementée 2003-2004. Les ATP ont informé les appelants de cette résolution et de la pénalité prononcée contre eux. Les appelants ont déposé une plainte auprès du Conseil en application de l'alinéa 7(1)l) de la *Loi sur les offices des produits agricoles* (la LOPA) affirmant que l'OCCD s'était trompé dans le calcul de leurs productions commercialisées sur le marché d'exportation. Le Conseil a refusé de prendre d'autres mesures au motif que le redressement demandé outrepassait sa compétence.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a constaté que la mission du Conseil énoncée à l'article 6 de la LOPA était relativement étroite et que les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 7 étaient étroitement définis. Elle a conclu que la « règle des choses du même ordre » limitait la portée de l'alinéa 7(1)l) et que les pouvoirs conférés au Conseil par cet alinéa ne comprenaient pas le « pouvoir de directive ». Le point à trancher était celui de savoir si le Conseil a compétence pour instruire la plainte des appelants.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La conclusion de la Cour fédérale portant que le point à trancher en l'espèce était celui de savoir si l'alinéa 7(1)l) confère au Conseil le « pouvoir de donner des directives » était un excès de raffinement analytique qui a entraîné une erreur de droit.

Il appert des motifs de la décision du Conseil que celui-ci n'a pas compris correctement la nature de la plainte et qu'il pensait à tort qu'on lui demandait plus que de simplement examiner une erreur supposée dans le calcul des productions commercialisées à l'exportation sur lequel l'OCCD avait fondé sa résolution. En outre, le paragraphe 3 de la partie VI des lignes directrices sur les plaintes du Conseil dispose que celui-ci peut rejeter une plainte dont l'objet outrepassa sa compétence « après avoir discuté de la situation avec le plaignant ». Cependant, en l'espèce, on n'a pas donné aux appelants la possibilité de discuter ainsi de la situation, en dépit de ces dispositions explicites. Le Conseil devrait se montrer peu disposé à refuser sommairement d'instruire une plainte au motif de son incompétence pour accorder la mesure de redressement demandée. Vu les erreurs commises par le Conseil concernant la nature de la plainte et le fait que ce dernier a contrevenu aux lignes directrices sur les plaintes, sa décision a été annulée.

La Cour fédérale a posé à bon droit qu'il convenait d'examiner les pouvoirs du Conseil dans le contexte de la mission que lui assigne l'article 6. Cependant, ses conclusions selon lesquelles l'élément principal de la mission du Conseil se rapportait à la création d'offices sous le régime de l'alinéa

in paragraphs 6(1)(b) and (c) were limited to that of a supervisor and a facilitator were incorrect. Nothing on the face of section 6 leads to the conclusion that the duty in paragraph 6(1)(b) should be considered to be limited in its scope to supervisory or facilitative functions. Moreover, in construing the scope of paragraph 7(1)(f), the Federal Court focussed on the words “within its powers” which led to the conclusion that the Council’s powers must be limited to only those powers contained in subsection 7(1). The Court then focussed on paragraph 7(1)(f) but this approach was misguided because the focus on the words “within its powers” in paragraph 7(1)(f) drew attention away from the provision’s essence, namely, that the Council should “take such action . . . as it deems appropriate” in relation to any complaints. Also, the absence in the French version of words equivalent to “within its powers” in paragraph 7(1)(f) of the FPAA shows that no special emphasis should be given thereto in determining the proper interpretation of the scope of the Council’s powers.

The interdependent nature of paragraphs 6(1)(b), 7(1)(f) and section 21 of the FPAA must be considered when interpreting them. The words “take such action . . . as it deems appropriate” in paragraph 7(1)(f) should be construed in light of the duty that is imposed on the Council under paragraph 6(1)(b) to “review the operations of agencies with a view to ensuring that they carry out their operations in accordance with their objects.” The significant latitude that is extended to the CTMA in relation to the conduct of its operations is consistent with a broader range of actions that the Council should be able to take in fulfilling its mandate to conduct a review of the CTMA’s operations especially when a complaint has arisen in relation thereto. Therefore, the Council should direct the CTMA to correct a demonstrable computational error made in the course of its operations.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Alberta Turkey Order*, C.R.C., c. 134.  
*Alberta Turkey Producers Federal Authorization Order*, Alta. Reg. 154/2000.  
*Canadian Turkey Marketing Agency Proclamation*, C.R.C., c. 647.  
*Canadian Turkey Marketing Agency Delegation of Quota Order*, P.C. 1990-248.  
*Canadian Turkey Marketing Quota Regulations, 1990*, SOR/90-231, Schedule (as am. by SOR/2004-72, s. 1).  
*Farm Products Agencies Act*, R.S.C., 1985, c. F-4, ss. 1 (as am. by S.C. 1993, c. 3, s. 2), 3 (as am. *idem*, s. 5), 6 (as am. *idem*, s. 6), 7 (as am. *idem*, s. 7), 21, 22.

6(1)a) et que les éléments prévus aux alinéas 6(1)b) et c) se limitaient à un rôle de supervision et de facilitation étaient erronées. On ne trouve rien à l’article 6 qui mènerait à la conclusion que la mission énoncée à l’alinéa 6(1)b) devrait être considérée comme se limitant à des fonctions de supervision ou de facilitation. Qui plus est, la Cour fédérale a interprété l’alinéa 7(1)f) en se concentrant sur les termes « *within its powers* » de son texte anglais, ce qui l’a amenée à conclure que les pouvoirs du Conseil doivent être limités à ceux qu’énonce le paragraphe 7(1). La Cour s’est ensuite concentrée sur l’alinéa 7(1)f), mais cette approche était erronée parce que l’accent mis sur les termes « *within its powers* » à l’alinéa 7(1)f) distrairait de l’essence de cette disposition, qui est que le Conseil « prend les mesures qu’il estime appropriées relativement aux plaintes qu’il reçoit ». De même, l’absence, dans le texte français, de l’équivalent de l’expression « *within its powers* » à l’alinéa 7(1)f) de la LOPA démontre qu’il n’y a pas lieu de leur accorder d’importance particulière dans l’interprétation de l’étendue des pouvoirs du Conseil.

Il faut tenir compte de l’interdépendance de l’alinéa 6(1)b), de l’alinéa 7(1)f) et de l’article 21 de la LOPA pour les interpréter. Les termes « prend les mesures qu’il estime appropriées » de l’alinéa 7(1)f) devraient s’interpréter en fonction de la mission que l’alinéa 6(1)b) assigne au Conseil « de contrôler l’activité des offices afin de s’assurer qu’elle est conforme [à leurs] objets ». La grande liberté que la LOPA accorde à l’OCCD touchant la manière d’exercer son activité est conforme à un large éventail de mesures que le Conseil serait habilité à prendre pour remplir son mandat de contrôle de l’activité de l’OCCD, en particulier dans le cas où cette activité donne lieu à une plainte. Par conséquent, le Conseil devrait ordonner à l’OCCD de corriger une erreur de calcul qu’il aurait commise dans le cadre de son activité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Alberta Turkey Producers Federal Authorization Order*, Alta. Reg. 154/2000.  
*Décret relatif aux dindons de l’Alberta*, C.R.C., ch. 134.  
*Loi sur les offices des produits agricoles*, L.R.C. (1985), ch. F-4, art. 1 (mod. par L.C. 1993, ch. 3, art. 2), 3 (mod., *idem*, art. 5), 6 (mod., *idem*, art. 6), 7 (mod., *idem*, art. 7), 21, 22.  
*Ordonnance visant la délégation de contingents de l’Office canadien de commercialisation des dindons*, C.P. 1990-248.  
*Proclamation visant l’Office canadien de commercialisation des dindons*, C.R.C., ch. 647.  
*Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation du dindon (1990)*, DORS/90-231, annexe (mod. par DORS/2004-72, art. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Saskatchewan (Minister of Agriculture, Food and Rural Revitalization) v. Canada (Attorney General)* (2006), 289 F.T.R. 237; 2006 FC 345.

## AUTHORS CITED

National Farm Products Council. *Guidelines for the Disposition of Complaints to the National Farm Products Council made Pursuant to Paragraph 7(1)(f) of the Farm Products Agencies Act*, amended October 2006, online: <<http://nfpc-cnpa.gc.ca/english/publications/guidelinesforcomplaints.html>>.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 3 F.C.R. 633; (2006), 286 F.T.R. 142; 2006 FC 68) dismissing the application for judicial review of the National Farm Products Council's dismissal of the appellants' complaint regarding the calculation of their export marketings for the 2003/2004 control period on the basis that the type of remedy or relief the appellants requested was beyond its jurisdiction. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Christopher Harvey, Q.C.* for appellants.  
*John L. O'Kane* for respondent Canadian Turkey Marketing Agency.  
*M. Sean Gaudet* for respondent Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*MacKenzie Fujisawa LLP*, Vancouver, for appellants  
*Lawrence, Lawrence, Stevenson, LLP*, Brampton, Ontario, for respondent Canadian Turkey Marketing Agency.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

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

RYER J.A.:

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Saskatchewan (Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation et de la Revitalisation rurale) c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 345.

## DOCTRINE CITÉE

Conseil national des produits agricoles. *Lignes directrices sur le traitement des plaintes présentées au Conseil national des produits agricoles (CNPA) en vertu de l'alinéa 7(1)(f) de la Loi sur les offices des produits agricoles*, modifié en octobre 2006, en ligne : <[http://nfpc-cnpa.gc.ca/francais/publications/plaintes\\_lignesdirectrices.html](http://nfpc-cnpa.gc.ca/francais/publications/plaintes_lignesdirectrices.html)>.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2006] 3 R.C.F. 633; 2006 CF 68) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre du refus du Conseil national de commercialisation des produits agricoles d'entendre la plainte des appelants au sujet du calcul de leurs productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004 au motif que la mesure de réparation ou de redressement demandée outrepassait sa compétence. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Christopher Harvey, c.r.* pour les appelants.  
*John L. O'Kane* pour l'intimé l'Office canadien de commercialisation du dindon.  
*M. Sean Gaudet* pour l'intimé le procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*MacKenzie Fujisawa LLP*, Vancouver, pour les appelants.  
*Lawrence, Lawrence, Stevenson, LLP*, Brampton (Ontario), pour l'intimé l'Office canadien de commercialisation du dindon.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le procureur général du Canada.

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

LE JUGE RYER, J.C.A. :

## INTRODUCTION

[1] This appeal deals with the jurisdiction of the National Farm Products Council (the Council), an administrative body that was established pursuant to section 3 [as am. by S.C. 1993, c. 3, s. 5] of the *Farm Products Agencies Act*, R.S.C., 1985, c. F-4 [s. 1 (as am. *idem*, s. 2)], (the FPAA), *inter alia*, to exercise oversight over the Canadian Turkey Marketing Agency (the CTMA), a marketing board that was established pursuant to Part II of the FPAA.

[2] The appellants, who collectively own and operate a turkey production, processing and sales business in southern Alberta, made a complaint to the Council, pursuant to paragraph 7(1)(f) of the FPAA, that an action of the CTMA contained an error in the calculation of their export marketings for a particular period and, as a consequence of such error, they became subject to a financial penalty. The appellants asked the Council to intervene to correct the alleged error and, in response to requests from the Council and its representatives, expressed their desired remedy in terms of an “[o]rder that its export and domestic marketings be correctly calculated in accordance with . . . actual production and marketing experience.”

[3] The Council declined to hear the complaint on the basis that the type of remedy or relief that the appellants requested was beyond its jurisdiction. The appellants made an application to the Federal Court for judicial review of the decision of the Council. On January 24, 2006, Campbell J. dismissed that application, (decision reported at [2006] 3 F.C.R. 633).

## STATUTORY FRAMEWORK

[4] The production and marketing of turkey in Canada is heavily regulated as a result of interlocking federal and provincial legislation, which stems from a federal provincial agreement that was entered into in 1973. An amendment to this agreement (the promotion agree-

## INTRODUCTION

[1] Le présent appel porte sur la compétence du Conseil national de commercialisation des produits agricoles (le Conseil), organisme administratif créé par l'article 3 [mod. par L.C. 1993, ch. 3, art. 5] de la *Loi sur les offices des produits agricoles*, L.R.C. (1985), ch. F-4 [art. 1 (mod., *idem*, art. 2)] (la LOPA), dont l'une des fonctions est la surveillance de l'Office canadien de commercialisation du dindon (l'OCCD), qui a lui-même été institué en application de la partie II de la LOPA.

[2] Les appelants, qui possèdent et exploitent collectivement une entreprise de production, de transformation et de vente de dindon dans le sud de l'Alberta, ont déposé auprès du Conseil, sous le régime de l'alinéa 7(1)f) de la LOPA, une plainte comme quoi l'OCCD avait commis une erreur dans le calcul de leurs productions commercialisées à l'exportation sur une période déterminée et qu'ils avaient fait l'objet d'une sanction pécuniaire par suite de cette erreur. Les appelants demandaient au Conseil d'intervenir pour corriger l'erreur supposée et, en réponse à des demandes d'éclaircissements du Conseil et de ses représentants, ont précisé qu'ils souhaitaient obtenir une [TRADUCTION] « [o]rdonnance enjoignant à l'OCCD de calculer correctement la quantité retenue au titre de leurs productions commercialisées sur le marché d'exportation et sur le marché intérieur, conformément aux chiffres réels de ces productions et de cette commercialisation ».

[3] Le Conseil a refusé d'instruire leur plainte au motif que la mesure de réparation ou de redressement qu'ils demandaient outrepassait sa compétence. Les appelants ont alors formé devant la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de cette décision du Conseil, demande que le juge Campbell a rejetée le 24 janvier 2006, par une décision publiée sous la référence [2006] 3 R.C.F. 633.

## LE RÉGIME APPLICABLE

[4] La production et la commercialisation du dindon sont étroitement réglementées au Canada, par suite de la convergence des législations fédérale et provinciales, attribuable à un accord fédéral-provincial conclu en 1973. Une modification de cet accord (l'accord de



ment), which was made in 1984, introduced monetary penalties that would become payable to the CTMA by a provincial agency in the event that actual provincial production exceeded the quota that was allocated to that province.

[5] The CTMA is mandated, pursuant to the *Canadian Turkey Marketing Agency Proclamation*, C.R.C., c. 647, to establish a quota system whereby turkey producers are assigned quotas that entitle them to market specified amounts of turkey in interprovincial or export trade. Pursuant to the *Canadian Turkey Marketing Agency Delegation of Quota Order*, P.C. 1990-248, the allocation and administration of quotas for interprovincial and export trade are delegated to provincial marketing boards. Pursuant to the *Alberta Turkey Order*, C.R.C., c. 134, Alberta Turkey Producers (ATP) are delegated this authority in relation to the province of Alberta.

[6] The quota system was created pursuant to the *Canadian Turkey Marketing Quota Regulations, 1990*, SOR/90-231 (the Quota Regulations). The Quota Regulations create a federal quota with respect to marketing turkey in interprovincial and export trade that applies for a 12-month period, which begins on May 1 in each year and is defined as the control period (the control period). The Quota Regulations also contain a schedule that specifies the maximum amount of turkey that may be produced in a province and marketed for interprovincial or export trade for each control period. Typically, the schedule to the Quota Regulations is updated, at least annually, to establish a current global quota amount for the provinces, having regard to changes in the size of the market for turkeys, as perceived by the CTMA.

[7] Section 9.b of Schedule C to the Federal-Provincial Agreement contemplated the establishment of a separate agreement between the CTMA and the provinces for quota sharing with respect to new export

promotion), effectuée en 1984, prévoit le paiement de pénalités à l'OCCD par l'office provincial concerné dans le cas où la production réelle d'une province dépasserait le contingent attribué à celle-ci.

[5] La *Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des dindons*, C.R.C., ch. 647, porte que l'OCCD doit instituer un système de contingentement par lequel des contingents sont fixés pour les producteurs de dindon, leur permettant de commercialiser des quantités déterminées de leurs produits sur les marchés interprovincial ou d'exportation. L'*Ordonnance visant la délégation de contingents de l'Office canadien de commercialisation des dindons*, C.P. 1990-248, prévoit la délégation aux offices provinciaux de commercialisation des pouvoirs de répartition et d'administration des contingents aux fins des commerces interprovincial et d'exportation. En application du *Décret relatif aux dindons de l'Alberta*, C.R.C., ch. 134, ces pouvoirs sont délégués, pour ce qui concerne l'Alberta, à un organisme appelé Alberta Turkey Producers (les ATP).

[6] Le système de contingentement a été créé en application du *Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation du dindon (1990)*, DORS/90-231 (le Règlement sur le contingentement). Le Règlement sur le contingentement institue un contingent fédéral de commercialisation du dindon sur les marchés interprovincial et d'exportation, applicable à une période de 12 mois qui commence chaque année le 1<sup>er</sup> mai et qui est désignée « période réglementée » (la période réglementée). Le Règlement sur le contingentement contient en outre une annexe qui spécifie la quantité maximale de dindon qu'il est permis de produire dans une province et de commercialiser sur les marchés interprovincial ou d'exportation pour chaque période réglementée. Normalement, on met à jour au moins annuellement l'annexe du Règlement sur le contingentement, afin de fixer le contingent global pour les provinces en fonction des variations du marché du dindon, telles que l'OCCD les perçoit.

[7] L'alinéa 9.b de l'annexe C de l'Accord fédéral-provincial prévoyait la conclusion d'un accord distinct entre l'OCCD et les provinces sur le partage des contingents relativement aux nouveaux débouchés

market opportunities developed by a province. To that end, the CTMA developed an export policy in the mid-1980's (the export policy), which has been amended from time to time. Effective December 1, 2003, the CTMA adopted a new export policy (the 2003 Export Policy), which provided that conditional allocations of export quotas would be granted by the CTMA to the applicable provincial body, for reallocation to individual producers in that province, subject to the fulfillment of certain terms and conditions.

[8] Pursuant to provincial legislation, in particular the *Alberta Turkey Producers Federal Authorization Order*, Alta. Reg. 154/2000, ATP is authorized to perform all duties and exercise all powers that have been delegated to it under the federal legislation referred to above. As a result, ATP allocates the quota, which has been assigned to Alberta under the Quota Regulations, to Alberta turkey producers for marketing in Alberta and in interprovincial and export trade.

[9] The duties and powers of the Council under the FPAA that are relevant to this appeal are as follows [ss. 6(1)(b) (as am. by S.C. 1993, c. 3, s. 6), (c) (as am. *idem*), 7(1)(d) (as am. *idem*, s. 7), (l) (as am. *idem*)]:

#### PART I

##### NATIONAL FARM PRODUCTS COUNCIL:

...

##### *Duties and Powers*

###### 6. (1) The duties of the Council are

(a) to advise the Minister on all matters relating to the establishment and operation of agencies under this Act with a view to maintaining and promoting an efficient and competitive agriculture industry

(b) to review the operations of agencies with a view to ensuring that they carry on their operations in accordance with their objects set out in section 21 or 41, as the case may be; and

d'exportation créés par une province. À cette fin, l'OCCD a élaboré au milieu des années 1980 une politique d'exportation (la Politique d'exportation), qu'il a modifiée à diverses reprises. L'OCCD a par la suite adopté une nouvelle politique d'exportation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2003 (la Politique d'exportation de 2003), selon laquelle il attribuerait des contingents d'exportation conditionnels à l'office provincial concerné pour répartition entre les producteurs de la province, sous réserve que soient remplis des critères déterminés.

[8] La législation albertaine, en particulier l'*Alberta Turkey Producers Federal Authorization Order*, Alta. Reg. 154/2000, autorise les ATP à remplir l'ensemble de la mission et à exercer l'ensemble des pouvoirs qui leur ont été délégués en vertu de la législation fédérale susdite. Ainsi, les ATP répartissent entre les producteurs albertains de dindon, pour commercialisation sur le marché albertain et sur les marchés interprovincial et d'exportation, le contingent attribué à l'Alberta sous le régime du Règlement sur le contingentement.

[9] Nous reproduisons ci-dessous les dispositions de la LOPA qui énoncent les éléments de la mission et les pouvoirs du Conseil qui sont pertinents à l'égard du présent appel [art. 6(1)(b) (mod. par L.C. 1993, ch. 3, art. 6), c) (mod., *idem*), 7(1)(d) (mod., *idem*, art. 7), l) (mod. *idem*)]:

#### PARTIE I

##### CONSEIL NATIONAL DES PRODUITS AGRICOLES

[...]

##### *Mission et pouvoirs*

###### 6. (1) Le Conseil a pour mission :

a) de conseiller le ministre sur les questions relatives à la création et au fonctionnement des offices prévus par la présente loi en vue de maintenir ou promouvoir l'efficacité et la compétitivité du secteur agricole

b) de contrôler l'activité des offices afin de s'assurer qu'elle est conforme aux objets énoncés aux articles 21 ou 41, selon le cas;

(c) to work with agencies in promoting more effective marketing of farm products in the interprovincial and export trade and, in the case of a promotion-research agency, in promoting such marketing in import trade and in connection with research and promotion activities relating to farm products.

...

7. (1) in order to fulfill its duties, the Council

...

(c) shall review the operations of agencies and report thereon annually to the Minister or, in any case where in its opinion the circumstances warrant, on a more frequent basis.

(d) shall review all orders and regulations that are proposed to be made by agencies and that are of a class of orders or regulations to which the Council, by order, provides that this paragraph is applicable and, where it is satisfied that the orders and regulations are necessary for the implementation of the marketing plan or promotion and research plan that the agency proposing to make the orders or regulations is authorized to implement, the Council shall approve the orders and regulations;

...

(f) shall make such inquiries and take such action within its powers as it deems appropriate in relation to any complaints received by it from any person who is directly affected by the operations of an agency and that relate to the operations of the agency;

...

(l) may do all such other things as are incidental or conducive to the fulfillment of its duties.

...

## PART II

### FARM PRODUCTS MARKETING AGENCIES

...

#### *Objects and Powers*

21. The objects of an agency are

c) de travailler avec les offices à améliorer l'efficacité de la commercialisation des produits agricoles offerts sur les marchés interprovincial, d'exportation et, dans le cas d'un office de promotion et de recherche, sur le marché d'importation ainsi que des activités de promotion et de recherche à leur sujet.

[. . .]

7. (1) Afin de remplir sa mission, le Conseil :

[. . .]

c) examine l'activité des offices et en fait rapport tous les ans au ministre ou, si à son avis les circonstances le justifient, à intervalles plus courts;

d) examine les projets d'ordonnances et de règlements des offices et qui relèvent des catégories auxquelles, par ordonnance prise par lui, le présent alinéa s'applique, et les approuve lorsqu'il est convaincu que ces ordonnances et règlements sont nécessaires à l'exécution du plan de commercialisation ou du plan de promotion et de recherche que l'office qui les propose est habilité à mettre en œuvre;

[. . .]

f) procède aux enquêtes et prend les mesures qu'il estime appropriées relativement aux plaintes qu'il reçoit—en ce qui a trait à l'activité d'un office—des personnes directement touchées par celle-ci;

[. . .]

l) peut prendre toute autre mesure utile à la réalisation de sa mission

[. . .]

## PARTIE II

### OFFICES DE COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE FERME

[. . .]

#### *Mission et pouvoirs*

21. Un office a pour mission :

(a) to promote a strong, efficient and competitive production and marketing industry for the regulated product or products in relation to which it may exercise its powers; and

(b) to have due regard to the interests of producers and consumers of the regulated product or products. [Emphasis added.]

[10] The Council has issued guidelines [*Guidelines for the Disposition of Complaints to the National Farm Products Council made Pursuant to Paragraph 7(1)(F) of the Farm Products Agencies Act*, amended October 2006] (the Complaint Guidelines) that govern complaints that are made to it, pursuant to paragraph 7(1)(f) of the FPAA, in relation to actual or proposed orders or regulations, or other decisions, of an agency that relate to its operations. The relevant portions of the Complaint Guidelines are as follows:

#### IV. GENERAL GUIDELINES

1. These guidelines are to be construed liberally to ensure the fairest, least expensive and most expeditious way of resolving complaints. To ensure the flexibility required, or to avoid any unfairness, the Council or the Committee may dispense with, or vary any of these Guidelines.

...

#### V. HOW TO FILE A COMPLAINT

...

3. (1) Subject to subsection (2), a complaint should be filed within 15 working days from the time the decision of the agency, came, or might reasonably have come to the attention of the person filing the complaint.

...

#### VI. WHAT HAPPENS NEXT AFTER A COMPLAINT IS FILED

...

3. If Council considers that the complainant is not directly affected by the Agency order or regulation, proposed order or regulation, or other decision; that the matter is beyond the jurisdiction of Council; the complainant is late in filing, or the complaint is trivial, frivolous, vexatious or

a) de promouvoir la production et la commercialisation du ou des produits réglementés pour lesquels il est compétent, de façon à en accroître l'efficacité et la compétitivité;

b) de veiller aux intérêts tant des producteurs que des consommateurs du ou des produits réglementés. [Non souligné dans l'original.]

[10] Le Conseil a publié des lignes directrices [*Lignes directrices sur le traitement des plaintes présentées au Conseil national des produits agricoles (CNPA) en vertu de l'alinéa 7(1)F de la Loi sur les offices des produits agricoles*, modifier octobre 2006] (les Lignes directrices sur les plaintes) qui régissent les plaintes déposées devant lui, sous le régime de l'alinéa 7(1)f) de la LOPA, concernant les ordonnances ou règlements, les projets d'ordonnances ou de règlements ou les autres décisions, d'un office qui se rapportent à l'activité de celui-ci. Les passages pertinents des Lignes directrices sur les plaintes sont les suivants :

#### IV. GÉNÉRALITÉ DES LIGNES DIRECTRICES

1. Les Lignes directrices doivent être interprétées libéralement, de façon à assurer que le règlement des plaintes est le plus équitable, le moins coûteux et le plus rapide possible. Pour procurer toute la souplesse requise ou pour éviter toute iniquité, le CNPA ou le Comité peut décider de ne pas tenir compte, en tout ou en partie, des Lignes directrices.

[...]

#### V. MODALITÉS DE DÉPÔT D'UNE PLAINTÉ

[...]

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la plainte doit être déposée dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date à laquelle la décision d'un office a été portée ou aurait raisonnablement pu être portée à l'attention du plaignant.

[...]

#### VI. L'ÉTAPE SUIVANT LE DÉPÔT D'UNE PLAINTÉ

[...]

3. Si le CNPA considère que le plaignant n'est pas directement lésé par l'ordonnance, le règlement, l'ordonnance ou le règlement proposé, ou toute autre décision; que l'affaire n'est pas de la compétence du CNPA; que le plaignant a déposé la plainte trop tard; ou

otherwise not substantive; Council may, after discussing the circumstances with the complainant, dismiss the complaint.

...

### VIII. WHAT HAPPENS AFTER THE ORAL HEARING

...

2. A report of Panel's findings and recommendations is also published and distributed to all parties.

### FACTS

[11] The appellants are prominent southern Alberta turkey producers and processors who have held a production and marketing quota for more than 10 years. Since 2001, the appellants have produced "organic" turkey products, substantially all of which have been exported to the United States.

[12] The ATP granted the appellants a quota of 433, 534 kg, in live weight, of turkey for the 2003-2004 control period.

[13] On June 12, 2003, the ATP applied to the CTMA for an export quota, pursuant to section 1.2 of the 2003 Export Policy, in respect of the export marketings of the appellants for the 2003-2004 control period.

[14] During the period from June 12, 2003 to January 12, 2004, correspondence and information flowed between the ATP and the CTMA in relation to the requirements of section 1.2 of the 2003 Export Policy. In addition, the appellants unsuccessfully attempted to communicate directly with the CTMA in relation to such requirements. All such efforts failed to convince the CTMA that the appellants met the requirements of section 1.2 of the 2003 Export Policy and on January 12, 2004, the CTMA closed its file with respect to the appellants, but suggested to the ATP that a reconsideration of the matter would be possible if the appellants were to submit all of the information that the CTMA felt that it required but had not received.

que la plainte est frivole, vexatoire ou autrement immatérielle, le CNPA peut, après avoir discuté de la situation avec le plaignant, rejeter la plainte.

[...]

### VIII. L'ÉTAPE SUIVANT UNE AUDIENCE ORALE

[...]

2. Le jury prépare un rapport comprenant ses constatations et ses recommandations, qu'il publie et diffuse à toutes les parties.

### LES FAITS

[11] Les appelants sont d'importants producteurs et transformateurs de dindon du sud de l'Alberta, attributaires d'un contingent de production et de commercialisation depuis plus de 10 ans. Depuis 2001, les appelants produisent du dindon « biologique », dont la quasi-totalité est exportée aux États-Unis.

[12] Les ATP ont attribué aux appelants un contingent de 433 534 kg de dindon en poids vif pour la période réglementée 2003-2004.

[13] Le 12 juin 2003, les ATP ont demandé à l'OCCD, en vertu de l'article 1.2 de la Politique d'exportation de 2003, un contingent d'exportation à l'égard des productions des appelants à commercialiser sur le marché d'exportation pour la période réglementée 2003-2004.

[14] Du 12 juin 2003 au 12 janvier 2004, les ATP et l'OCCD ont échangé une quantité considérable de lettres et de renseignements touchant les conditions de l'article 1.2 de la Politique d'exportation de 2003. En outre, les appelants ont essayé en vain de communiquer directement avec l'OCCD concernant ces conditions. Tous ces efforts n'ont pu convaincre l'OCCD que les appelants remplissaient lesdites conditions. Le 12 janvier 2004, l'OCCD a fermé le dossier des appelants, mais il a fait savoir aux ATP que l'affaire pourrait être réexaminée si les appelants lui communiquaient la totalité des renseignements dont il estimait avoir besoin mais n'avait pas reçus.

[15] In fact, the decision not to grant any export quota to the appellants for the 2003-2004 control period was made by the CTMA earlier than January 12, 2004, through its adoption of a proposed Quota Regulations amendment in November of 2003, in which no export quota was granted in respect of the appellants' export marketings. The Council approved the proposed Quota Regulations amendment in March of 2004 and on April 2, 2004, such amendment became effective [SOR/2004-72, s. 1].

[16] The appellants did not challenge, by way of judicial review, either the adoption of the proposed Quota Regulations amendment by the CTMA, in November of 2003, or its approval by the Council, in March of 2004.

[17] Subsequent to the 2003-2004 Quota Regulations becoming effective, communications took place between the CTMA and ATP with respect to the absence of any conditional allocations of export quota in relation to the export marketings of the appellants in the 2003-2004 control period. In correspondence to the CTMA, dated April 6, 2004, the ATP stated:

The existing Policy, without the kg for kg option, is far too punitive with respect to 59% of live weight. Our Section 1.2 exporter will be placed in an extreme overmarketing situation if the 59% rule is applied. Basically we are asking for the ability to achieve a less punitive fall back position if the thresholds are not reached.

[18] In correspondence to the CTMA, dated June 8, 2004, ATP advised the CTMA that Alberta would likely have exceeded its quota allocations, largely due to the marketings of the appellants, and noted that if the CTMA were to grant the request made to it by ATP in the April 6, 2004 correspondence, the overmarketing fine that would be levied against Alberta would be greatly reduced. ATP requested that exporters who are subject to section 1.2 of the 2003 Export Policy should be given "full recognition for product that leaves the country." It is noted that the appellants did not

[15] En fait, l'OCCD avait pris dès avant le 12 janvier 2004 la décision de ne pas attribuer de contingent d'exportation aux appelants pour la période réglementée 2003-2004, puisqu'il avait adopté en novembre 2003 un projet de modification du Règlement sur le contingentement qui ne prévoyait pas de contingent d'exportation relativement aux quantités que les appelants souhaitaient commercialiser sur le marché d'exportation. Le Conseil a approuvé ce projet de modification du Règlement sur le contingentement en mars 2004, et la modification est entrée en vigueur le 2 avril de la même année [DORS/2004-72, art. 1].

[16] Les appelants n'ont contesté par voie de demande de contrôle judiciaire ni l'adoption du projet de modification du Règlement sur le contingentement par l'OCCD en novembre 2003, ni son approbation par le Conseil en mars 2004.

[17] Après l'entrée en vigueur de la version 2003-2004 du Règlement sur le contingentement, l'OCCD et les ATP ont échangé des lettres touchant l'absence de contingents d'exportation conditionnels relativement à la commercialisation des productions des appelants sur le marché d'exportation pour la période réglementée 2003-2004. Dans une lettre à l'OCCD en date du 6 avril 2004, les ATP déclaraient ce qui suit :

[TRADUCTION] La politique actuelle, qui ne prévoit pas la possibilité kilogramme pour kilogramme, est par trop rigoureuse pour ce qui concerne la règle des 59 % en poids vif. Notre exportateur relevant de l'article 1.2 sera mis dans une position de commercialisation tout à fait excessive si l'on applique cette règle. Essentiellement, nous demandons la possibilité d'une position de repli aux conséquences moins rigoureuses pour le cas où les seuils ne seraient pas atteints.

[18] Dans une autre lettre à l'OCCD, en date du 8 juin 2004, les ATP l'ont avisé que l'Alberta aurait probablement dépassé son contingent, en grande partie du fait des produits commercialisés par les appelants, et que la pénalité pour commercialisation excessive qui serait infligée à l'Alberta serait sensiblement réduite s'il accordait à la requête formulée par eux dans leur lettre du 6 avril 2004. Les ATP demandaient [TRADUCTION] « qu'il soit tenu pleinement compte [aux exportateurs relevant de l'article 1.2 de la Politique d'exportation de 2003] de leurs productions qui quittent le pays ». Nous

participate in or approve the requests that were made by ATP in this exchange of correspondence.

[19] The Board of Directors of the CTMA met on June 22 and 23, 2004. In materials that were presented to the meeting, the following statements appeared:

Although the office can verify export activity of 368,484 kg, the information required to assess these exports, relative to section 1.2 of the Policy, has not been received.

The CTMA Directors have the discretion to grant the relief sought by the ATP for the forgiveness of overmarketing penalties as set out in their letter of June 7, 2004.

[20] At the meeting, the following resolution (the June resolution) was passed by the CTMA:

It was **MOVED** by B. Cram and **SECONDED** by P. Ouellette to forgive overmarketing penalties for Alberta in an amount not to exceed 368,474 kg for the 2003/2004 control period, that is directly attributed to production marketed by Leth Farms in export trade subject to Alberta Turkey Producers confirming the necessary measures that will be enacted to monitor compliance with the Export Policy for marketings by Leth Farms, effective immediately.

[21] On July 7, 2004, the June resolution was communicated by the CTMA to ATP as follows:

Please find attached the motion from the 196th CTMA meeting providing for the forgiveness of overmarketings in Alberta for the 2003/04 control period in the amount of 368,474 kg (eviscerated weight).

These kilograms reflect the kilograms exported as per the documents provided by the ATP from submissions of Leth Turkey Farms.

The members in passing this motion require that ATP provide confirmation of the steps being taken to ensure that the Export Policy conditions will be fully satisfied in the future. We understand from our discussion with the ATP representatives in Winnipeg that these steps are in process.

notons que les appelants n'ont eu aucune part dans les requêtes formulées par les ATP dans cette correspondance.

[19] La déclaration suivante figurait parmi les éléments examinés lors de la réunion du conseil d'administration de l'OCCD des 22 et 23 juin 2004 :

[TRADUCTION] Le bureau peut vérifier les exportations de 368 484 kg, mais il n'a pas reçu les renseignements nécessaires pour évaluer ces exportations en fonction de l'article 1.2 de la Politique.

Les administrateurs de l'OCCD ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder aux ATP la mesure qu'ils demandent dans leur lettre du 7 juin 2004 aux fins de réduction des pénalités pour commercialisation excessive.

[20] Lors de cette réunion, l'OCCD a adopté la résolution suivante (la résolution de juin) :

[TRADUCTION] Il est **PROPOSÉ** par B. Cram, **APPUYÉ** par P. Ouellette, de renoncer aux pénalités pour commercialisation excessive de l'Alberta pour la période réglementée 2003-2004 jusqu'à concurrence d'une quantité de 368 474 kg, directement attribuable aux productions commercialisées par Leth Farms sur le marché d'exportation, sous réserve de confirmation par les Alberta Turkey Producers des mesures nécessaires qui seront prises pour contrôler la conformité à la Politique d'exportation de la commercialisation de Leth Farms, renonciation devant prendre effet immédiatement.

[21] Le 7 juillet 2004, l'OCCD a communiqué aux ATP la résolution de juin, accompagnée d'une lettre ainsi libellée :

[TRADUCTION] Veuillez trouver ci-joint la résolution adoptée à la 196<sup>e</sup> réunion de l'OCCD, qui porte renonciation aux pénalités pour commercialisation excessive de l'Alberta jusqu'à concurrence de 368 474 kg (en poids éviscéré) pour la période réglementée 2003-2004.

La quantité retenue est celle qui a été exportée selon les documents communiqués par les ATP, établis à partir des exposés de Leth Turkey Farms.

Cette résolution est subordonnée à la condition que les ATP confirment les mesures qu'elles prendront pour faire en sorte que les prescriptions de la Politique d'exportation soient intégralement remplies à l'avenir. Nous croyons comprendre, d'après notre entretien avec les représentants des ATP à Winnipeg, que ces mesures sont en cours d'exécution.

From the discussion at the meeting it is clear that special considerations such as this, required because the Policy terms were not satisfied, are not appropriate and this is a one time provision only.

Il ressort clairement des débats de la réunion qu'un traitement spécial de cette nature, rendu nécessaire parce que les exigences de la Politique n'ont pas été remplies, ne peut devenir la règle et qu'il s'agit là d'une mesure destinée à rester exceptionnelle.

[22] On July 8, 2004, ATP advised the appellants of the June resolution and indicated in its correspondence that:

[22] Les ATP ont informé les appelants de la résolution de juin par lettre en date du 8 juillet 2004, où l'on peut lire le passage suivant :

The export credits granted by the agency have greatly reduced the over marketing levels of your farming options.

[TRADUCTION] Les crédits d'exportation accordés par l'Office ont considérablement réduit les niveaux de commercialisation excessive de vos options agricoles.

[23] Also included in that correspondence was an invoice that assessed a fine in the amount of \$462,174.07 against the appellants, based upon the following calculations:

[23] Cet envoi contenait aussi l'état d'une pénalité de 462 174,07 \$ prononcée contre les appelants sur la base du calcul suivant :

[TRADUCTION]

**OVERMARKETING FINE 03/04**

**PÉNALITÉ POUR COMMERCIALISATION  
EXCESSIVE EN 2003-2004,**

**BASED ON DEEMED PRODUCTION OF**

**FONDÉE SUR UNE PRODUCTION RÉPUTÉE**

**1,268,596 LIVE WEIGHT**

**DE 1 268 596 KG (POIDS VIF)**

Deemed Production	1,268, 596 kg's	Production réputée	1 268 596 kg
Less domestic allowance	228, 536 kg's	Moins déduction marché intérieur	228 536 kg
<u>Less Export Credits Granted</u>	<u>447,992 kg's</u>	<u>Moins crédits d'exportation accordés</u>	<u>447 992 kg</u>
Overmarketing	592,068 kg's	Commercialisation excessive	592 068 kg

[24] As a result of a mediation, ATP and the appellants reached an agreement (the mediation agreement) that the overmarketing amount should be reduced to 148,471.3 kg, on the basis of a reduction in the amount of deemed production. The amount of "export credits" was not altered.<sup>1</sup> However, the mediation agreement provided that if the appellants were able to obtain an increase in their 2003-2004 "export credits" from the Council, the CTMA or the Federal Court, then the amount of such increase would be applied to reduce the overmarketing amount.

[24] Par suite d'une médiation, les ATP et les appelants sont parvenus à un accord (l'accord de médiation), selon lequel la quantité de commercialisation excessive devrait être réduite à 148 471,3 kg, sur la base d'une réduction de la quantité de production réputée. La quantité des « crédits d'exportation » est restée la même<sup>1</sup>. Cependant, l'accord de médiation prévoyait que si les appelants parvenaient à obtenir une augmentation de leurs « crédits d'exportation » du Conseil, de l'OCCD ou de la Cour fédérale, l'augmentation ainsi obtenue serait portée en déduction de la quantité de commercialisation excessive.

[25] On July 14, 2004, the appellants sent a letter to the Council in which they sought to appeal the June

[25] Le 14 juillet 2004, les appelants ont adressé au Conseil une lettre exprimant leur désir de voir réviser la



resolution on the basis that the CTMA had erred in the calculation of the export marketings of the appellants.

[26] In correspondence to the appellants, dated July 20, 2004 and October 1, 2004, the Council referred to the July 14, 2004 correspondence as a complaint and requested details regarding the grounds for the complaint and the relief that was sought.

[27] In correspondence to the Council, dated October 12, 2004, counsel for the appellants provided an explanation of the grounds for the complaint and described the requested relief as an order that the export and domestic marketing of the appellants be correctly calculated and that export credits be issued in accordance with such calculations. Further correspondence took place between the Council and counsel for the appellants in late October of 2004.

[28] In correspondence to the appellants, dated November 22, 2004, the Council advised that it was not prepared to take any further actions with respect to the appellants' complaint, stating:

The Council has determined that it cannot grant you the relief that you are seeking, as this is outside the jurisdiction of the Council. Further, we are aware that the matter is before the courts in Alberta.

For these reasons, the Council has decided that it is not prepared to take any further action on this matter at this time.

#### THE FEDERAL COURT DECISION

[29] In the application for judicial review, the applications Judge, Campbell J., determined that the reasons for the Council's decision were to be found in certain briefing notes that were sent to members of the Council and certain evidence of Mr. Terrence Hayward, Executive Director of the Council. The relevant portions of the briefing notes and the evidence are found in paragraph 10 of Campbell J.'s decision and read as follows:

#### RECOMMENDATION

The Council cannot grant the relief sought by the complainant, as this is outside the jurisdiction of the Council. As the matter

résolution de juin au motif que l'OCCD s'était trompé dans le calcul de leurs productions commercialisées sur le marché d'exportation.

[26] Dans deux lettres aux appelants en date des 20 juillet et 1<sup>er</sup> octobre 2004, le Conseil a désigné la lettre du 14 juillet 2004 comme étant une plainte et a demandé de plus amples renseignements sur les motifs de cette plainte et le redressement réclamé.

[27] Dans une lettre au Conseil en date du 12 octobre 2004, l'avocat des appelants a exposé les motifs de la plainte, et il a défini la mesure de redressement demandée comme étant une ordonnance prescrivant de calculer correctement les productions commercialisées par ses clients sur les marchés d'exportation et intérieur et d'établir les crédits d'exportation en fonction de ces calculs. D'autres lettres ont été échangées par le Conseil et l'avocat des appelants à la fin du mois d'octobre 2004.

[28] Par une lettre en date du 22 novembre 2004, le Conseil a avisé les appelants qu'il n'était pas disposé à prendre d'autres mesures à l'égard de leur plainte, expliquant sa décision dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Le Conseil a conclu qu'il ne peut vous accorder le redressement que vous demandez, au motif qu'il outrepasserait ainsi sa compétence. En outre, nous savons que l'affaire est devant les tribunaux albertains.

C'est pourquoi le Conseil a décidé qu'il ne pouvait prendre d'autres mesures sur cette question pour l'instant.

#### LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[29] Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, le juge des demandes, le juge Campbell, a conclu que les motifs de la décision du Conseil étaient formulés dans certaines notes d'information envoyées à ses membres et dans certains éléments de la preuve de M. Terrence Hayward, directeur exécutif du Conseil. Les passages pertinents de ces notes d'information et éléments de preuve se trouvent au paragraphe 10 de la décision du juge Campbell. Nous les reproduisons ici :

#### RECOMMANDATION

Le Conseil ne peut accorder le redressement demandé par le plaignant, n'ayant pas compétence en la matière. Comme les

is now before the Courts in Alberta, the Council is not prepared to take any action on this matter at this time.

The passage from the affidavit reads as follows (Attorney General's record, at page 6):

21. I have reviewed the affidavit filed by the Applicants' in this proceeding. It would appear, from my review, that they are dissatisfied with the Export Policy developed by the CTMA and its application to their operations. A copy of the CTMA's Export Policy is attached hereto as Exhibit "G". The Council has no "directory authority" under the Act to amend or order an amendment to the CTMA's Export Policy.

22. It also appears from the Applicants' affidavit that they are complaining of a "domestic overmarketing penalty" for the 2003-2004 control period in the amount of \$462,174.07. This penalty was assessed by the Alberta Turkey Growers Marketing Board, over which the Council has no jurisdiction. [Emphasis added.]

The cross-examination is as follows (applicants' application record, at page 69):

Q The complaint was rejected on a jurisdiction ground rather than a procedural or timing ground; is that correct?

A The complaint was not rejected. The complaint was not continued within, other than the inquiry that was made by council in seeking information from Mr. Leth to determine what it was that the complainant wanted done, and that was taken into account by council when they considered did they have the authority to do what was asked.

Q And the council determined—I must have it somewhere—that it [*sic*] not did have the authority?

A To grant the order requested, correct.

Q And was that because the council viewed it as a complaint relating to the export policy of the CTMA rather than order or a regulation of the CTMA?

A Council recognized it was not an order or regulation of the CTMA that was at question here. From the materials submitted by the complainant, council, in its review, determined that the action being complained about over

tribunaux de l'Alberta sont maintenant saisis de l'affaire, le Conseil n'est pas disposé à prendre d'autres mesures relativement à cette affaire à l'heure actuelle.

Voici le texte du passage de l'affidavit (dossier du procureur général, à la page 6) :

[TRADUCTION]

21. J'ai lu l'affidavit déposé par les demandeurs relativement à la présente demande. Il semblerait, selon ma lecture, qu'ils soient mécontents de la politique d'exportation élaborée par l'OCCD et de son application en ce qui les concerne. Une copie de cette politique est jointe aux présentes sous la cote G. Le Conseil n'a aucun pouvoir de directive en vertu de la Loi pour modifier ou ordonner que soit modifiée la politique d'exportation de l'OCCD.

22. Il ressort aussi de l'affidavit des demandeurs qu'ils se plaignent d'une [TRADUCTION] « sanction pour des mises en marché excédentaires intérieures », applicable à la période réglementaire 2003-2004, s'élevant à 462 174,07 \$. Cette sanction a été infligée par l'Alberta Turkey Growers Marketing Board, sur qui le Conseil n'a pas autorité [Non souligné dans l'original].

Le contre-interrogatoire s'est déroulé comme suit (dossier de la demande des demandeurs, à la page 69) :

[TRADUCTION]

Q La plainte a été rejetée pour des motifs de compétence, plutôt que pour un motif de procédure ou de délai; est-ce exact?

R La plainte n'a pas été rejetée. Aucun suivi ne lui a été donné, sinon l'enquête qu'a effectuée le conseil en vue d'obtenir de M. Leth de l'information pour déterminer ce que le plaignant voulait obtenir, et cela a été pris en compte lorsque le conseil a jugé qu'il n'avait pas le pouvoir de faire ce qu'on lui demandait.

Q Et le conseil a décidé—je dois avoir cela quelque part—qu'il n'avait pas compétence.

R D'accorder l'ordonnance demandée, exact.

Q Et était-ce parce que le conseil considérait qu'il s'agissait d'une plainte visant la politique d'exportation de l'OCCD plutôt qu'une ordonnance ou un règlement de l'OCCD?

R Le conseil a reconnu que ce n'était pas une ordonnance ou un règlement de l'OCCD qui était en cause ici. En examinant les documents déposés par le plaignant, le conseil a déterminé que l'action faisant l'objet de la

which the council has no authority. [Emphasis added.]

[30] The grounds for the application for judicial review were stated in the following terms [at paragraph 12]:

that the Decision was based on a misapprehension of jurisdiction and that the law pertaining to this matter, properly understood and applied, requires that the NFPC review the conduct of the CTMA and ensure that it is consistent with the CTMA's statutory mandate.

[31] However, the applications Judge found that the only issue for determination was whether the Council erred with respect to its powers granted to it under section 7 of the FPAA. He then stated, more specifically, in paragraph 14, that the issue was whether the power granted to the Council in paragraph 7(1)(I) of the FPAA included "directory authority."

[32] The applications Judge concluded that the ambit of the powers contained in section 7 of the FPAA should be considered in light of the scope of the duties contained in section 6 of the FPAA. He determined that those duties were relatively narrow, stating at paragraph 17 that "the terms of section 6 made it clear that the Council is not intended to be an enforcer, but is intended to be a supervisor and a facilitator dedicated to productive change." He then concluded that the Council's powers under section 7 were narrowly defined. Finally, he concluded that the "limited class rule" should operate to limit the scope of paragraph 7(1)(I) of the FPAA, stating, at paragraph 20:

Therefore, by reading the general grant of power in paragraph 7(1)(I) in context with the supervisor and facilitator duties established by section 6 and the narrow powers provided in subsection 7(1) to carry out these duties according to the "limited class rule", in my opinion, the discretionary power to do "all such other things as are incidental or conducive to the fulfilment of its duties" [underlining added] most certainly does not give something more than supervisory or facilitation powers; that is, it does not give directory authority to the Council to make an "order" to require the applicants' export and domestic marketings be correctly calculated in accordance with actual production and marketing experience as requested

plainte était en réalité une action d'Alberta Turkey Producers à l'égard de laquelle le conseil n'a aucune autorité. [Non souligné dans l'original.]

[30] Les motifs de la demande de contrôle judiciaire étaient formulés dans les termes suivants [au paragraphe 12] :

[TRADUCTION] La décision qui a été prise était fondée sur une mauvaise interprétation en matière de compétence et le fait que le droit applicable à cette affaire, bien compris et mis en œuvre, exige que le CNCPA examine la conduite de l'OCCD et s'assure qu'il respecte le mandat qui lui est confié par la loi.

[31] Cependant, le juge des demandes a établi que la seule question à trancher était celle de savoir si le Conseil s'était trompé dans l'interprétation des pouvoirs que lui confère l'article 7 de la LOPA. Il a ensuite précisé, au paragraphe 14, que la question était de savoir si les pouvoirs conférés au Conseil par l'alinéa 7(1)I) comprennent le « pouvoir de donner des directives ».

[32] Le juge des demandes a posé que la portée des pouvoirs énoncés au paragraphe 7 de la LOPA devait être examinée à la lumière de la portée de la mission définie à son article 6. Il a constaté que cette mission avait une définition relativement étroite, faisant observer au paragraphe 17 de sa décision qu'« il ressort clairement de la terminologie employée à l'article 6 que le Conseil n'est pas censé être un exécuteur, mais plutôt un superviseur et un facilitateur voué à des changements positifs ». Il a ensuite déclaré établi que les pouvoirs conférés par l'article 7 sont étroitement définis. Enfin, il a conclu que la « règle des choses du même ordre » devait être appliquée de manière à limiter la portée de l'alinéa 7(1)I) de la LOPA, écrivant ce qui suit au paragraphe 20 :

Par conséquent, en interprétant, conformément à la « règle des choses du même ordre », le pouvoir général conféré par l'alinéa 7(1)I) dans le contexte des fonctions de superviseur et de facilitateur décrites à l'article 6 et des pouvoirs restreints conférés par le paragraphe 7(1) pour s'acquitter de ces fonctions, j'estime que le pouvoir discrétionnaire de « prendre toute autre mesure utile à la réalisation de sa mission » [soulignement ajouté] ne confère certainement pas autre chose de plus qu'un pouvoir de supervision ou de facilitation; en d'autres mots, il n'accorde pas au Conseil un pouvoir de directive lui permettant de prendre une « ordonnance » exigeant que les productions des demandeurs destinées à

in the October 12, 2004 letter quoted above.

He concluded by stating that the grant of power contained in paragraph 7(1)(l) of the FPAA did not include “directory authority” and he dismissed the appeal.

#### ISSUE

[33] The issue is the scope of the Council’s jurisdiction to hear and dispose of the complaint.

#### ANALYSIS

[34] The appropriate standard of review to be applied in relation to the decision of the Council that it could not hear and dispose of the complaint, in the manner requested by the appellants, was determined by the applications Judge to be correctness. I agree with that conclusion.

[35] The applications Judge concluded that the Council was entitled to decline to hear the complaint because the relief or remedy that was sought was beyond the power of the Council to grant. He reduced the issue further by concluding that the issue was whether or not the provisions of paragraph 7(1)(l) of the FPAA provided “directory authority” to the Council. With the greatest respect, this was an over-refinement of the problem that resulted in an error in law.

[36] To determine the correctness of the Council’s decision to refuse to hear and dispose of the complaint, it is necessary to interpret the legislative framework that provides the Council with its duties and powers.

[37] All of the parties agreed that the July 14, 2004 correspondence by the appellants to the Council constituted a complaint of the type contemplated by paragraph 7(1)(f) of the FPAA. However, there was no apparent agreement as to the nature of the complaint.

[38] Counsel for the Council and the CTMA argued that the complaint related to the proposed Quota

l’exportation et au marché intérieur soient calculées correctement en conformité avec l’expérience réelle de production et de mise en marché, comme il est demandé dans la lettre du 12 octobre 2004 citée plus haut.

Le juge des demandes a achevé son raisonnement en déclarant que les pouvoirs conférés au Conseil par l’alinéa 7(1)l) de la LOPA ne comprennent pas le « pouvoir de directive » et il a rejeté l’appel.

#### LA QUESTION EN LITIGE

[33] La question à trancher est celle de savoir si le Conseil a compétence pour instruire la plainte des appelants.

#### ANALYSE

[34] Le juge des demandes a conclu que la norme de contrôle applicable à la décision du Conseil selon laquelle il ne pouvait instruire et décider la plainte des appelants de la manière demandée par eux est celle de la décision correcte. Je souscris à cette conclusion.

[35] Le juge des demandes a conclu que le Conseil avait le droit de refuser d’instruire la plainte au motif qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure de redressement ou de réparation demandée. Il a délimité encore plus étroitement la question en concluant que celle-ci était de savoir si l’alinéa 7(1)l) de la LOPA confère au Conseil le « pouvoir de donner des directives ». Soit dit avec la plus grande déférence, il s’agissait là d’un excès de raffinement analytique qui a entraîné une erreur de droit.

[36] Pour établir si le Conseil a rendu une décision correcte en refusant d’instruire et de décider de la plainte, il faut interpréter le régime qui lui assigne sa mission et lui confère ses pouvoirs.

[37] Toutes les parties conviennent que la lettre des appelants au Conseil en date du 14 juillet 2004 constitue une plainte au sens de l’alinéa 7(1)f) de la LOPA. Cependant, elles ne semblent pas s’entendre sur la nature de cette plainte.

[38] L’avocat du Conseil et de l’OCCD soutient que la plainte se rapportait au projet de modification du

Regulations amendment for the 2003-2004 control period and accordingly, the complaint was made too late. With respect, I do not agree. In my opinion, the complaint was that the June resolution contained an error in the calculation of the export production marketed by the appellants in the 2003-2004 control period and the appellants wanted that error to be corrected.

[39] The June resolution was clearly an action taken by the CTMA in the course of its operations. While the main purpose of the June resolution may have been to provide a forgiveness of a portion of certain overmarketing penalties that were assessed or to be assessed against ATP, in accordance with the promotion agreement, the determination of the amount that was to be forgiven depended upon a determination of the amount of production marketed by the appellants in export trade. The amount of export marketing so determined by Council had, and continues to have, a direct impact upon the appellants. That amount was used by the ATP, within days of the June resolution, as a factor in the determination of the overmarketing penalty that ATP assessed against the appellants. The continuing relevance of that amount is evident from the provision of the mediation agreement that stipulates that any increase in the amount of export marketing for the 2003-2004 control period will be applied to reduce the overmarketing penalty that was assessed by ATP in respect of the 2003-2004 control period. Therefore, having determined that the complaint related to the June resolution and not the proposed Quota Regulations amendment, the complaint was made on a timely basis because it was brought within 15 days of the time that the appellants became aware of the June resolution, as contemplated by Part V, paragraph 3(1) of the Complaint Guidelines.

[40] The reasons for the decision of the Council, as outlined by the applications Judge, also support the premise that the Council was in error in terms of its understanding of the nature of the complaint. In particular, the evidence of Mr. Hayward, Executive Director of the Council, that "The Council has no 'directory authority' under the Act to amend or order an

Règlement sur le contingentement pour la période réglementée 2003-2004 et que, par conséquent, elle a été présentée hors délai. Je dois à regret m'inscrire en faux contre cette proposition. À mon sens, le contenu de la plainte était que la résolution de juin contenait une erreur dans le calcul des productions commercialisées à l'exportation par les appelants pendant la période réglementée 2003-2004 et que ceux-ci voulaient faire corriger cette erreur.

[39] La résolution de juin était indubitablement une mesure prise par l'OCCD dans le cadre de son activité. Il se peut que la résolution de juin ait eu pour objet principal la renonciation à une partie de certaines pénalités pour commercialisation excessive établies ou devant être établies contre les ATP, conformément à l'accord de promotion, mais la quantité sur laquelle devait porter la renonciation dépendait du calcul des productions commercialisées par les appelants sur le marché d'exportation. La quantité desdites productions ainsi déterminée par le Conseil avait, et continue d'avoir, un effet direct sur les appelants. Les ATP ont utilisé cette quantité, quelques jours après la résolution de juin, comme facteur pour fixer la pénalité pour commercialisation excessive qu'ils ont prononcée contre les appelants. La pertinence durable de cette quantité ressort à l'évidence de la stipulation de l'accord de médiation selon laquelle toute augmentation de la quantité des productions commercialisées à l'exportation pour la période réglementée 2003-2004 serait portée en déduction de la pénalité pour commercialisation excessive fixée par les ATP à l'égard de cette période. Par conséquent, comme j'ai décidé que la plainte portait sur la résolution de juin et non sur le projet de modification du Règlement sur le contingentement, je dois conclure qu'elle a été présentée dans le délai prescrit, puisqu'elle l'a été dans les 15 jours suivant le moment où les appelants ont eu connaissance de ladite résolution, conformément à la partie V, paragraphe 3(1) des Lignes directrices sur les plaintes.

[40] Les motifs de la décision du Conseil, tels que le juge des demandes les a établis, étayent aussi la conclusion que le Conseil n'a pas compris correctement la nature de la plainte. Plus précisément, la déclaration de M. Hayward, directeur exécutif du Conseil, selon laquelle [TRADUCTION] «[I]e Conseil n'a aucun pouvoir de directive en vertu de la Loi pour modifier ou

amendment to the CTMA's Export Policy" indicates that the Council erroneously believed that it was being requested by the appellants to do something other than correct an alleged computational error in the June resolution. Mr. Hayward's further evidence to the effect that the appellants' complaint was with respect to the penalty that was assessed by ATP is another indication that the Council erroneously believed that it was being asked to do more than simply review an alleged error in the determination of the amount of export marketing that the CTMA stipulated in the June resolution.

[41] The decision of the Council to refuse to hear the complaint because of a lack of jurisdiction raises another concern in relation to the provisions of the Complaint Guidelines. In particular, Part VI, paragraph 3 states, *inter alia*, that the Council may dismiss a complaint in relation to a matter that is beyond its jurisdiction "after discussing the circumstances with the complainant." In reviewing the correspondence from the Council to the appellants and their counsel, the only reference to a lack of jurisdiction is found in the November 22, 2004 correspondence in which the Council stated that it lacked jurisdiction to grant the relief that was requested and that it was unwilling to take any further action. It is an open question as to what the appellants may have said if they had been advised that the Council was uncertain as to whether it could "grant an Order" or exercise "directory authority" in relation to a decision of the CTMA. However, they were not afforded the opportunity to have such a discussion, notwithstanding the clear provisions of Part VI, paragraph 3 of the Complaint Guidelines.

[42] Inasmuch as it is the Council, not the complainant, that has the obligation to determine the remedy, if any, that is to be provided in relation to a complaint, the Council should be reluctant to summarily decline to hear a complaint on the basis of a lack of authority to provide the remedy that has been requested. It may well be that after the complaint has been heard, the Council would be in a position to grant an appropriate remedy, other than the one that was specifically requested. Such a flexible approach is

ordonner que soit modifiée la politique d'exportation de l'OCCD », indique que le Conseil croyait à tort que les appelants lui demandaient autre chose que de corriger une erreur de calcul supposée dans la résolution de juin. La déclaration de M. Hayward comme quoi la plainte des appelants portait sur la pénalité prononcée par les ATP est une autre indication que le Conseil pensait à tort qu'on lui demandait plus que de simplement examiner une erreur supposée dans le calcul des productions commercialisées à l'exportation sur lequel l'OCCD avait fondé la résolution de juin.

[41] La décision du Conseil de refuser d'instruire la plainte au motif de l'incompétence soulève une autre question, touchant cette fois l'application des dispositions des Lignes directrices sur les plaintes. Plus précisément, la partie VI, paragraphe 3 de ces Lignes directrices porte, entre autres choses, que le Conseil peut rejeter une plainte dont l'objet outrepassa sa compétence « après avoir discuté de la situation avec le plaignant ». L'examen des lettres adressées par le Conseil aux appelants et à leur avocat révèle que le Conseil ne parle de son incompétence supposée que dans celle du 22 novembre 2004, où il déclare qu'il n'a pas compétence pour accorder le redressement demandé et qu'il n'est pas disposé à prendre d'autres mesures. On peut se demander ce que les appelants auraient dit si le Conseil les avait informés qu'il ne savait pas s'il lui était permis de [TRADUCTION] « prononcer une ordonnance » ou d'exercer un [TRADUCTION] « pouvoir de donner des directives » à l'égard d'une décision de l'OCCD. Or on ne leur a pas donné la possibilité de discuter ainsi de la situation, en dépit des dispositions explicites de la partie VI, paragraphe 3 des Lignes directrices sur les plaintes.

[42] Étant donné que c'est à lui-même, et non au plaignant, qu'il incombe d'établir les mesures de redressement auxquelles, le cas échéant, une plainte doit donner lieu, le Conseil devrait se montrer peu disposé à refuser sommairement d'instruire une plainte au motif de son incompétence pour accorder la mesure de redressement demandée. Il pourrait en effet fort bien arriver que, après avoir instruit la plainte, le Conseil se trouve en position d'accorder un redressement approprié qui serait différent du redressement demandé par le

consistent with the provisions of Part IV, paragraph 1 of the Complaint Guidelines.

[43] Having regard to the errors of the Council in relation to the nature of the complaint and to the indicated failure of Council to follow the Complaint Guidelines, I would set aside the decision of the Council and return the matter to them to consider the complaint. Given this determination, the scope of the Council's powers in relation to the disposition of the complaint will now be considered.

[44] As a general matter, the Council's powers to dispose of a complaint in relation to the operations of the CTMA will have to be considered in light of the actual circumstances of the complaint that has been made. At a minimum, Part VIII, paragraph 2 of the Complaint Guidelines directs the Council to publish a report of its findings and recommendations in relation to the complaint that it has considered. Whether such a report would have satisfied the appellants is yet another open question, although there was some suggestion from their counsel, at the hearing of this appeal, that such an outcome may have been sufficient. That said, the existence of a broader power to deal with complaints was considered by the Federal Court in the judicial review application.

[45] The applications Judge correctly determined that the powers of the Council, which are outlined in section 7 of the FPAA, should be considered in the context of the duties imposed on the Council in section 6 of the FPAA. However, with respect, I do not agree with the applications Judge's conclusions that the primary duty of the Council related to the establishment of agencies under paragraph 6(1)(a) of the FPAA and that the duties contained in paragraphs 6(1)(b) and (c) of the FPAA were limited to that of a supervisor and a facilitator.

[46] Nothing on the face of section 6 of the FPAA leads to the conclusion that the duty contained in paragraph 6(1)(b) of the FPAA—to review the operations of agencies with a view to ensuring that they carry on their operations in accordance with their objects, as set out in section 21 of the FPAA—should be

plaignant. Une approche souple de cette nature est compatible avec les dispositions de la partie IV, au paragraphe 1 des Lignes directrices sur les plaintes.

[43] Vu les erreurs commises par le Conseil concernant la nature de la plainte et le fait que ce dernier a contrevenu, de la manière exposée ci-dessus, aux Lignes directrices sur les plaintes, j'annulerais la décision du Conseil et lui renverrais l'affaire pour instruction de la plainte. À partir de cette conclusion, j'examinerai maintenant l'étendue des pouvoirs du Conseil pour ce qui concerne la décision de la plainte.

[44] Je poserai d'abord en principe que la question du pouvoir du Conseil de décider d'une plainte touchant l'activité de l'OCCD doit être examinée en fonction des faits et circonstances de cette plainte. La partie VIII, paragraphe 2 des Lignes directrices sur les plaintes fait au Conseil l'obligation minimale de publier un rapport comprenant ses constatations et recommandations relatives à la plainte qu'il a instruite. Quant à savoir si un tel rapport aurait satisfait les appelants, c'est là une autre question ouverte, encore que leur avocat ait laissé entendre, à l'audience du présent appel, qu'un tel résultat aurait pu se révéler suffisant. Cela dit, la Cour fédérale a examiné, dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, la question de l'existence d'un pouvoir plus étendu relativement aux plaintes.

[45] Le juge des demandes a posé à bon droit qu'il convient d'examiner les pouvoirs du Conseil, énoncés à l'article 7 de la LOPA, dans le contexte de la mission que lui assigne l'article 6 de la même loi. Cependant, soit dit en toute déférence, je ne souscris pas aux conclusions du juge des demandes selon lesquelles l'élément principal de la mission du Conseil se rapporte à la création d'offices sous le régime de l'alinéa 6(1)a) de la LOPA et que les éléments prévus aux alinéas 6(1)b) et c) du même paragraphe se limitent à un rôle de supervision et de facilitation.

[46] On ne trouve rien à l'article 6 de la LOPA qui mènerait à la conclusion que la mission énoncée à son alinéa 6(1)b)—consistant à contrôler l'activité des offices afin de s'assurer qu'elle est conforme aux objets énoncés à l'article 21—devrait être considérée comme se limitant à des fonctions de supervision ou de

considered to be limited in its scope to supervisory or facilitative functions. Indeed, a contrary conclusion in relation to the nature of the Council's duties appears to have been adopted by Justice Shore in *Saskatchewan (Minister of Agriculture, Food and Rural Revitalization) v. Canada (Attorney General)* (2006), 289 F.T.R. 237 (F.C.) (the CEMA decision) when he addressed sections 6 and 7 of the FPAA in the context of the powers of the Canadian Egg Marketing Agency (CEMA), the equivalent of the CTMA in relation to egg marketing. At paragraphs 15 and 16, Justice Shore stated:

Although the scheme enacted by Parliament and the Governor in Council gives CEMA broad discretionary authority, that discretion is subject to qualifications, particularly in regard to overbase allocations. Specifically, CEMA is obliged to consider certain factors (the "overbase criteria") in enacting regulations to establish overbase allocations. Any amendments to the Quota Regulations must be approved by Council before the amendments are enacted. Further, quota allocations proposed by CEMA (as well as other operational activities of CEMA) are subject to a statutory complaint mechanism to Council.

As set out in subsection 6(1) of the Act, the key duties of Council are to review the operations of CEMA and other similar agencies to ensure "they carry on their operations in accordance with their objects" and to advise the Minister of Agriculture and Agri-Foods on related issues "with a view to maintaining and promoting an efficient and competitive agriculture industry". [Emphasis added.]

[47] In construing the scope of paragraph 7(1)(f) of the FPAA in the case at bar, the applications Judge focussed on the words "within its powers" which appeared to lead him to conclude that the powers of the Council must be limited to only those powers that are contained in subsection 7(1) of the FPAA. This led to a focus on paragraph 7(1)(l) of the FPAA. With respect, this approach was misguided because the focus on the words "within its powers" draws attention away from the essence of the provision, namely, that the Council should "take such action. . . as it deems appropriate" in relation to any complaints". Furthermore, the French version of paragraph 7(1)(f) of the FPAA does not contain language that translates into the phrase "within its powers." The absence of these words in the French

facilitation. En fait, le juge Shore paraît avoir retenu la conclusion contraire touchant la nature de la mission du Conseil dans *Saskatchewan (Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation et de la Revitalisation rurale) c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 345 (la décision sur l'OCCO), lorsqu'il a examiné les articles 6 et 7 de la LOPA dans le contexte des pouvoirs de l'Office canadien de commercialisation des œufs (l'OCCO), soit l'équivalent de l'OCCD pour la commercialisation des œufs. Le juge Shore formule les observations suivantes aux paragraphes 15 et 16 de cette décision :

Bien que le régime promulgué par le Parlement et le gouverneur en conseil confère à l'OCCO un pouvoir discrétionnaire étendu, ce pouvoir demeure assujéti à certains critères, surtout en ce qui concerne la répartition des contingents supplémentaires. Plus particulièrement, l'OCCO est tenu de prendre en compte certains facteurs (les critères de contingentement supplémentaire) lorsqu'il envisage de prendre un règlement pour établir des contingents supplémentaires. Toute modification du Règlement sur le contingentement doit être approuvée par le Conseil avant d'être adoptée. De plus, la répartition des contingents proposée par l'OCCO de même que d'autres activités opérationnelles de l'OCCO sont assujétiées à un mécanisme de plainte prévu par la loi et régi par le Conseil.

Tel que prévu au paragraphe 6(1) de la Loi, la mission du Conseil consiste essentiellement à contrôler l'activité de l'OCCO et des autres offices de même nature « afin de s'assurer qu'elle est conforme aux objets » de ces offices et à conseiller le ministre sur les questions connexes « en vue de maintenir ou de promouvoir l'efficacité et la compétitivité du secteur agricole ». [Non souligné dans l'original.]

[47] Dans la présente espèce, le juge des demandes a interprété l'alinéa 7(1)f) en se focalisant sur les termes « *within its powers* » de son texte anglais, ce qui semble l'avoir induit à conclure que les pouvoirs du Conseil doivent être considérés comme se limitant à ceux qu'énonce le paragraphe 7(1) de la LOPA. Il s'est ainsi trouvé amené à concentrer son attention sur l'alinéa 7(1)l) de la LOPA. Je dois à regret faire observer que cette approche est erronée, parce que l'accent mis sur les termes « *within its powers* » distraie de l'essence de cette disposition, qui est que le Conseil « prend les mesures qu'il estime appropriées relativement aux plaintes qu'il reçoit ». Qui plus est, le texte français de l'alinéa 7(1)f) de la LOPA ne contient pas d'équivalent de l'expression « *within its powers* ». L'absence de ces



version of paragraph 7(1)(f) of the FPAA is consistent with my view that no special or enhanced emphasis should be given to them in the determination of the proper interpretation of the scope of the powers granted to the Council pursuant to paragraph 7(1)(f) of the FPAA.

[48] While counsel for the CTMA argued that in previous complaint decisions under paragraph 7(1)(f) of the FPAA, the Council has determined that it did not have the authority to order an agency to act, I note that the materials cited by such counsel referred to paragraph 7(1)(d) of the FPAA and not to paragraph 7(1)(f) of the FPAA. That said, the presence or absence of such authority is a matter of law, in respect of which the opinion of the Council is not determinative.

[49] Counsel for the Council referred to the CEMA decision in relation to the proposition that the Council does not have “directory authority.” While Shore J. does state that the Council does not have “directory authority” and can only make recommendations in relation to some complaints under paragraph 7(1)(f) of the FPAA, I will observe that no authority is cited by him in support of those propositions.

[50] The interdependent nature of paragraphs 6(1)(b), 7(1)(f) and section 21 of the FPAA must be considered when interpreting them. The words “take such action . . . as it deems appropriate,” in paragraph 7(1)(f) of the FPAA, should be construed in light of the duty that is imposed on the Council under paragraph 6(1)(b) of the FPAA to “review the operations of agencies with a view to ensuring that they carry out their operations in accordance with their objects.” The objects of the CTMA are broadly stated in section 21 of the FPAA and its powers are even more broadly stated in section 22 of the FPAA. In my view, the significant latitude that is extended to the CTMA in relation to the conduct of its operations is consistent with a broader, rather than a narrower, range of actions that the Council should be able to take in the fulfillment of its mandate to conduct a review of the operations of the CTMA, especially in situations in which a complaint has arisen in relation to such operations. The precise nature of the “appropriate action” to be taken by the Council, in relation to any

termes dans le texte français de l’alinéa 7(1)f) de la LOPA milite en faveur de ma thèse qu’il n’y a pas lieu de leur accorder d’importance particulière dans l’interprétation de l’étendue des pouvoirs que cet alinéa confère au Conseil.

[48] L’avocat de l’OCCD fait valoir que le Conseil a déjà conclu dans le cadre d’autres plaintes relevant de l’alinéa 7(1)f) de la Loi qu’il n’a pas compétence pour ordonner à un office de prendre des mesures, mais je note que les éléments qu’il cite à l’appui de cette proposition se rapportent à l’alinéa 7(1)d) de la LOPA et non à son alinéa 7(1)f). Quoi qu’il en soit, le point de savoir si le Conseil possède ou non une telle compétence est une question de droit, pour la résolution de laquelle son opinion n’est pas déterminante.

[49] L’avocat du Conseil a invoqué la décision sur l’OCCO à propos de la thèse que le Conseil ne possède pas le « pouvoir de donner des directives ». Il est vrai que le juge Shore écrit que le Conseil ne possède pas ce pouvoir et ne peut que formuler des recommandations à propos de certaines plaintes sous le régime de l’alinéa 7(1)f) de la LOPA, mais je note aussi qu’il ne cite pas de jurisprudence à l’appui de ces propositions.

[50] Il faut tenir compte de l’interdépendance de l’alinéa 6(1)b), de l’alinéa 7(1)f) et de l’article 21 de la LOPA pour les interpréter. Les termes « prend les mesures qu’il estime appropriées » de l’alinéa 7(1)f) doivent s’interpréter en fonction de la mission que l’alinéa 6(1)b) assigne au Conseil « de contrôler l’activité des offices afin de s’assurer qu’elle est conforme [à leurs] objets ». Les objets de l’OCCD sont énoncés de manière générale à l’article 21 de la LOPA, et ses pouvoirs le sont de manière encore plus générale à l’article 22 de la même Loi. À mon sens, la grande liberté que la LOPA accorde à l’OCCD touchant la manière d’exercer son activité doit nous inciter à considérer comme plutôt large qu’étroit l’éventail des mesures que le Conseil serait habilité à prendre pour remplir son mandat de contrôle de l’activité de l’OCCD, en particulier dans le cas où cette activité donne lieu à une plainte. La nature précise des « mesures appropriées » à prendre par le Conseil à propos d’une plainte déterminée dépend sans aucun doute des faits et

particular complaint, will no doubt depend upon the actual circumstances of the complaint. However, in my view, it would be appropriate for the Council to direct the CTMA to correct a demonstrable computational error that had been made by the CTMA in the course of its operations.

[51] In view of my conclusion that the express words of paragraph 7(1)(f) of the FPAA empower the Council to take action in relation to complaints that are before it, and in particular that such action would include a direction to the CTMA to correct a demonstrably erroneous calculation, I find it unnecessary to consider whether paragraph 7(1)(l) of the FPAA or the principle of jurisdiction by necessary implication, as argued by counsel for the appellants, could also provide a basis for the empowerment of the Council to direct the CTMA to correct the computation of the export marketings of the appellants, as specified in the June resolution, should it be determined upon the hearing of the complaint that such computation was erroneous.

[52] I would therefore allow the appeal with costs, set aside the decision of the Federal Court and direct the Council to hear the complaint of the appellants.

DESJARDINS J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I agree.

---

<sup>1</sup> The reference to “export credits” appears to be a reference to the mechanism that was, in essence, used to provide export quotas under the version of the Export Policy that was replaced by the 2003 version.

circonstances de cette plainte. Cependant, à mon avis, ce serait une mesure appropriée pour le Conseil que d’ordonner à l’OCCD de corriger, sous réserve qu’elle soit établie, une erreur de calcul qu’il aurait commise dans le cadre de son activité.

[51] Étant donné ma conclusion que l’alinéa 7(1)f) de la LOPA confère explicitement au Conseil le pouvoir de prendre des mesures relativement aux plaintes dont il est saisi, et en particulier que le fait d’ordonner à l’OCCD de corriger une erreur de calcul avérée constituerait une telle mesure autorisée, je n’estime pas nécessaire d’examiner le point de savoir si l’alinéa 7(1)l) ou le principe de la compétence par voie de conséquence nécessaire, comme le soutient l’avocat des appelants, conférerait aussi au Conseil le pouvoir d’ordonner à l’OCCD de corriger le calcul des productions des appelants commercialisées sur le marché d’exportation qui a été retenu dans la résolution de juin, dans le cas où l’instruction de la plainte établirait que ce calcul est erroné.

[52] En conséquence, j’accueillerais l’appel avec dépens, j’annulerais la décision de la Cour fédérale et j’ordonnerais au Conseil d’instruire la plainte des appelants.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

---

<sup>1</sup> L’expression « crédits d’exportation » paraît se rapporter ici à un mécanisme qui était essentiellement utilisé pour établir les contingents d’exportation dans la version de la Politique d’exportation qui a été remplacée par celle de 2003.

T-739-06  
2007 FC 128

T-739-06  
2007 CF 128

**Toronto Star Newspapers Limited and Kassim Mohamed (Plaintiffs)**

**Toronto Star Newspapers Limited et Kassim Mohamed (demandeurs)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada (Defendant)**

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada (défenderesse)**

**INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v. CANADA (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c. CANADA (C.F.)**

Federal Court, Lutfy C.J.—Toronto, September 25, October 18, 2006; Ottawa, February 5, 2007.

Cour fédérale, juge en chef Lutfy—Toronto, 25 septembre et 18 octobre 2006; Ottawa, 5 février 2007.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Motion challenging constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) as contrary to fundamental freedom of expression, media protected by Charter, s. 2(b) — Attorney General notified secret information to be disclosed in civil action against it — Commenced designated proceeding under Act, s. 38 to have Court determine whether secret information should be disclosed — Authorized disclosure of existence of designated procedure — Plaintiff newspaper commencing constitutional challenge — Open court principle core democratic principle inextricably linked to s. 2(b) freedoms — Requiring media access, timely publication — Parties agreeing impugned provisions infringing Charter, s. 2(b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Requête contestant la constitutionnalité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la Loi sur la preuve au Canada au motif qu'ils portent atteinte aux libertés d'expression et de presse garanties par l'art. 2b) de la Charte — Le procureur général a appris que des renseignements secrets seraient divulgués dans le cadre d'une action civile intentée contre lui — Il a demandé, en vertu de l'art. 38 de la Loi, à la Cour de décider s'il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets — La divulgation de cette demande a été autorisée — Le demandeur (Toronto Star) a entamé une contestation de nature constitutionnelle — Le principe de la publicité des débats judiciaires est une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales que protège l'art. 2b) — Ce principe exige l'accès des médias et la publication en temps opportun — Les parties reconnaissent que les dispositions contestées portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Plaintiffs challenging constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) — Parties agreeing impugned provisions infringing Charter, s. 2(b) — Impugned provisions doing more than minimally required to safeguard secret information, therefore trenching unduly on open court principle — Provisions failing at minimal impairment branch of R. v. Oakes test, could not be saved under Charter, s. 1.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Les demandeurs contestent la constitutionnalité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la Loi sur la preuve au Canada — Les parties reconnaissent que les dispositions contestées portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte — Les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires — Ces dispositions ne constituaient pas une atteinte minimale au sens de l'arrêt R. c. Oakes et ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier de la Charte.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) infringing Charter, s. 2(b), not saved by s. 1 — Reading down*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Les art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte, et ils ne pouvaient pas être sauvegardés en vertu*

*approach adopted by S.C.C. in Ruby v. Canada (Solicitor General) appropriate manner by which to remedy constitutional defects in impugned provisions — Mandatory confidentiality requirements in ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) to be read down, as constitutional remedy, to apply only to ex parte representations provided for in s. 38.11(2) — All court records accessible to non-government party presumptively available to public.*

*Evidence — Constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38.04, 38.11(1), 38.12(2) challenged as contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) (guaranteeing freedom of expression, media) — Parties agreeing Charter infringed — Not saved by Charter, s. 1 — Remedy to read down provisions.*

This was a motion brought by the plaintiffs challenging the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act* as they infringe their rights guaranteed by paragraph 2(b) (freedom of expression, and of the media) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In September 2004, the plaintiff Kassim Mohamed sued the Attorney General of Canada for damages and other relief, alleging that the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Security Intelligence Service disclosed his personal information to foreign security agencies. After being notified that secret information was about to be disclosed, the Attorney General of Canada launched a designated proceeding pursuant to sections 38 and following to have the Federal Court determine whether such information should be disclosed. As a result of the Attorney General's authorization to disclose the existence of the designated procedure, the Toronto Star Newspapers Ltd., which had been following the civil action, was informed of the designated proceeding. The plaintiffs challenged the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act*. Subsection 38.04(4) requires that confidentiality be maintained in respect of all applications made pursuant to section 38; subsection 38.11(1) requires that section 38 application hearings be heard in private and subsection 38.12(2) requires that confidentiality be maintained in respect of all court records related to a section 38 proceeding. The combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) is to deny the plaintiff, the Toronto Star, access to the section 38 application and all Court records associated with the designated proceeding. The Attorney General of Canada agreed with the plaintiffs that the impugned provisions violate the open court principle, a core democratic value inextricably linked to the fundamental freedoms of expression and of the media protected under paragraph 2(b) of the Charter.

*de l'article premier — La méthode de l'interprétation atténuante qui a été adoptée par la C.S.C. dans l'arrêt Ruby c. Canada (Solliciteur général) est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées sur le plan constitutionnel — Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) devraient faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser que les observations ex parte qui sont mentionnées à l'art. 38.11(2) — Tous les documents auxquels a accès la partie non gouvernementale sont en principe accessibles au public.*

*Preuve — Contestation de la constitutionnalité des art. 38.04, 38.11(1) et 38.12(2) de la Loi sur la preuve au Canada au motif qu'ils portent atteinte à l'art. 2b) (qui garantit les libertés d'expression et de la presse) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les parties reconnaissent que ces dispositions portent atteinte à la Charte — Ces dispositions ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier — L'interprétation atténuante est le recours indiqué.*

Il s'agissait d'une requête présentée par les demandeurs pour contester la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* au motif qu'ils portent atteinte à leurs droits garantis par l'alinéa 2b) (libertés d'expression et de la presse) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En septembre 2004, le demandeur Kassim Mohamed a intenté une poursuite contre le procureur général du Canada en vue d'obtenir des dommages-intérêts et d'autres mesures de réparation, alléguant que la Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité ont communiqué ses renseignements personnels à des agences de sécurité étrangères. Après avoir été avisé que des renseignements secrets étaient sur le point d'être divulgués, le procureur général du Canada a demandé, en vertu des articles 38 et suivants, à la Cour fédérale de décider s'il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets. Après que le demandeur Kassim Mohamed ait obtenu l'autorisation du procureur général de révéler le fait qu'il avait présenté cette demande, Toronto Star Newspapers Ltd., qui suivait l'action civile, a été informé de la présentation de cette demande. Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 38.04(4) impose la confidentialité à toutes les demandes présentées en vertu de l'article 38; le paragraphe 38.11(1) exige que les audiences relatives à la demande présentée en vertu de l'article 38 ait lieu à huis clos et le paragraphe 38.12(2) impose la confidentialité à tous les dossiers qui se rapportent à l'instance se déroulant sous l'empire de l'article 38. Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) ont pour effet conjugué d'empêcher le demandeur, le Toronto Star, d'avoir accès à la demande présentée en vertu de l'article 38 de même qu'à tous les dossiers pertinents. Le procureur général du Canada a convenu avec les demandeurs que les

Accordingly, the issues were: (1) whether the impugned provisions are saved under section 1 of the Charter; (2) if not, what was the appropriate constitutional remedy?

*Held*, the impugned provisions should be read down so as to apply only to *ex parte* representations envisaged in subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*.

(1) The defendant bore the onus of establishing that the impugned provisions are saved by section 1 of the Charter in keeping with the justificatory test established by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*. In this proceeding, no section 1 affidavit evidence was filed. The Attorney General argued that paragraph 38.04(5)(c) may be interpreted as conferring upon the Court discretion to allow Toronto Star to access the private records subject to a publication ban. Granting access to one media outlet falls well short of justifying the infringement of the open court principle and the presumptive openness of judicial proceedings. The open court principle requires media access and timely publication. The impugned provisions do more than is minimally required to safeguard the secret information and therefore trench unduly on the open court principle. Accordingly, they failed at the minimal impairment branch of the *Oakes* test and could not be saved under section 1 of the Charter. Subsection 38.11(1) is overbroad in closing the court to the public even where no secret information is at risk to justify a departure from the open court principle. Subsections 38.04(4) and 38.12(2) are also overbroad in subjecting all court records associated with the private sessions to mandatory confidentiality requirements where no secret information is at risk to justify a departure from the general principle of open courts.

(2) Subsections 38.04(4) and 38.12(1) of the Act reflect Parliament's intent to afford the designated judge the discretion to adopt any confidentiality measures required to safeguard secret information. Even if recourse to the *Federal Courts Rules* is not necessary, the latter do afford the Court a further flexibility to adopt any measures to prevent the inappropriate disclosure of secret information. Reading down, the approach adopted by the Supreme Court of Canada in

dispositions contestées sont contraires au principe de la publicité des débats judiciaires, une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales d'expression et de la presse que protège l'alinéa 2b) de la Charte. Les questions en litige étaient donc celles de savoir : 1) si les dispositions contestées étaient sauvegardées par l'article premier de la Charte; et 2) dans la négative, quelle était la mesure de redressement indiquée sur le plan constitutionnel.

*Jugement* : les dispositions contestées sont lues de façon à ne viser, au terme d'une interprétation atténuante, que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

1) Il incombait à la défenderesse d'établir que les dispositions contestées étaient sauvegardées par l'article premier de la Charte, conformément au critère justificatif établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*. En l'espèce, aucun affidavit relatif à l'article premier n'a été déposé. Le procureur général a affirmé qu'il est possible d'interpréter l'alinéa 38.04(5)c) comme conférant à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le Toronto Star à avoir accès aux dossiers sous scellé sous réserve d'une ordonnance de non-publication. Le fait de donner accès à un média en particulier est bien loin de justifier l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires ou à la présomption de la transparence des instances judiciaires. Le principe de la publicité des débats judiciaires exige l'accès des médias et la publication en temps opportun. Les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, ces dispositions ne constituaient pas une atteinte minimale au sens de l'arrêt *Oakes* et ne pouvaient pas être sauvegardées en vertu de l'article premier de la Charte. Le paragraphe 38.11(1) est d'une portée excessive lorsqu'il exclut le public des audiences même dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter le principe de la publicité des débats judiciaires. De même, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) sont d'une portée excessive car ils imposent à tous les documents judiciaires relatifs aux audiences tenues à huis clos des exigences de confidentialité dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter le principe général de la publicité des débats judiciaires.

2) Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) de la Loi reflètent l'intention du législateur d'accorder au juge désigné le pouvoir discrétionnaire d'adopter toute mesure de confidentialité qui s'avère nécessaire pour la sauvegarde de renseignements secrets. Même s'il n'est pas nécessaire de se rabattre sur les *Règles des Cours fédérales*, ces Règles donnent à la Cour la latitude nécessaire pour prendre n'importe quelle mesure permettant d'empêcher la divulgation indue de renseignements

*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, is the appropriate manner by which to remedy the constitutional defects in the impugned provisions of section 38. Subsection 38.11(1) ought to be read down as a constitutional remedy to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2). As in *Ruby*, the effect of this decision will be that private sessions are presumptively open to the public. In the exceptional event where the exclusion of the public may be justified even when all parties are present, subsections 38.04(4) and 38.12(1) provide the Court with the discretionary authority to adopt such measures as are warranted by the circumstances to protect the confidentiality of secret information. The mandatory confidentiality requirements in subsections 38.04(4) and 38.12(2) should also be read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2). As a result of this decision, all court records accessible to the non-government party are presumptively available to the public.

secrets. La méthode de l'interprétation atténuante qui a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées de l'article 38 sur le plan constitutionnel. Sur le plan constitutionnel, la mesure indiquée consiste donc à interpréter de façon atténuante le paragraphe 38.11(1), de façon à ce qu'il ne vise que les observations *ex parte* qui sont mentionnées au paragraphe 38.11(2). Comme dans l'arrêt *Ruby*, la présente décision signifie que, en principe, les audiences à huis clos sont ouvertes au public. Dans les cas exceptionnels où il serait justifié d'exclure le public même quand toutes les parties sont présentes, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de prendre au besoin les mesures pour protéger la confidentialité de renseignements secrets, si les circonstances le justifient. Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) devraient elles aussi faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser donc que les observations *ex parte* qui sont mentionnées au paragraphe 38.11(2). En raison de cette décision, tous les documents auxquels a accès la partie non gouvernementale sont en principe accessibles au public.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1-36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III).  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38 "potentially injurious information" (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), "sensitive information" (as enacted *idem*), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02(1) (as enacted *idem*, ss. 43, 141(5)), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(6)), 38.04(2) (as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)), (4) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12 (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*), 38.131 (as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19(E)).  
*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, 2(b).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17(3)(b) (as am. *idem*, s. 25).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 26 (as am. by SOR/2002-417, s. 3), 29, 151.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 46, 51.

#### 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, 2b).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02(1) (édicte, *idem*, art. 43, 141(5)), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141(6)), 38.04(2) (édicte, *idem*, art. 43, 141(7)), (4) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.09 (édicte, *idem*), 38.1 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12 (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*), 38.131 (édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19(A)).  
*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.1 à 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4, ann. III).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 46, 51.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17(3)(b) (mod., *idem*, art. 25).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 26 (mod. par DORS/2002-417, art. 3), 29, 151.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## CONSIDERED:

*Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 122 C.R.R. (2d) 359; 255 F.T.R. 173; 2004 FC 1052; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332; (2004), 240 D.L.R. (4th) 147; [2005] 2 W.W.R. 671; 199 B.C.A.C. 1; 33 B.C.L.R. (4th) 261; 184 C.C.C. (3d) 515; 21 C.R. (6th) 142; 120 C.R.R. (2d) 203; 322 N.R. 161; 2004 SCC 43.

## REFERRED TO:

*Mulroney v. Canada (Attorney General)* (1997), 125 F.T.R. 31 (F.C.T.D.); *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1995), 95 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188; (2005), 253 D.L.R. (4th) 577; 197 C.C.C. (3d) 1; 29 C.R. (6th) 251; 132 C.R.R. (2d) 178; 335 N.R. 201; 200 O.A.C. 348; 2005 SCC 41; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; (1996), 182 N.B.R. (2d) 81; 139 D.L.R. (4th) 385; 110 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (5th) 1; 39 C.R.R. (2d) 189; 203 N.R. 169; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1982), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Ribic v. Canada*, 2002 FCT 290; *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2002), 221 F.T.R. 310; 2002 FCT 839; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 1044; *Ribic v. Canada (Attorney General)* (2003), 250 F.T.R. 161; 2003 FCT 10; affd [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2003), 250 F.T.R. 1; 2003 FCT 43; affd [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; 2004 CSC 43.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 1 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1995] A.C.F. n° 619 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188; 2005 CSC 41; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; (1996), 182 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 81; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Ribic c. Canada*, 2002 CFPI 290; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 1044; *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CFPI 43; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678.

MOTION challenging the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act*. The impugned provisions should be read down so as to apply only to *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

## APPEARANCES:

*Paul B. Schabas, Ryder L. Gilliland and Rahool Agarwal* for plaintiff Toronto Star Newspapers Ltd.

*Lorne Waldman* for plaintiff Kassim Mohamed.

*Alain Préfontaine* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, for plaintiff Toronto Star Newspapers Ltd.

*Waldman & Associates*, Toronto, for plaintiff Kassim Mohamed.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

[1] LUTFY C.J.: For some 25 years now, hearings in the Federal Court have been held in private for the determination of whether national security information should be disclosed, despite the objection of the Attorney General of Canada. The requirement for closed hearings applies even for those segments of the litigation where all the parties are present and no secret information is being reviewed by the Court. This proceeding is the first constitutional challenge to the mandatory statutory provisions requiring this degree of secrecy.

[2] Where the court sessions and the court records are available to all parties in the litigation, I have concluded that the confidentiality requirements infringe unjustifiably on the open court principle. The appropriate constitutional remedy is to read down the impugned statutory provisions to apply only to court sessions and

REQUÊTE présentée pour contester la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les dispositions contestées sont lues de façon à viser, au terme d'une interprétation atténuante, que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

## ONT COMPARU :

*Paul B. Schabas, Ryder L. Gilliland et Rahool Agarwal* pour le demandeur Toronto Star Newspapers Ltd.

*Lorne Waldman* pour le demandeur Kassim Mohamed.

*Alain Préfontaine* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, pour le demandeur Toronto Star Newspapers Ltd.

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le demandeur Kassim Mohamed.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE EN CHEF LUTFY : Depuis 25 ans environ, lorsque la Cour fédérale est appelée à décider s'il convient ou non de divulguer des renseignements touchant la sécurité nationale, elle tient ses audiences à huis clos, malgré l'opposition du procureur général du Canada. L'obligation d'interdire au public l'accès aux audiences s'applique même aux phases de l'instance où toutes les parties sont présentes et où la Cour n'examine aucun renseignement secret. En l'espèce, il s'agit de la première contestation de la constitutionnalité des dispositions légales qui imposent cette mesure de secret.

[2] Je conclus que lorsque toutes les parties à l'instance ont accès aux audiences du tribunal et aux dossiers, les exigences en matière de confidentialité portent indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Sur le plan constitutionnel, la mesure de redressement indiquée consiste à interpréter de façon



court records when secret information is in play. The effect of this decision is that court sessions at which all of the parties are present and court records available to all of the parties are presumptively open to the public.

### Factual Background

[3] In September 2004, Kassim Mohamed sued the Attorney General of Canada for damages and other relief, alleging that both the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Security Intelligence Service disclosed his personal information to foreign security agencies. In Mr. Mohamed's view, this disclosure resulted in his two-week detention by Egyptian authorities. His action is pending in the Federal Court under Court file No. T-1666-04 (the civil action).

[4] During the discovery process in the civil action, the Attorney General of Canada was notified that "potentially injurious information" [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] or "sensitive information" [as enacted *idem*] as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (secret information) was about to be disclosed. Secret information, in general terms, is information relating to international relations, national defence or national security.

[5] On January 5, 2006, after receiving this notification, the Attorney General of Canada launched a designated proceeding pursuant to section 38 and following of the Act [sections 38.01-38.16] (sometimes referred to collectively as "section 38") to have the Federal Court determine whether the secret information should be disclosed: *Canada (Attorney General) v. Mohamed*, Court file No. DES-1-06 (the designated proceeding).

[6] On January 25, 2006, the Attorney General of Canada authorized counsel for Mr. Mohamed to disclose the existence of the designated proceeding. As early as August 2005, the Federal Court's publicly accessible

atténuante les dispositions légales contestées : les audiences et les dossiers ne peuvent être interdits au public que lorsque des renseignements secrets sont en jeu. Par conséquent, les audiences du tribunal auxquelles toutes les parties sont présentes et les dossiers auxquels celles-ci ont toutes accès sont en principe ouverts au public.

### Le contexte factuel

[3] En septembre 2004, Kassim Mohamed a intenté une poursuite contre le procureur général du Canada en vue d'obtenir des dommages-intérêts et d'autres mesures de réparation, alléguant que la Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité ont tous deux communiqué ses renseignements personnels à des agences de sécurité étrangères et qu'à cause de cela, les autorités égyptiennes l'ont gardé en détention durant deux semaines. Son action est en instance devant la Cour fédérale, sous le numéro de dossier T-1666-04 (l'action civile).

[4] Lors des interrogatoires préalables menés dans le cadre de l'action civile, le procureur général du Canada a été avisé que des « renseignements potentiellement préjudiciables » [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] ou des « renseignements sensibles » [édicte, *idem*], au sens de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (les renseignements secrets), étaient sur le point d'être divulgués. De façon générale, sont secrets les renseignements qui ont trait aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales.

[5] Le 5 janvier 2006, après avoir reçu cet avis, le procureur général du Canada a demandé, en vertu des articles 38 et suivants de la Loi [les articles 38.01 à 38.16] (lesquels sont parfois appelés, collectivement, l'« article 38 ») à la Cour fédérale de décider s'il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets : *Canada (Procureur général) c. Mohamed*, numéro de dossier DES-1-06 (l'instance désignée).

[6] Le 25 janvier 2006, le procureur général du Canada a autorisé l'avocat de M. Mohamed à révéler le fait qu'il avait présenté cette demande. Dès le mois d'août 2005, les données publiques au dossier de

recorded entries of the civil action disclosed that the parties intended to seek relief under section 38. In effect, the Attorney General's authorization merely confirmed what was publicly available four months earlier.

[7] Without the Attorney General's authorization, which was made under section 38.03 [as enacted *idem*], the disclosure of the fact that an application had been made to the Federal Court would have been prohibited by paragraph 38.02(1)(c) [as enacted *idem*, ss. 43, 141(5)].

[8] As the result of this authorization, the Toronto Star Newspapers Limited (Toronto Star), which had been monitoring and reporting the civil action, was informed of the designated proceeding.

[9] On February 23, 2006, the Toronto Star advised the Federal Court of its intention to challenge the confidentiality provisions to which section 38 designated proceedings are subject. If the constitutional challenge were made within the designated proceeding, section 38 may have required the argument to be heard in private. Each of the parties and the Court preferred that the issue be adjudicated in open court.

[10] On April 19, 2006, counsel for the three parties agreed that the Toronto Star's constitutional challenge would be adjudicated as a question of law pursuant to paragraph 17(3)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 25] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[11] On April 26, 2006, this proceeding was launched. The consent of the parties to proceed in this fashion removed the Toronto Star's intervention from the secrecy of section 38 proceedings for adjudication in a public forum. The Court is grateful for the ingenuity and the co-operation of counsel in having this constitutional challenge resolved in open court.

[12] The first day of the public hearings took place on September 25, 2006. The second day, on October 18, 2006, focused on remedies.

l'action civile devant la Cour fédérale révélaient que les parties entendaient solliciter une mesure de redressement en vertu de l'article 38. En fin de compte, l'autorisation du procureur général n'a fait que confirmer ce qui était public quatre mois plus tôt.

[7] Sans l'autorisation du procureur général, donnée en vertu de l'article 38.03 [édicte, *idem*], il aurait été contraire à l'alinéa 38.02(1)c) [édicte, *idem*, art. 43, 141(5)] de révéler qu'une demande avait été présentée à la Cour fédérale.

[8] Suite à cette autorisation, Toronto Star Newspapers Limited (le « Toronto Star »), qui suivait l'action civile et en rendait compte, a été informé de la présentation de cette demande.

[9] Le 23 février 2006, le Toronto Star a avisé la Cour fédérale qu'il entendait contester les règles de confidentialité prévues dans l'article 38. Si la contestation de nature constitutionnelle avait été effectuée dans le cadre de l'instruction de la demande, il aurait peut-être été obligatoire, en vertu de l'article 38, que les débats se déroulent à huis clos. Toutes les parties et la Cour ont préféré que la question soit tranchée en audience publique.

[10] Le 19 avril 2006, les avocats des trois parties ont convenu que la contestation constitutionnelle par le Toronto Star, soit traitée comme une question de droit conformément à l'alinéa 17(3)b) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 25] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

[11] La présente instance a été introduite le 26 avril 2006. Vu le consentement des parties quant à cette démarche, l'intervention du Toronto Star a été soustraite au secret imposé par l'article 38, et a fait l'objet d'une audience publique. La chose a été rendue possible grâce à l'habileté et l'esprit de collaboration des parties, et la Cour leur en sait gré.

[12] Les audiences publiques ont commencé le 25 septembre 2006. Le deuxième jour, le 18 octobre 2006, les débats ont porté sur les mesures réparatrices.

### The Impugned Provisions of Section 38

[13] The plaintiffs, the Toronto Star and Mr. Mohamed, challenge the constitutionality of three provisions of the *Canada Evidence Act* (the impugned provisions).

[14] First, the plaintiffs challenge subsection 38.11(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], which requires that section 38 application hearings be heard in private: “A hearing under subsection 38.04(5) . . . shall be heard in private” (“*Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) . . . sont tenues à huis clos*”).

[15] Second, the plaintiffs also impugn the constitutionality of two related provisions.

[16] Subsection 38.04(4) [as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)] requires that confidentiality be maintained in respect of all applications made pursuant to section 38: “An application under this section is confidential” (“*Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle*”).

[17] Similarly, subsection 38.12(2) [as enacted *idem*, s. 43] requires that confidentiality be maintained in respect of all court records related to a section 38 proceeding: “The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential” (“*Le dossier ayant trait à l’audience, à l’appel ou à l’examen est confidentiel*”).

[18] The combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) is to deny the Toronto Star access to the section 38 application and all Court records associated with the designated proceeding.

[19] This proceeding has focused on the application and the hearing in the Federal Court. One would expect that the outcome of the constitutional challenge here would be the same for “appeals” in the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada, under sections 38.09 [as enacted *idem*] and 38.1 [as enacted *idem*] respectively, and for “reviews” under section

### Les dispositions contestées de l’article 38

[13] Les demandeurs—le Toronto Star et M. Mohamed—contestent la constitutionnalité de trois dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* (les dispositions contestées).

[14] En premier lieu, les demandeurs contestent le paragraphe 38.11(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], qui exige que les audiences relatives à la demande présentée en vertu de l’article 38 aient lieu à huis clos : « Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) [. . .] sont tenues à huis clos » (« *A hearing under subsection 38.04(5) . . . shall be heard in private* »).

[15] En deuxième lieu, les demandeurs contestent également la constitutionnalité de deux dispositions connexes.

[16] Le paragraphe 38.04(4) [édicte, *idem*, art. 43, 141(7)] impose la confidentialité à toutes les demandes présentées en vertu de l’article 38 : « Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle » (« *An application under this section is confidential* »).

[17] Dans le même ordre d’idées, le paragraphe 38.12(2) [édicte, *idem*, art. 43] impose la confidentialité à tous les dossiers qui se rapportent à l’instance se déroulant sous l’empire de l’article 38 : « Le dossier ayant trait à l’audience, à l’appel ou à l’examen est confidentiel » (« *The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential* »).

[18] Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) ont pour effet conjugué d’empêcher le Toronto Star d’avoir accès à la demande présentée en vertu de l’article 38 de même qu’à tous les dossiers pertinents.

[19] La présente instance a surtout porté sur la demande présentée et sur l’audience tenue devant la Cour fédérale. On aurait pu s’attendre à ce que l’issue de la contestation constitutionnelle élevée en l’espèce soit la même que pour les « appels » interjetés devant la Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada, en vertu des articles 38.09 [édicte, *idem*] et 38.1 [édicte,

38.131 [as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19(E)]. However, the parties' agreed statement of facts, their memoranda of law and their oral submissions focused only on applications and hearings in the Federal Court. In the absence of an evidentiary record for proceedings in the appellate courts, this decision will be limited to the Federal Court.

[20] The impugned provisions as well as other relevant provisions of section 38 of the *Canada Evidence Act* are set out in full in Schedule A of these reasons. The plaintiffs are of the view that other provisions of section 38 may be unconstitutional. However, this proceeding is limited to the three impugned provisions.

[21] In an earlier decision, I noted the difficulties presented by the scope of paragraph 38.02(1)(c), which prohibits disclosing the existence of a section 38 application: *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 122 C.R.R. (2d) 359 (F.C.), at paragraphs 35-40 [hereinafter *Ottawa Citizen Group* No. 1]. I acknowledged the possibility of an exceptional case where the disclosure of the existence of a section 38 application may cause injury to legitimate government interests or perhaps even sensitive private interests. However, I added that the absence of judicial discretion in paragraph 38.02(1)(c) was, in my view, problematic. In reiterating my concern, I refer to paragraphs 38 and 40 of the decision:

There may be an exceptional case where the secrecy envisaged in section 38.02 may be warranted. In the more usual situation, however, where secret information is in issue, the necessity of a section 38 proceeding is made known publicly before the person presiding over the tribunal or court hearing. The Federal Court is required by section 38 to keep secret a fact which has been referred to publicly in the court or tribunal from which the proceeding emanates. It is unlikely that Parliament could have intended that the drafting of section 38 would result in such a consequence.

*idem*] respectivement, ainsi que pour les « examens » effectués en vertu de l'article 38.131 [édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19(A)]. Cependant, l'exposé conjoint des faits des parties, leurs mémoires juridiques et leurs observations verbales n'ont porté que sur les demandes présentées à la Cour fédérale et les audiences tenues devant celle-ci. En l'absence de dossier de preuve concernant les instances se déroulant devant les tribunaux d'appel, la présente décision ne concerne que la Cour fédérale.

[20] Les dispositions contestées, de même que d'autres dispositions connexes de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sont intégralement reproduites à l'annexe A des présents motifs. Les demandeurs sont d'avis qu'il est possible que d'autres dispositions de cet article soient inconstitutionnelles. Toutefois, la présente instance ne vise que les trois dispositions contestées.

[21] Dans une décision antérieure, j'ai signalé les difficultés que présente la portée de l'alinéa 38.02(1)c), qui interdit de révéler le fait qu'une demande a été présentée en vertu de l'article 38 : *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052 [ci-après *Ottawa Citizen Group* n° 1], aux paragraphes 35 à 40. J'ai convenu qu'il pouvait y avoir des cas exceptionnels où le fait de révéler la présentation d'une demande en vertu de l'article 38 pouvait causer préjudice à des intérêts gouvernementaux légitimes, voire à des intérêts privés sensibles. J'ai toutefois ajouté que, selon moi, l'absence de pouvoir judiciaire discrétionnaire à l'alinéa 38.02(1)c), posait problème. Mes réserves ne se sont pas dissipées, et je renvoie aux paragraphes 38 et 40 de cette décision :

Il peut arriver exceptionnellement que l'opacité envisagée dans l'article 38.02 soit sans doute justifiée. Plus généralement cependant, lorsque des renseignements secrets sont en cause, la nécessité d'une procédure de l'article 38 est révélée publiquement devant la personne qui préside l'audience du tribunal administratif ou judiciaire. La Cour fédérale est tenue par l'article 38 de garder secret un fait qui a été évoqué publiquement devant le tribunal administratif ou judiciaire à l'origine de la procédure. On peut se demander si le législateur a pu réellement vouloir que le texte de l'article 38 produise une telle conséquence.

It is unusual that a party to the litigation should be the sole arbiter to authorize the disclosure of information which is or should be public. A court should be seen as having reasonable control over its proceedings in the situation I have just described.

Il est inhabituel qu'une partie au litige puisse être le seul arbitre pour ce qui est d'autoriser la divulgation de renseignements qui sont ou qui devraient être publics. Une cour de justice devrait être considérée comme détentrice d'un pouvoir suffisant sur sa procédure dans la situation que je viens de décrire.

[22] The decision in this proceeding is premised on the fact that the existence of the designated proceeding has been made public. Until the constitutionality of the paragraph 38.02(1)(c) has been challenged and determined, these reasons are intended to apply only to those situations where knowledge of the existence of the section 38 proceeding has been disclosed to the public.

[22] Quant à la décision rendue en l'espèce, il ne faut pas perdre de vue que l'existence de l'instance désignée a été rendu publique. À ce jour, nulle contestation de la constitutionnalité de l'alinéa 38.02(1)c) n'a été déposée et la question n'est donc toujours pas tranchée; par conséquent, les présents motifs ne visent que les cas où la connaissance de l'existence de la demande faite en vertu de l'article 38 a été rendue publique.

### The Issues

[23] As set out in the parties' agreed statement of facts, this proceeding raises the following constitutional questions (at paragraph 22):

### Questions en litige

[23] Comme l'indique l'exposé conjoint des faits des parties, cette instance soulève les questions constitutionnelles suivantes (paragraphe 22) :

[TRADUCTION]

1. Does s. 38.04(4) of the *Canada Evidence Act* constitute an infringement of the Toronto Star's rights as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("Charter")? If so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
2. Does the portion of s. 38.11(1) of the *Canada Evidence Act* which states that "a hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private" constitute an infringement of the Toronto Star's rights as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. If so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
3. Does the first sentence of s. 38.12(2) of the *Canada Evidence Act* constitute an infringement of the Toronto Star's rights as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*? If so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

1. Le paragraphe 38.04(4) de la *Loi sur la preuve au Canada* porte-t-il atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*)? Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
2. Le passage du paragraphe 38.11(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* où il est dit que « [l]es audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos » porte-t-elle atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
3. La première phrase du paragraphe 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* porte-t-elle atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

[24] The Attorney General of Canada agrees with the plaintiffs that the impugned provisions violate the open court principle, a core democratic value inextricably linked to the fundamental freedoms of expression and of the media protected under paragraph 2(b) of the

[24] Le procureur général du Canada convient avec les demandeurs que les dispositions contestées sont contraires au principe de la publicité des débats judiciaires, une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales d'expression et de la presse que

*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]].

protège l'alinéa 2b) 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]].

[25] Accordingly, the issues to be decided in this proceeding include:

[25] Les questions en litige en l'espèce sont donc les suivantes :

- Are the impugned provisions saved under section 1 of the Charter?

- Les dispositions contestées sont-elles sauvegardées par l'article premier de la Charte?

- If not, what is the appropriate constitutional remedy?

- Dans la négative, quelle est la mesure de redressement indiquée sur le plan constitutionnel?

[26] Put differently and in general terms, what is the justification for requiring closed hearings and maintaining the confidentiality of court documents where no secret information is disclosed? A review of the Federal Court's experience with section 38 may be useful.

[26] En d'autres termes, et de façon générale, que justifie la tenue d'audiences à huis clos et la préservation de la confidentialité de documents judiciaires lorsqu'aucun renseignement secret n'est divulgué? Il serait peut-être utile de passer en revue le parcours de l'article 38 devant la Cour fédérale.

[27] An earlier version of section 38, which had been part of the *Canada Evidence Act* since 1982 [R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1-36.3 (enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III)], also required that applications be heard in private. It is not apparent that this requirement was always respected where all parties were present and no secret information was being discussed: *Mulroney v. Canada (Attorney General)* (1997), 125 F.T.R. 31 (F.C.T.D.), at paragraph 12; *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, (1995) 95 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 5.

[27] L'ancêtre de l'actuel article 38, qui, depuis 1982, faisait partie de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.1 à 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82, 83, ch. 111, art. 4, ann. III)], exigeait également que les demandes soient entendues à huis clos. Il n'est pas certain que cette exigence ait toujours été respectée lorsque toutes les parties étaient présentes et que les débats ne portaient sur aucun renseignement secret : *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 1 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 12; *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1995] A.C.F. n° 619 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 5.

[28] Section 38 was substantially amended in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41. Schedule B to these reasons lists the section 38 proceedings which have been publicly disclosed under the new provisions. Each has been case managed.

[28] L'article 38 a été considérablement modifié par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. L'annexe B des présents motifs énumère les causes où les demandes présentées en vertu de l'article 38 ont fait l'objet d'une divulgation publique en vertu des nouvelles dispositions; chacune a été gérée en tant qu'instance à gestion spéciale.

Proceedings Under Section 38 Since the 2001 Amendments

[29] A section 38 application is to be heard by the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice. This provision has existed since 1982 [s. 36.2].

[30] All hearings in a section 38 proceeding are closed to the public: subsection 38.11(1). Case management conferences are also conducted in private.

[31] The exclusion of the public from all sessions of a section 38 proceeding is consistent with the secrecy envisaged by paragraph 38.02(1)(c), which prohibits the disclosure of “the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04” (“*le fait qu’une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l’article 38.04*”).

[32] There are always two types of hearings in a section 38 proceeding: sessions at which all of the parties are present but which are nonetheless closed to the public (private sessions) and sessions which take place in the absence of one or more of the parties (*ex parte* sessions).

[33] There is no secret information disclosed during the private sessions. The records available at the private sessions include the notice of application, the affidavits and the memoranda of law exchanged between the parties. None of these documents contains secret information. However, the combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) is to prevent the public from accessing and publicizing the contents of these documents.

[34] *Ex parte* representations are available as of right to the Attorney General of Canada and with leave of the presiding judge to every other party: subsection 38.11(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43]. The constitutionality of the requirement that these *ex parte* sessions are closed to the public has not been challenged in this proceeding.

Instances introduites en vertu de l’article 38 depuis les modifications de 2001

[29] La demande présentée en vertu de l’article 38 doit être entendue par le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de cette dernière que le juge en chef désigne. Cette disposition existe depuis 1982 [art. 36.2].

[30] Toutes les audiences tenues dans le cadre de l’article 38 sont interdites au public : paragraphe 38.11(1). Les conférences de gestion d’instance ont également lieu à huis clos.

[31] Le fait d’exclure le public de toutes les audiences tenues dans le cadre de l’article 38 est conforme au secret visé par l’alinéa 38.02(1)c), lequel interdit de divulguer « le fait qu’une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l’article 38.04 » (« *the fact that an application is made to the Federal Court under subsection 38.04* »).

[32] En ce qui concerne l’article 38, il y a toujours deux types d’audiences : celles auxquelles toutes les parties sont présentes mais qui sont néanmoins interdites au public (les séances à huis clos), et celles qui ont lieu en l’absence d’une ou de plusieurs des parties (les audiences *ex parte*).

[33] Dans le cas des audiences à huis clos, aucun renseignement secret n’est divulgué. Les dossiers alors accessibles comprennent l’avis de demande, les affidavits et les exposés du droit que s’échangent les parties. Aucun de ces documents ne contient des renseignements secrets. Cependant, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) ont pour effet conjugué d’empêcher le public d’avoir accès au contenu de ces documents et de les rendre publics.

[34] Les observations *ex parte* sont accessibles de plein droit au procureur général du Canada et, avec l’autorisation du juge président l’audience, à toute autre partie : paragraphe 38.11(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43]. La constitutionnalité de l’obligation d’interdire au public ces audiences *ex parte* n’est pas contestée en l’espèce.

[35] In every section 38 application, the Attorney General of Canada will make representations to the Court to confirm the prohibition of disclosure of the secret information in issue. Usually, the Attorney General of Canada will be the only party before the Court when these representations are made. However, if another party to the proceeding has possession of the same secret information in issue, it is possible for that party to be present when the *ex parte* submissions are made by the Attorney General of Canada.

[36] The procedures followed in a typical section 38 proceeding are set out in some detail in the parties' agreed statement of facts, the relevant portions of which should be readily available on the public record:

5. The [Attorney General (A.G.)] advises that the procedure that is used in s. 38.04 *Canada Evidence Act* applications follows a number of customary steps, as follows.
6. First, following the issuance of a notice of application pursuant to s. 38.04, the A.G. files a motion for directions pursuant to paragraph 38.04(5)(a) of the *Canada Evidence Act*. In his motion material, the A.G. identifies all parties or witnesses whose interests he believes may be affected by the prohibition of disclosure of information, and may suggest which persons should be formally named as responding parties to the application. The A.G. requests that this portion of the motion for directions be adjudicated in writing.
7. After reading the A.G.'s motion material, the Federal Court will, pursuant to s. 38.04(5)(c) of the *Canada Evidence Act*, designate the responding parties to the application and order the A.G. to provide notice of the application to these persons by effecting service of the notice of application and motion for directions upon them.
8. The Federal Court will then convene a case conference with the parties to the application (i.e., the A.G. and the responding parties) to discuss the remaining issues raised by the A.G.'s motion for directions, including (1) whether it is necessary to hold a hearing with respect to the matter; (2) whether any other persons should be

[35] Dans toute demande présentée en vertu de l'article 38, le procureur général du Canada présente des observations à la Cour afin de confirmer l'interdiction de divulguer les renseignements secrets en litige. Habituellement, il est la seule partie présente devant la Cour quand ces observations sont présentées. Cependant, lorsqu'une autre partie à l'instance a en sa possession les mêmes renseignements secrets que ceux qui sont en litige, il lui est possible d'être présente lorsque les observations *ex parte* sont présentées par le procureur général du Canada.

[36] Le déroulement de l'instance classique relevant de l'article 38 est exposé de façon assez détaillée dans l'exposé conjoint des faits des parties, dont les passages pertinents devraient être facilement accessibles à partir du dossier public :

[TRADUCTION]

5. Le [procureur général (p.g.)] fait valoir que l'instance relative à la demande présentée en vertu de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* comporte un certain nombre d'étapes habituelles, comme suit.
6. Premièrement, à la suite de la réception d'un avis de demande aux termes de l'article 38.04, le p.g. présente une requête en directives en vertu de l'alinéa 38.04(5)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les documents relatifs à sa requête, le p.g. indique toutes les parties ou tous les témoins dont il croit que les intérêts peuvent être touchés par l'interdiction de divulguer des renseignements, et il peut proposer quelles personnes doivent être officiellement désignées comme parties défenderesses. Le p.g. demande que ce volet de la requête en directives soit tranché par écrit.
7. Après avoir lu les documents relatifs à la requête du p.g., la Cour fédérale, en vertu de l'alinéa 38.04(5)c) de la *Loi sur la preuve au Canada*, désigne les parties défenderesses et ordonne au p.g. d'aviser ces dernières de la demande en leur signifiant l'avis de demande et la requête en directives.
8. La Cour fédérale convoque ensuite une conférence sur la gestion de l'instance avec les parties à la demande (c'est-à-dire, le p.g. et les parties défenderesses) en vue d'évoquer les autres questions soulevées par la requête en directives du p.g., notamment : 1) s'il est nécessaire de tenir une audience au sujet de l'affaire; 2) s'il faut



provided with notice of the hearing of the matter; and (3) whether the application should be specially managed with a formal schedule for the remaining procedural steps. These case conferences are confidential and are held in camera. The public is denied access to these case conferences and, generally speaking, only the parties to the application, their counsel, the presiding judge and designated Court staff are present.

9. Following adjudication of the motion for directions, a formal schedule is established to prepare the s. 38.04 *Canada Evidence Act* application for hearing. Like ordinary applications before the Federal Court, these schedules contemplate an exchange of affidavit evidence, cross-examinations on affidavits, the preparation of application records (including memoranda of fact and law) and an oral hearing before a designated applications judge. Unlike ordinary applications before the Federal Court, these schedules contemplate that portions of the affidavit evidence, application records and the oral hearings before a designated applications judge will be “*ex parte*” (i.e., only seen and heard by the A.G. and the Court), while others will be “private” (i.e., seen and heard by the parties and the Court, but not available to the public). Indeed, a typical s. 38.04 *Canada Evidence Act* application will have the following steps:

- (a) the A.G.’s “private” affidavits are served on the responding party and filed with the Court;
- (b) the responding party’s “private” affidavits are served on the A.G. and filed with the Court;
- (c) the A.G.’s “*ex parte*” affidavits are filed with the Court;
- (d) cross-examinations on the parties’ “private” affidavits take place out of court;
- (e) the A.G.’s “private” application record is served on the responding party and filed with the Court;
- (f) the A.G.’s “*ex parte*” application record is filed with the Court;
- (g) the responding party’s “private” application record is filed with the Court; and
- (h) a hearing is convened at which there are both “private” sessions (at which all the parties are present

aviser d’autres personnes de l’audition de l’affaire; 3) s’il faut gérer la demande de façon spéciale au moyen d’un calendrier officiel concernant les étapes procédurales ultérieures. Ces conférences de gestion de cas sont confidentielles et se déroulent à huis clos. Le public n’y a pas accès et, en général, seuls sont présents les parties à la demande, leurs avocats, le juge président l’audience et les membres du personnel désigné de la Cour.

9. Lorsqu’il a été statué sur la requête en directives, le calendrier officiel est établi en vue de préparer la demande d’audition visée par l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme dans le cas des demandes ordinaires qui sont soumises à la Cour fédérale, ces calendriers prévoient l’échange d’affidavits, les contre-interrogatoires sur les affidavits, la préparation de dossiers de demande (comprenant des exposés des faits et du droit) ainsi qu’une audience devant le juge désigné. Contrairement aux demandes ordinaires qui sont présentées à la Cour fédérale, ces calendriers prévoient que certaines parties des affidavits, des dossiers de demande et des audiences tenues devant le juge désigné sont examinées « *ex parte* » (c’est-à-dire, vues ou entendues seulement par le p.g. et la Cour), tandis que d’autres sont « sous scellé » ou « à huis clos » (c’est-à-dire, vues ou entendues par les parties et la Cour, mais interdites au public). En effet, la demande classique présentée en vertu de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* comporte les étapes suivantes :

- a) les affidavits « sous scellé » du p.g. sont signifiés à la partie défenderesse et déposés auprès de la Cour;
- b) les affidavits « sous scellé » de la partie défenderesse sont signifiés au p.g. et déposés auprès de la Cour;
- c) les affidavits « *ex parte* » du p.g. sont déposés à la Cour;
- d) les contre-interrogatoires concernant les affidavits « sous scellé » des parties ont lieu hors cour;
- e) le dossier de demande « sous scellé » du p.g. est signifié à la partie défenderesse et déposé auprès de la Cour;
- f) le dossier de demande « *ex parte* » du p.g. est déposé à la Cour;
- g) le dossier de demande « sous scellé » de la partie défenderesse est déposé à la Cour;
- h) l’audience a lieu; celle-ci comporte à la fois des séances « à huis clos » (où toutes les parties sont

- but the public is excluded) and “*ex parte*” sessions (at which only the A.G. is present).
10. “Private” affidavits are affidavits prepared by a party to the application that are filed and served on the other parties and to which reference can be made at the portions of the hearings at which all parties are present (i.e., the “private” Court sessions). Such affidavits are, however, confidential by virtue of s. 38.12(2) and cannot be disclosed to the general public.
11. The A.G.’s position is that the “private” affidavits produced by him for the purposes of a s. 38.04 *Canada Evidence Act* application attempt to set out, in general terms, the factual and principled justification for protecting the information in issue from public disclosure, that is to say why the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. The A.G. advises that these “private” affidavits do not detail the information in issue (i.e., the information covered by the Notice), nor do they contain other specific facts that would themselves constitute “sensitive information” or “potentially injurious information”. The A.G.’s stated purpose for filing and serving such “private” affidavits is to provide the responding parties seeking disclosure of the information in issue with as much factual material as possible so that they may understand why the A.G. is attempting to protect the information without compromising the information in issue or other sensitive/potentially injurious information regarding the need to protect the information in issue from disclosure.
12. “*Ex parte*” affidavits are affidavits that are filed by the A.G. and which are not served on the responding party. They are read only by the presiding judge and are only referred to at the *ex parte* portions of the hearings where the A.G. is present and the responding party is excluded (i.e., the “*ex parte*” Court sessions) pursuant to s. 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*.
13. The A.G.’s position is that the “*ex parte*” affidavits produced for the purposes of a s. 38.04 *Canada Evidence Act* application attempt to set out, in specific terms, the factual justification for protecting the information in issue from public disclosure, that is to say why the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. These affidavits also contain the information in
- présentes, mais le public est exclu) et des audiences « *ex parte* » (où seul le p.g. est présent).
10. Les affidavits « sous scellé » sont ceux, établis par une partie à la demande, qui sont déposés et signifiés aux autres parties et auxquels il est possible de faire référence pendant les phases des audiences où toutes les parties sont présentes (c’est-à-dire, les séances « à huis clos » de la Cour). Cependant, en vertu du paragraphe 38.12(2), ces affidavits sont confidentiels et ne peuvent être divulgués au public.
11. La position du p.g. est que les affidavits « sous scellé » qu’il produit aux fins de la demande présentée en vertu de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* visent à énoncer, en termes généraux et de manière raisonnée, les motifs pour lesquels il est nécessaire de protéger les renseignements en question de toute divulgation au public, c’est-à-dire pourquoi cette divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Selon le p.g., ces affidavits « sous scellé » n’exposent pas en détail les renseignements en cause (c’est-à-dire, ceux qui sont visés par l’avis), pas plus qu’ils ne contiennent d’autres faits précis qui constitueraient eux-mêmes des « renseignements sensibles » ou des « renseignements potentiellement préjudiciables ». Le but déclaré pour lequel le p.g. dépose et signifie ces affidavits « sous scellé » est de fournir aux parties défenderesses qui demandent la divulgation des renseignements en cause le maximum d’informations factuelles afin qu’elles puissent comprendre pourquoi le p.g. tente de protéger les renseignements sans compromettre ces derniers ou d’autres renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables concernant la nécessité de protéger les renseignements en cause de toute divulgation.
12. Les affidavits « *ex parte* » sont ceux que dépose le p.g. et qui ne sont pas signifiés à la partie défenderesse. Seul le juge qui préside l’instance les lit, et il n’y est fait référence qu’aux portions *ex parte* des audiences où le p.g. est présent et la partie défenderesse exclue (c’est-à-dire, les sessions « *ex parte* » de la Cour), conformément au paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.
13. La position du p.g. est que les affidavits « *ex parte* » qui sont produits aux fins de la demande présentée en vertu de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* visent à énoncer, en termes précis, les motifs de fait pour lesquels il est nécessaire de protéger les renseignements en litige de toute divulgation au public, c’est-à-dire pourquoi cette divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité

issue that is covered by the Notice.

14. "Private" application records are filed and served on the other parties and reference can be made to these records at the "private" Court sessions. "Ex parte" application records filed by the A.G. are not served on the other parties, are read only by the presiding judge and are only referred to at the "ex parte" Court sessions pursuant to s. 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*.
15. At the "private" Court sessions at which all parties to the application are present, argument is tendered with respect to, *inter alia*, (1) the potential relevance of the information in issue (if the relevance is not conceded by the A.G.), (2) whether disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security and (3) whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. On the question of injury, such argument is presented in generalities by the A.G. because he does not wish to risk disclosure of the information in issue or risk compromising other sensitive/potentially injurious information.
16. At the "ex parte" Court sessions at which only the A.G. is present, the A.G. provides argument by reference to the "ex parte" affidavits with respect to whether disclosure of the information in issue would be injurious to international relations, national defence or national security. Counsel for the A.G. will be accompanied by the affiants who have sworn such affidavits so that they may be questioned by the presiding designated judge.

[37] The agreed statement of facts does not deal with the right of the non-government party to seek leave to make *ex parte* representations. In the Court's experience to date, when *ex parte* representations are made by a party other than the Attorney General of Canada, only that party is present before the presiding judge. This may occur where the underlying proceeding is a criminal prosecution. Specifically, the accused may wish to make representations to the section 38 judge concerning the importance of disclosing the secret information to assist in defending the criminal charge. In such circumstances, the accused will prefer to make these submissions without disclosing to any other party the substance or detail of the defence in the criminal proceeding.

nationales. Ces affidavits contiennent aussi les renseignements en cause qui sont visés par l'avis.

14. Les dossiers de demande « sous scellé » sont déposés et signifiés aux autres parties, et il est possible d'y faire référence au cours des séances « à huis clos » de la Cour. Les dossiers des demandes « *ex parte* » que dépose le p.g. ne sont pas signifiés aux autres parties, ne sont lus que par le juge qui préside l'instance et il n'y est fait référence que lors des audiences « *ex parte* » de la Cour, conformément au paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.
15. Lors des audiences « à huis clos » de la Cour où sont présentes toutes les parties à la demande, celles-ci font valoir leurs arguments au sujet, notamment, des questions suivantes : 1) la pertinence éventuelle des renseignements en cause (si le p.g. la conteste), 2) si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, et 3) si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Pour ce qui est du préjudice, le p.g. fait valoir ses arguments en termes généraux parce qu'il ne souhaite pas courir le risque de divulguer les renseignements en cause ou de compromettre d'autres renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.
16. Lors des audiences « *ex parte* » où lui seul est présent, le p.g. fait valoir ses arguments en faisant référence aux affidavits « *ex parte* » concernant la question de savoir si la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. L'avocat du p.g. est accompagné des auteurs des affidavits afin que l'actuel juge président désigné puisse les interroger.

[37] L'exposé conjoint des faits ne porte pas sur le droit du particulier de demander l'autorisation de présenter des observations *ex parte*. Selon la pratique suivie devant la Cour jusqu'à l'heure actuelle, lorsqu'une partie autre que le procureur général du Canada présente de telles observations, seule cette partie est présente devant le juge qui préside l'instance. Cela peut être le cas lorsque l'instance principale est une poursuite pénale. Plus précisément, l'accusé peut vouloir présenter au juge chargé d'entendre la demande présentée en vertu de l'article 38 des observations sur l'importance de divulguer les renseignements secrets qui l'aideront à assurer sa défense. Dans de telles circonstances, l'accusé préfère faire ces observations sans

[38] In addition, concerning paragraphs 6 and 7 of the agreed statement of facts, the order designating the respondents to the section 38 proceeding will often issue only after the motion for directions has been served on the potentially interested parties, usually at the Court's request. This will occur particularly where these parties are aware that the Attorney General of Canada is in the process of filing the section 38 application. Paragraph 38.04(5)(a) [as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)] requires the presiding judge to hear the representations of the Attorney General of Canada. There is no stipulation, however, that the identification of the interested parties must be done on an *ex parte* basis.

### Analysis

#### A. The Constitutionality of the Impugned Provisions

[39] As often repeated now by the Supreme Court of Canada, the open court principle is a cornerstone of our democracy enshrined in paragraph 2(b) of the Charter: *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, at paragraph 1; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraph 23; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 53; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paragraph 23; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pages 1339-1340; and *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at page 187.

[40] All parties agree that the impugned provisions of section 38 infringe paragraph 2(b) of the Charter. However, the defendant (sometimes referred to in these reasons as the Attorney General of Canada) argues that these infringements constitute reasonable limits on the open court principle and are demonstrably justifiable in a free and democratic society.

divulguer à une autre partie le fond ou les détails de sa défense dans l'instance pénale.

[38] En outre, en ce qui concerne les paragraphes 6 et 7 de l'exposé conjoint des faits, l'ordonnance désignant les défenderesses parties à la demande présentée en vertu de l'article 38 n'est souvent rendue qu'après que la requête en directives a été signifiée aux éventuelles parties intéressées, habituellement à la demande de la Cour. Cela se produit surtout lorsque ces parties savent que le procureur général du Canada est sur le point de déposer une demande en vertu de l'article 38. Selon l'alinéa 38.04(5)a) [édicte, *idem*, art. 43, 141(7)], le juge qui préside l'instance doit entendre les observations du procureur général du Canada. Toutefois, ce texte n'impose pas que l'identification des parties intéressées soit faite *ex parte*.

### Analyse

#### A. Constitutionnalité des dispositions contestées

[39] Comme le rappelle souvent la Cour suprême du Canada, le principe de la publicité des débats judiciaires est la pierre angulaire de notre démocratie et il est protégé par l'alinéa 2b) de la Charte : *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, au paragraphe 1; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, au paragraphe 23; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 53; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au paragraphe 23; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pages 1339 et 1340; et *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 187.

[40] Toutes les parties conviennent que les dispositions contestées de l'article 38 portent atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte. Cependant, la défenderesse (parfois appelée en l'espèce « le procureur général du Canada ») soutient que ces atteintes constituent des limites raisonnables au principe de la publicité des débats judiciaires et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[41] The defendant bears the onus of establishing that the impugned provisions are saved by section 1 of the Charter in keeping with the justificatory test established in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In this proceeding, no section 1 affidavit evidence was filed.

[42] The plaintiffs concede that preventing the inadvertent disclosure of the secret information is a sufficiently pressing and substantial legislative objective to satisfy the first branch of the *Oakes* test.

[43] Counsel for the Attorney General of Canada advanced the view that subsection 38.11(1) is saved by other provisions of section 38. More specifically, in his written submissions, counsel argued that subsection 38.04(5) confers upon the Federal Court the discretion to name the Toronto Star as a respondent to the application and the possibility of granting to the Toronto Star the same access to the Court records as it grants to Mr. Mohamed. Moreover, according to this view, the designated judge could order the Attorney General of Canada to notify the Toronto Star and grant to the Toronto Star the opportunity to make representations. With respect, this submission cannot be correct.

[44] Pursuant to paragraph 38.04(5)(a), the judge shall hear the representations of the Attorney General of Canada “concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject” (emphasis added). Any such party or witness would then be designated as a respondent: paragraphs 6 and 7 of the agreed statement of facts.

[45] The same statutory provision also mandates the judge to hear the submissions of the Attorney General of Canada “concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter”.

[46] Under paragraph 38.04(5)(c), the judge then determines who should be given notice of the hearing. This will usually be done on the basis of submissions from the Attorney General of Canada and any other party who has been identified as having an apparent

[41] Il incombe à la défenderesse d'établir que les dispositions contestées sont sauvegardées par l'article premier de la Charte, conformément au critère justificatif établi dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En l'espèce, aucun affidavit relatif à l'article premier n'a été déposé.

[42] Les demandeurs concèdent que prévenir la divulgation par inadvertance de renseignements secrets constitue un objectif législatif suffisamment légitime et important qui répond au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

[43] Le procureur général du Canada fait valoir que le paragraphe 38.11(1) est sauvegardé par d'autres dispositions de l'article 38. Plus précisément, dans ses conclusions écrites, il fait valoir que le paragraphe 38.04(5) confère à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de désigner le Toronto Star comme partie défenderesse à la demande, et la possibilité d'accorder au Toronto Star le même accès aux dossiers judiciaires qu'à M. Mohamed. En outre, à son avis, le juge désigné peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser le Toronto Star et d'accorder à ce dernier la possibilité de présenter des observations. En toute déférence, je ne peux abonder dans le même sens.

[44] Aux termes de l'alinéa 38.04(5)a), le juge entend les observations du procureur général du Canada « sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie » (non souligné dans l'original). Ces parties ou ces témoins sont alors désignés comme défendeurs : paragraphes 6 et 7 de l'exposé conjoint des faits.

[45] Selon la même disposition légale, le juge doit également entendre les arguments du procureur général du Canada « sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience ».

[46] Aux termes de l'alinéa 38.04(5)c), le juge décide alors qui doit être avisé de la tenue de l'audience. Cela se fait habituellement sur la foi des arguments du procureur général du Canada et de toute autre partie qui a été désignée comme ayant un intérêt légal manifeste.

legal interest. This paragraph also authorizes the judge to order the Attorney General of Canada to notify such persons and determine the content and form of the notice.

[47] In my view, neither of these provisions allows the judge to designate the Toronto Star or any other member of the media as a respondent or a person to be given notice of the hearing.

[48] As early as February 7, 2006, the parties in the designated proceeding and this Court were made aware of the Toronto Star's intention to challenge the constitutionality of those provisions which prohibited the media from accessing the private sessions. No one suggested during the designated proceeding that the Toronto Star could be named as a respondent or provided access to the private sessions through the notification process.

[49] In any event, I do not understand the Toronto Star to be seeking the status of respondent or the right to file affidavits or memoranda of law. The Toronto Star is simply seeking to enforce the open court principle and to obtain access to the private sessions as a member of the media.

[50] The media's concern in keeping the public informed about section 38 proceedings is not encompassed within the "interests" protected under subsection 38.04(5). Where an entity such as the Toronto Star wishes to exercise its "interests", in the legal sense of this term, it may seek to cause the disclosure of the information by initiating an application under paragraph 38.04(2)(c) [as enacted *idem*]: for example, *Ottawa Citizen Group*, No. 1 and [*Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*] 2006 FC 1552.

[51] In addition, the Attorney General of Canada did not suggest a principled basis upon which the Court would be entitled to grant respondent status or access rights to the Toronto Star but not to the media at large. Again, I do not understand the defendant to be

Ce texte autorise également le juge à ordonner au procureur général du Canada de donner avis à ces personnes et de fixer le contenu et les modalités de l'avis en question.

[47] Je suis d'avis que ni l'une ni l'autre de ces dispositions n'autorisent le juge à désigner le Toronto Star ou tout autre membre des médias à titre d'intimé ou de personne à laquelle donner avis de la tenue de l'audience.

[48] Dès le 7 février 2006, les parties à l'instance désignée et la Cour ont été mises au courant de l'intention du Toronto Star de contester la constitutionnalité des dispositions qui empêchaient les médias d'avoir accès aux audiences à huis clos. Nul n'a suggéré durant l'instruction de cette demande que le Toronto Star pouvait être désigné à titre de partie défenderesse ou qu'il pouvait obtenir accès aux séances privées par le truchement du processus de notification.

[49] Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que le Toronto Star ne sollicite pas la qualité de défendeur ou le droit de déposer des affidavits ou des exposés du droit. Il cherche simplement à faire respecter le principe de la publicité des débats judiciaires et à obtenir accès aux audiences à huis clos en tant que membre des médias.

[50] Le souci des médias de tenir le public au courant des demandes présentées en vertu de l'article 38 n'est pas visé par les « intérêts » que protège le paragraphe 38.04(5). Lorsqu'une entité telle que le Toronto Star souhaite faire valoir ses « intérêts », dans le sens juridique du terme, elle peut tenter d'obtenir la divulgation des renseignements en présentant une demande en vertu de l'alinéa 38.04(2)c) [édicte, *idem*]: voir, par exemple, les décisions *Ottawa Citizen Group*, n° 1 et [*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*] 2006 CF 1552.

[51] En outre, le pfait valoir au nom de quel principe la Cour pouvait accorder la qualité de partie défenderesse ou des droits d'accès au Toronto Star, mais non aux médias en général. Là encore, je suis d'avis que la défenderesse ne propose pas que tous les membres

proposing that all members of the media be designated as respondents.

[52] The position of the Attorney General of Canada was more nuanced during oral submissions. There, counsel focused less on characterizing the role of the Toronto Star as a respondent. The suggestion was that the Court had the discretion under paragraph 38.04(5)(c) to order that the Toronto Star be given notice of the section 38 hearing and granted access to the proceeding, subject to a publication ban until the disposition of the matter.

[53] The construction of paragraph 38.04(5)(c) advanced by the Attorney General of Canada functions as a minimal impairment argument. In effect, counsel for the Government argues that the impugned provisions trench justifiably on the open court principle. In his view, paragraph 38.04(5)(c) may be interpreted as conferring upon the Court the discretion to allow the Toronto Star to access the private sessions and records subject to a publication ban lasting until a final order, disposing of the application, is rendered pursuant to section 38.06 [as enacted *idem*, s. 43].

[54] The interpretation proffered by the Attorney General of Canada does not give full effect to the open court principle. Public access to judicial proceedings cannot depend on fortuitous circumstances which lead one or more members of the media to seek access under paragraph 38.04(5)(c). Nor can open courts depend on one of the parties to the litigation making submissions to the Court that the media be provided access.

[55] Counsel for the Attorney General of Canada acknowledged that the discretion available to the Court according to his interpretation of paragraph 38.04(5)(c) was not envisaged by Parliament. I agree. When read in their entire context and according to their ordinary sense, keeping in mind the objectives of section 38, the language of subparagraphs 38.04(5)(c)(i), (ii), and (iii),

des médias soient désignés à titre de défendeurs.

[52] Le procureur général du Canada a nuancé davantage sa position lors des débats à l'audience. À cette occasion, l'avocat a moins insisté pour définir le rôle du Toronto Star à titre de défendeur. Il a soutenu que la Cour, avait, en vertu de l'alinéa 38.04(5)c), le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que le Toronto Star reçoive avis de l'audience relative à l'article 38 et obtienne accès à l'instance, sous réserve d'une ordonnance de non-publication jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée.

[53] L'interprétation donnée par le procureur général du Canada à l'alinéa 38.04(5)c) reprend essentiellement l'argument de l'atteinte minimale. En effet, la défenderesse soutient que si les dispositions contestées violent le principe de la publicité des débats judiciaires, cela est justifié. À son avis, il est possible d'interpréter l'alinéa 38.04(5)c) comme conférant à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le Toronto Star à avoir accès aux audiences « à huis clos » et aux dossiers « sous scellé » sous réserve d'une ordonnance de non-publication qui serait en vigueur jusqu'à ce qu'une ordonnance finale, tranchant la demande, soit rendue sous l'empire de l'article 38.06 [édicte, *idem*, art. 43].

[54] L'interprétation que propose le procureur général du Canada ne donne pas plein effet au principe de la publicité des débats judiciaires. L'accès du public aux instances judiciaires ne peut être subordonné à des circonstances fortuites qui amènent un ou plusieurs membres des médias à demander accès en vertu de l'alinéa 38.04(5)c). Les tribunaux ne peuvent pas non plus dépendre du fait que l'une des parties à l'instance présente des observations à la Cour afin que les médias obtiennent l'accès qu'ils veulent.

[55] L'avocat du procureur général du Canada a reconnu que le législateur n'a pas conçu le pouvoir discrétionnaire dont disposerait la Cour selon l'interprétation qu'il fait de l'alinéa 38.04(5)c). J'abonde dans son sens. Lorsqu'on les lit au regard du contexte global et selon leur sens ordinaire, tout en tenant compte des objectifs de l'article 38, les sous-alinéas

cannot be interpreted as a mechanism to apply the open court principle: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

[56] In any event, and I do not decide the issue on this ground, I am not convinced that the interpretation of the Attorney General of Canada is consistent with the prohibition against disclosure of the existence of the file in paragraph 38.02(1)(c).

[57] More importantly, even if this submission of the Attorney General of Canada were accepted, granting access to one media outlet falls well short of justifying the infringement of the open court principle and the presumptive openness of judicial proceedings.

[58] In particular, counsel for the Attorney General of Canada contended that media access to the private sessions would necessarily be coupled with a publication ban. According to counsel, the Court has the authority to allow the *Toronto Star* and other media to attend the private sessions, but cannot authorize the publication of any news reports about the hearing, at least until the matter has been completed.

[59] In *Vancouver Sun (Re)*, which also involved national security considerations, the Supreme Court of Canada rejected a similar argument for granting media access to a hearing subject to a publication ban (at paragraph 49):

. . . we would not endorse the suggestion made by the *Vancouver Sun* that some members of its Editorial Board be allowed to attend the hearings and have access to the materials but be subject to an undertaking of confidentiality. It is difficult again to understand how the public good is better served by the qualified participation of professionals who cannot discharge fully their publicly entrusted mandate.

[60] It bears repeating that there is no secret information disclosed in private sessions and materials. The open court principle requires media access and timely publication. Counsel has not identified a public interest

38.04(5)c)(i), (ii) et (iii) ne peuvent être interprétés comme un moyen d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

[56] Quoi qu'il en soit—et je ne tranche pas la question pour ce motif—je ne suis pas convaincu que l'interprétation que fait le procureur général du Canada soit compatible avec l'interdiction, à l'alinéa 38.02(1)c), de divulguer l'existence du dossier.

[57] Plus important encore, même si l'on retenait cet argument du procureur général du Canada, le fait de donner accès à un média en particulier est bien loin de justifier l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires ou à la présomption de transparence des instances judiciaires.

[58] En particulier, l'avocat du procureur général du Canada a soutenu que l'accès des médias aux séances à huis clos serait forcément assorti d'une ordonnance de non-publication. Selon lui, la Cour a le pouvoir d'autoriser le *Toronto Star* et d'autres médias à assister aux audiences à huis clos, mais pas d'autoriser la publication d'un compte rendu journalistique quelconque sur les audiences, du moins pas avant que l'affaire ait été réglée.

[59] Dans l'arrêt *Vancouver Sun (Re)*, qui portait aussi sur des questions de sécurité nationale, la Cour suprême du Canada a rejeté un argument semblable à l'appui de l'octroi aux médias d'un accès à des audiences sous réserve d'une ordonnance de non-publication (au paragraphe 49) :

[. . .] nous ne souscrivons pas à la proposition du *Vancouver Sun* de permettre à des membres du comité de rédaction d'assister aux audiences et d'avoir accès aux documents sous réserve d'un engagement de confidentialité. Il est difficile, là encore, de comprendre comment le bien public est mieux servi par la participation limitée de professionnels qui ne peuvent pleinement remplir le mandat qui leur est confié par le public.

[60] Il n'est pas inutile de rappeler qu'aucun renseignement secret n'est divulgué au cours des séances à huis clos et dans les documents sous scellé. Le principe de la publicité des débats judiciaires exige l'accès des



to be served by postponing publication of what occurs in private sessions until the disposition of the section 38 hearing. To support his position that publication should be postponed, counsel for the Government relied upon the suggestion in *Vancouver Sun (Re)* (at paragraph 58) that the decision to publicly release sealed information should take place at the end of the judicial investigative hearing in a criminal matter. However, this conclusion was not intended for the circumstances of section 38 proceedings.

[61] In defending the constitutionality of the impugned provisions, the Attorney General of Canada advances an interpretation of the section 38 scheme that would entitle members of the media to be designated as interested parties or provided access to the private sessions subject to a publication ban. In the end, the best one can say about this position is that “necessity is usually the fuel of ingenuity,” to take the phrase used by counsel. In this case, however, the inventive construction put forward to save the impugned provisions does not do sufficient justice to the open court principle.

[62] In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, the Supreme Court of Canada considered the constitutionality of provisions similar to those challenged in this proceeding.

[63] *Ruby* involved a narrow challenge to the constitutionality of mandatory procedural requirements set out in paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21:

51. . . .

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

médias et la publication en temps utile. Le procureur général du Canada n’a pas indiqué qu’il y allait de l’intérêt public de reporter la publication des faits se produisant au cours des audiences tenues à huis clos jusqu’à ce qu’il ait été statué sur la demande présentée en vertu de l’article 38. À l’appui de sa thèse selon laquelle il doit y avoir report de publication, le procureur général du Canada s’est fondé sur une observation de la Cour suprême dans l’arrêt *Vancouver Sun (Re)* (au paragraphe 58) : la décision de rendre publics des renseignements sous scellé doit être prise à l’issue de l’investigation judiciaire concernant une affaire de nature criminelle. Cette conclusion n’était toutefois pas destinée aux circonstances entourant les instances engagées en vertu de l’article 38.

[61] À l’appui de la constitutionnalité des dispositions contestées, le procureur général du Canada propose une interprétation du régime de l’article 38 selon laquelle les médias auraient le droit d’être désignés à titre de parties intéressées ou d’obtenir le droit d’accès aux audiences tenues à huis clos, sous réserve d’une ordonnance de non-publication. En définitive, le mieux que l’on puisse dire au sujet de cette position est que [TRADUCTION] « la nécessité est mère de l’invention », comme l’a dit l’avocat du procureur général du Canada. En l’espèce, toutefois, l’interprétation imaginative qui est proposée afin de sauvegarder les dispositions contestées ne rend pas suffisamment justice au principe de la publicité des débats judiciaires.

[62] Dans l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, la Cour suprême du Canada a examiné la constitutionnalité de dispositions similaires à celles qui sont contestées en l’espèce.

[63] Dans l’arrêt *Ruby*, il était question d’une contestation—d’une portée limitée—de la validité constitutionnelle d’exigences procédurales impératives énoncées aux paragraphes 51(2) et 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 :

51. [ . . . ]

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l’objet d’une audition à huis clos; [ . . . ]

(a) be heard in camera; . . .

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) . . . , the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations ex parte. [Emphasis added.]

[64] Section 51 of the *Privacy Act* establishes the procedure governing the conduct of judicial review application hearings where a government institution refuses an individual's request for access to personal information in order to protect government interests similar to those involved in section 38 proceedings.

[65] Paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) require the reviewing court to hold the application hearing in private and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure.

[66] As in these proceedings, the question before the Supreme Court of Canada was whether the impugned provisions trespassed unjustifiably on the open court principle.

[67] The Supreme Court affirmed the validity of the statutory requirement that government submissions concerning secret information be received *ex parte* and in private. In view of this decision, the plaintiffs in this case, as noted earlier, did not challenge the constitutionality of the analogous requirement in subsection 38.11(2).

[68] Writing for the unanimous Court, Justice Louise Arbour found that paragraph 51(2)(a) failed the *Oakes* test at the minimal impairment branch. In particular, Justice Arbour concluded that the mandatory requirement to exclude the public from portions of the review hearing when there existed no risk that national security information or foreign confidences could be disclosed was overbroad: "section [51(2)(a)] is overbroad in closing the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts (*Ruby*, at paragraph 59,

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. [Non souligné dans l'original.]

[64] L'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* fixe la procédure qui régit la tenue des audiences relatives à la demande de contrôle judiciaire lorsqu'une institution fédérale refuse la demande d'accès à des renseignements personnels de façon à protéger des intérêts gouvernementaux similaires à ceux dont il est question dans les demandes présentées en vertu de l'article 38.

[65] Les paragraphes 51(2) et 51(3) obligent le tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire à l'entendre à huis clos et à recevoir des observations « en l'absence d'une autre partie » (*ex parte*) à la demande de l'institution fédérale qui refuse la divulgation.

[66] Comme en l'espèce, la question dont était saisie la Cour suprême du Canada consistait à savoir si les dispositions contestées portaient indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

[67] La Cour suprême a confirmé la validité du texte légal selon lequel les observations gouvernementales concernant des renseignements secrets devaient être entendues *ex parte* et à huis clos. Compte tenu de cette décision, les demandeurs en l'espèce, comme je l'ai mentionné plus tôt, n'ont pas contesté la constitutionnalité du paragraphe 38.11(2), qui est semblable.

[68] La juge Louise Arbour, auteur de l'arrêt unanime de la Cour suprême, a conclu que le paragraphe 51(2) ne constituait pas une « atteinte minimale » au sens de l'arrêt *Oakes*. Plus précisément, elle a conclu que l'obligation d'exclure le public des parties de l'audition de la demande de contrôle judiciaire s'il y a un risque de divulguer des renseignements relatifs à la sécurité nationale ou des renseignements confidentiels de source étrangère avait une portée excessive : « le par. 51(2) a une portée excessive en ce qu'il exclut le public de l'audience, même en l'absence de crainte justifiant une

emphasis added).

[69] Justice Arbour's characterization of the overbroad scope of paragraph 51(2)(a) of the *Privacy Act* applies with equal force to the analogous procedural requirement in subsection 38.11(1), which prohibits public access to the private sessions of section 38 proceedings.

[70] In my view, the impugned provisions do more than is minimally required to safeguard the secret information and therefore trench unduly on the open court principle. Accordingly, I conclude that these provisions fail at the minimal impairment branch of the *Oakes* test and cannot be saved under section 1 of the Charter.

[71] On the basis of the same principles enunciated in *Ruby*, I find that subsection 38.11(1) is overbroad in closing the court to the public even where no secret information is at risk to justify a departure from the open court principle.

[72] Similarly, subsections 38.04(4) and 38.12(2) are overbroad in subjecting all court records associated with the private sessions to mandatory confidentiality requirements where no secret information is at risk to justify a departure from the general principle of open courts. My view in this regard is consistent with the acknowledgement by all parties that the outcome concerning the constitutionality of all three impugned provisions should be the same.

#### B. The Appropriate Constitutional Remedy

[73] During the hearing to canvass the parties' views on remedies, the Attorney General of Canada argued that, in the event this Court concluded the impugned

telle dérogation au principe général de la publicité des débats en justice» (*Ruby*, au paragraphe 59, passage non souligné dans l'original).

[69] Les observations de la juge Arbour quant à la portée excessive du paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, sont tout autant de mise quant au paragraphe 38.11(1), qui interdit de manière semblable l'accès du public aux audiences tenues à huis clos relativement aux demandes présentées en vertu de l'article 38.

[70] Je suis d'avis que les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Je conclus donc que ces dispositions ne constituent pas une « atteinte minimale » au sens de l'arrêt *Oakes* et ne peuvent pas être sauvegardées en vertu de l'article premier de la Charte.

[71] En m'appuyant sur les mêmes principes que ceux qui sont exposés dans l'arrêt *Ruby*, je conclus que le paragraphe 38.11(1) est d'une portée excessive lorsqu'il exclut le public des audiences même dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter le principe de la publicité des débats judiciaires.

[72] De même, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) sont d'une portée excessive car ils imposent à tous les documents judiciaires relatifs aux audiences tenues à huis clos des exigences de confidentialité dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter du principe général de la publicité des débats judiciaires. Toutes les parties ont convenu que la question de la constitutionnalité des trois dispositions contestées devait recevoir la même réponse, et mon opinion va dans le même sens.

#### B. Mesure de redressement indiquée sur le plan constitutionnel

[73] Lors de l'audience destinée à recueillir les observations des parties au sujet des mesures de redressement, le procureur général du Canada a fait

provisions constituted an unjustified infringement of the open court principle, the appropriate remedy would be to strike down these provisions. This submission varied the original suggestion by counsel for the government that reading down was the appropriate remedial solution.

[74] In arguing that the appropriate remedy is to strike down the impugned provisions, the Attorney General of Canada purported to rely on the Supreme Court's decision in *Ruby*.

[75] First, the impugned provisions in *Ruby* were not struck down. Justice Arbour relied on reading down as a constitutional remedy in rendering section 51 of the *Privacy Act* compliant with paragraph 2(b) of the Charter.

[76] It had been the practice of counsel, on consent, to conduct *Privacy Act* hearings in public where no secret information could be disclosed. The Supreme Court disapproved of this practice. For Justice Arbour, it was not open to the parties to bypass Parliament's unambiguous language clearly intended to exclude the public from section 51 hearings.

[77] I understand Justice Arbour to have relied on reading down as the appropriate constitutional remedy to cure the overbroad scope of the mandatory *in camera* hearing required by paragraph 51(2)(a). She accommodated the constitutional imperative that private sessions, where no secret information is disclosed, be open to the public by invoking the reading down mechanism (at paragraphs 58 and 60):

Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is "read down" as a constitutional remedy, it cannot otherwise be interpreted to

valoir que si la Cour venait à conclure que les dispositions contestées portaient atteinte de manière indue au principe de la publicité des débats judiciaires, la mesure de redressement indiquée serait une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette conclusion s'écartait de ce qu'il avait soutenu à l'origine, à savoir qu'une interprétation atténuante constituait la mesure indiquée.

[74] En faisant valoir que la mesure de redressement indiquée consistait à invalider les dispositions contestées, le procureur général du Canada a dit se fonder sur la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Ruby*.

[75] Tout d'abord, il n'y a pas eu d'invalidation des dispositions contestées dans l'arrêt *Ruby*. La juge Arbour s'est fondée sur une interprétation atténuante afin de préserver la constitutionnalité de l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au regard de l'alinéa 2b) de la Charte.

[76] Les avocats avaient pour pratique, lorsqu'ils étaient d'accord, de tenir en public les audiences relatives à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lorsqu'il n'y avait pas de risque de divulguer des renseignements secrets. La Cour suprême a désapprouvé cette façon de faire. Pour la juge Arbour, il n'était pas loisible aux parties de faire abstraction d'un texte clair : l'intention non équivoque du législateur était d'exclure le public des audiences relatives à l'article 51.

[77] Si j'ai bien compris les observations de la juge Arbour, elle a eu recours à une interprétation atténuante afin de remédier à la portée excessive du paragraphe l'alinéa 51(2), qui imposait des audiences à huis clos, et donc d'en préserver la constitutionnalité. Elle a ainsi tenu compte de l'obligation constitutionnelle selon laquelle, lorsqu'aucun renseignement secret n'est divulgué, les audiences à huis clos doivent être ouvertes au public en recourant à une interprétation atténuante (aux paragraphes 58 et 60 de la décision) :

À moins que la disposition créant l'exigence impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d'ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation

bypass its mandatory nature.

...

The appropriate remedy is therefore to read down s. 51(2)(a) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof, either in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*. [Emphasis added.]

[78] Second, contrary to what was argued by the Attorney General of Canada, the provisions of section 38 provide for the flexibility found in section 46 of the *Privacy Act*.

[79] In particular, subsection 38.12(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] confers a broad discretion upon the presiding judge to make any order to protect the confidentiality of the information to which the hearing relates. In addition, subsection 38.04(4) confers an analogous discretion upon the Chief Administrator of the Courts Administration Service to adopt any appropriate measure to safeguard the confidentiality of section 38 applications.

[80] Subsections 38.04(4) and 38.12(1) reflect Parliament's intent to afford the designated judge the discretion to adopt any confidentiality measures required to safeguard secret information. In the rare, indeed unlikely, event that the circumstances surrounding a section 38 proceeding require that the public be prohibited from accessing even the private sessions and related documents, the judge has the discretionary authority, analogous to that provided for in section 46 of the *Privacy Act*, capable of safeguarding the confidentiality of any information when required.

[81] The government argued that rules 26 [as am. by SOR/2002-417, s. 3], 29 and 151 of the *Federal Courts*

[. . .]

« atténuante », elle ne saurait être interprétée d'une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif.

La réparation convenable consiste donc à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie. [Non souligné dans l'original.]

[78] Deuxièmement, contrairement à ce qu'a soutenu le procureur général du Canada, les dispositions de l'article 38 sont aussi souples que l'article 46 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[79] En particulier, le paragraphe 38.12(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] confère au juge qui préside l'instance un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre n'importe quelle ordonnance destinée à protéger la confidentialité des renseignements auxquels l'audience se rapporte. Par ailleurs, le paragraphe 38.04(4) confère à l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux un pouvoir discrétionnaire analogue d'adopter les mesures qu'il estime indiquées pour assurer la confidentialité des demandes présentées en vertu de l'article 38.

[80] Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) reflètent l'intention du législateur d'accorder au juge désigné le pouvoir discrétionnaire d'adopter toute mesure de confidentialité qui s'avère nécessaire pour la sauvegarde de renseignements secrets. Dans les cas — rares, voire improbables — où les circonstances entourant la demande présentée au titre de l'article 38 rendrait impérative l'interdiction au public d'avoir accès même aux audiences tenues à huis clos et aux documents connexes, le juge a le pouvoir discrétionnaire, semblable à celui qui est prévu dans l'article 46 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de prendre les mesures nécessaires au maintien de la confidentialité de tout renseignement.

[81] Le procureur général du Canada a fait valoir que les règles 26 [mod. par DORS/2002-417, art. 3], 29 et

*Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] concerning the inspection of court files, *in camera* hearings, and confidentiality orders provide the Court discretionary authority to protect secret information. In my view, this discretionary authority is conferred upon the Court by section 38 and I do not concede that recourse to the *Federal Courts Rules* is necessary. If I am wrong, however, these Rules do afford the Court a further flexibility to adopt any measures to prevent the inappropriate disclosure of secret information.

[82] Put simply, the approach to reading down adopted in *Ruby* is the appropriate manner in which to remedy the constitutional defects in the impugned provisions of section 38.

[83] Concerning the mandatory exclusion of the public from the private sessions, I find that the structure of subsections 38.11(1) and 38.11(2) mirrors that of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*. Accordingly, subsection 38.11(1) ought to be read down as a constitutional remedy to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

[84] As in *Ruby*, the effect of this decision will be that private sessions, as defined in these reasons, are presumptively open to the public. To repeat, in the exceptional event where the exclusion of the public may be justified even when all parties are present, subsections 38.04(4) and 38.12(1) provide the Court with the discretionary authority to adopt such measures as are warranted by the circumstances to protect the confidentiality of secret information.

[85] The “rare, indeed unlikely, event” I have referred to in paragraph 80 is to be understood in the context of the premise of this decision, that the existence of the designated proceeding has been made public.

151 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], qui visent l’examen des dossiers de la Cour, les auditions à huis clos et les ordonnances de confidentialité, confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de protéger les renseignements secrets. Je suis d’avis que l’article 38 confère à la Cour ce pouvoir discrétionnaire, et je n’admets pas qu’il faille se rabattre sur les *Règles des Cours fédérales*. Cependant, si je fais erreur, ces dispositions des Règles donnent elles aussi à la Cour la latitude nécessaire pour prendre n’importe quelle mesure permettant d’empêcher la divulgation indue de renseignements secrets.

[82] Pour dire les choses simplement, la méthode de l’interprétation atténuante qui a été adoptée dans l’arrêt *Ruby* est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées de l’article 38 sur le plan constitutionnel.

[83] En ce qui concerne l’exclusion impérative du public des séances tenues à huis clos, je conclus que la structure des paragraphes 38.11(1) et 38.11(2) reflète celle des paragraphes 51(2) et 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Sur le plan constitutionnel, la mesure indiquée consiste donc à interpréter de façon atténuante le paragraphe 38.11(1), de façon à ce qu’il ne vise que les observations *ex parte* qui sont mentionnées au paragraphe 38.11(2).

[84] Comme dans l’arrêt *Ruby*, la présente décision signifie que, en principe, les audiences à huis clos, au sens des présents motifs, sont ouvertes au public. Comme je l’ai déjà indiqué, dans les cas exceptionnels où il serait justifié d’exclure le public même quand toutes les parties sont présentes, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de prendre au besoin les mesures pour protéger la confidentialité de renseignements secrets, si les circonstances le justifient.

[85] Les «cas rares, voire improbables» que j’évoque au paragraphe 80 doivent être interprétés au regard du fondement de la présente décision, c’est-à-dire que l’existence de l’instance désignée a été rendue publique.

[86] The mandatory confidentiality requirements in subsections 38.04(4) and 38.12(2) should also be read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2). As a result of this decision, all court records accessible to the non-government party are presumptively available to the public. Again, subsections 38.04(4) and 38.12(2) provide the discretion, if ever necessary, to maintain confidentiality with respect to any record available to all parties.

[87] The reading down I am adopting will exclude the public from all *ex parte* representations, those made by the Attorney General of Canada as of right and those made by a non-government party with leave of the Court. This conclusion masks an outstanding legal issue not addressed by the parties.

[88] The debate in this case centered on national security considerations, not on the interests which might be asserted by a non-government party during *ex parte* representations. The focus was on sessions where all parties were present and on *ex parte* sessions granted as of right to the Attorney General of Canada. There was no discussion of the constitutionality of closed hearings to receive the *ex parte* representations of a non-government party.

[89] In its written submissions, the Toronto Star acknowledged that it was not seeking access to *ex parte* sessions on the basis of the decision in *Ruby*. However, under subsection 38.11(2), the non-government party may also seek to make *ex parte* representations. This is an additional legal consideration which was not at issue in *Ruby*. This distinction was not referred to in the agreed statement of facts, nor was it the subject of any submissions in this proceeding.

[90] In the absence of both an evidentiary record and submissions of counsel, I have chosen to leave the matter open and to preserve the status quo concerning the mandatory exclusion of the public where the non-

[86] Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) doivent elles aussi faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser donc que les observations *ex parte* qui sont mentionnées dans le paragraphe 38.11(2). Par conséquent, tous les documents auxquels a accès le particulier sont en principe accessibles au public. Là encore, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) donnent au juge le pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, de préserver la confidentialité de tout dossier auquel toutes les parties ont accès.

[87] Aux termes de l'interprétation atténuante que j'adopte, sont confidentielles toutes les observations *ex parte*, celles que présente de plein droit le procureur général du Canada et celles que présente le particulier avec l'autorisation de la Cour. Cette conclusion laisse dans l'ombre une question juridique qui reste en suspens et qui n'a pas été soulevée par les parties.

[88] En l'espèce, les débats ont porté principalement sur les questions de sécurité nationale, et non sur les intérêts que le particulier pourrait faire valoir lors d'observations *ex parte*. L'accent a été mis sur les audiences où toutes les parties sont présentes, ainsi que sur les audiences *ex parte* accordées de plein droit au procureur général du Canada. Rien n'a été dit au sujet de la validité constitutionnelle de la tenue d'audiences à huis clos donnant au particulier la possibilité de présenter des observations *ex parte*.

[89] Dans ses conclusions écrites, le Toronto Star a convenu qu'il ne demandait pas accès aux audiences *ex parte* en se fondant sur l'arrêt *Ruby*. Cependant, aux termes du paragraphe 38.11(2), le particulier peut également demander de présenter des observations « en l'absence d'autres parties ». Il s'agit là d'une disposition législative qui n'était pas en jeu dans l'affaire *Ruby*. Cette distinction n'a pas été mentionnée dans l'exposé conjoint des faits, pas plus qu'elle n'a fait l'objet d'une observation quelconque au cours de la présente instance.

[90] En l'absence d'éléments de preuve et d'observations pertinents de la part des avocats des parties, je ne me prononcerai pas sur la question et je maintiendrai le statu quo au sujet de l'exclusion impérative du public

government party is permitted to make *ex parte* representations. In this decision, the impugned provisions will be read down so as to apply to all *ex parte* representations envisaged in subsection 38.11(2).

### Conclusion

[91] For the foregoing reasons, the constitutional questions raised by this motion are answered as follows:

1. Do subsections 38.04(4), 38.11(1), and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act* constitute infringements of the Toronto Star's rights as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, as was conceded by the defendant.

2. Are the infringements constituted by subsections 38.04(4), 38.11(1), and 38.12(2) *Canada Evidence Act* justified under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No. The impugned provisions fail the *Oakes* test at the minimum impairment branch.

The words in subsection 38.04(4), "An application under this section is confidential" ("*Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle*"), are read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

The words in subsection 38.11(1), "A hearing under subsection 38.04(5) . . . shall be heard in private" ("*Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) . . . sont tenues à huis clos*"), are read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

The words in subsection 38.12(2), "The court records relating to the hearing . . . are confidential"

dans les cas où le particulier est autorisé à présenter des observations *ex parte*. Aux fins de la présente décision, les dispositions contestées, au terme d'une interprétation atténuante, visent toutes les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

### Conclusion

[91] Pour les motifs qui précèdent, les réponses aux questions de nature constitutionnelle que soulève la présente requête sont les suivantes :

1. Les paragraphes 38.04(4), 38.11(1), et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* portent-ils atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui, comme l'a admis la défenderesse.

2. Les atteintes que portent les paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non. Les dispositions contestées ne constituent pas une « atteinte minimale » au sens de l'arrêt *Oakes*.

Sur le plan constitutionnel, selon une interprétation atténuante, dans le paragraphe 38.04(4), le passage « Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle » (« *An application under this section is confidential* ») ne vise que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

Sur le plan constitutionnel, selon une interprétation atténuante, dans le paragraphe 38.11(1), le passage « Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) [. . .] sont tenues à huis clos » (« *A hearing under subsection 38.04(5) [. . .] shall be heard in private* ») ne vise que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

Sur le plan constitutionnel, selon une interprétation atténuante, dans le paragraphe 38.12(2), le passage



(“*Le dossier ayant trait à l’audience. . . est confidentiel*”), are read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

« Le dossier ayant trait à l’audience . . . est confidentiel » (« *The court records relating to the hearing. . . are confidential* ») ne vise que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

[92] The defendant shall pay to the plaintiff Toronto Star Newspapers Limited the costs of this motion. There will be no order as to costs concerning the plaintiff Kassim Mohamed.

[92] La défenderesse paiera à la demanderesse Toronto Star Newspapers Limited les dépens relatifs à la présente requête. Aucune ordonnance ne sera rendue quant aux dépens relatifs au demandeur Kassim Mohamed.

Schedule A: Excerpts from Section 38 of the *Canada Evidence Act* [ss. 38.01 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43) 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(6)), 38.13 (as enacted *idem*, s. 43)]

Annexe A : Extraits de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* [art. 38.01 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141(6)), 38.13 (édicte, *idem*, art. 43)]

*International Relations and National Defence and National Security*

*Relations internationales et défense et sécurité nationales*

...

[. . .]

**38.01** (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d’une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu’il s’agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d’aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l’avis la nature, la date et le lieu de l’instance.

(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d’être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d’une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l’instance et d’aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l’objet de l’avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l’instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(3) Le fonctionnaire—à l’exclusion d’un participant—qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d’une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l’avis précise la nature, la date et le lieu de l’instance.

(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

...

**38.02** (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

(c) the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

...

**38.03** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).

...

(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.

**38.031** (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is

(4) Le fonctionnaire—à l'exclusion d'un participant—qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

[. . .]

**38.02** (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

[. . .]

**38.03** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.

[. . .]

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

**38.031** (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui

not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

...

**38.04 (1) . . .**

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

...

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.

...

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

[. . .]

**38.04 (1) [. . .]**

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

[. . .]

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

[. . .]

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

(a) entend les observations du procureur général du Canada—et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

(b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

(i) determine who should be given notice of the hearing,

(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and

(iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

...

**38.06** (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

...

**38.09** (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

**38.1** Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment

(c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

(d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

[...]

**38.06** (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

[...]

**38.09** (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

**38.1** Malgré toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, mais ce tribunal peut proroger le

appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the Supreme Court of Canada.

**38.11** (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations *ex parte*.

**38.12** (1) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may make any order that the judge or the court considers appropriate in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.

(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.

**38.13** (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security.

...

**38.131** (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order

délati s'il l'estime indiqué en l'espèce;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la Cour suprême du Canada.

**38.11** (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada—et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

**38.12** (1) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.

(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

**38.13** (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. [. . .]

[. . .]

**38.131** (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une

varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

Schedule B: List of Section 38 Applications Filed in Federal Court

Since the coming into force of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 on December 24, 2001, 15 section 38 applications have been publicly disclosed. These are:

- *Ribic v. Canada*, Court file DES-7-01; 2002 FCT 290.

This file, commenced on December 10, 2001, was decided under section 38 as amended by the *Anti-terrorism Act*.

- *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2002), 221 F.T.R. 310 (F.C.T.D.).

- *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 1044.

- *Ribic v. Canada (Attorney General)* (2003), 250 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); aff'd [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.).

- *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2003), 250 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); aff'd [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.).

- *Canada (Attorney General) v. Kempo*, Court file DES-1-03; notice of discontinuance filed on October 27, 2005.

- *Canada (Attorney General) v. Ouzghar*, Court file DES-4-03; notice of discontinuance filed on July 20, 2005.

- *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678.

- *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 122 C.R.C. (2d) 359 (F.C.).

- *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, Court file DES-2-04; notice of discontinuance filed on March 31, 2004.

ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

Annexe B : Liste des demandes fondées sur l'article 38 qui ont été déposées devant la Cour fédérale

Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 le 24 décembre 2001, 15 demandes fondées sur l'article 38 ont été divulguées au public :

- *Ribic c. Canada*, 2002 CFPI 290.

Ce dossier, entrepris le 10 décembre 2001, a été tranché en vertu de l'article 38, modifié par la *Loi antiterroriste*.

- *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839.

- *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 1044.

- *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.).

- *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CFPI 43; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.).

- *Canada (Procureur général) c. Kempo*, dossier DES-1-03; avis de désistement déposé le 27 octobre 2005.

- *Canada (Procureur général) c. Ouzghar*, dossier DES-4-03; avis de désistement déposé le 20 juillet 2005.

- *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678.

- *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052.

- *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, dossier DES-2-04; avis de désistement déposé le 31 mars 2004.

- 
- *Canada (Attorney General) v. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar*, Court file DES-4-04; notice of discontinuance filed on April 4, 2004.
  - *Ribic v. Canada*, Court file DES-1-05; adjourned *sine die* on June 3, 2005.
  - *Canada (Attorney General) v. Mohamed*, Court file DES-1-06.
  - *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, Court file DES-2-06.
  - *Canada (Attorney General) v. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar*, Court file DES-4-06.
  - *Canada (Procureur général) c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, dossier DES-4-04; avis de désistement déposé le 4 avril 2004.
  - *Ribic c. Canada*, dossier DES-1-05; ajourné *sine die* le 3 juin 2005.
  - *Canada (Procureur général) c. Mohamed*, dossier DES-1-06.
  - *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, dossier DES-2-06.
  - *Canada (Procureur général) c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, dossier DES-4-06.

T-74-06  
2007 FC 342

T-74-06  
2007 CF 342

**Jean Pelletier** (*Applicant*)

**Jean Pelletier** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: PELLETIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**  
**(F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: PELLETIER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**  
**(C.F.)**

Federal Court, Lemieux J.—Montréal, January 22, 23;  
Ottawa, March 30, 2007.

Cour fédérale, juge Lemieux—Montréal, 22 et 23  
janvier; Ottawa, 30 mars 2007.

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Judicial review of Order in Council terminating applicant's appointment as Chair of VIA Rail's Board of Directors — Applicant appointed at pleasure under Financial Administration Act, ss. 105, 106, removed from office by then Prime Minister for misconduct — Entitled to procedural fairness — Obligation to act fairly, i.e. in manner not giving rise to reasonable apprehension of bias extending to decision maker even if decision not final — Minister of Transport, whose role to gather, weigh evidence, make recommendation to cabinet, showing reasonable apprehension of bias when stating in House of Commons before receipt of applicant's submissions that government had lost confidence in applicant — Obligation to consult VIA Rail's Board of Directors before recommending removal of applicant pursuant to Financial Administration Act, s. 105(5), Interpretation Act, s. 24 — Failure to do so affecting validity of termination order — Application allowed.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Contrôle judiciaire du décret mettant fin à la nomination du demandeur à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail — Le demandeur a été nommé à titre amovible en vertu des art. 105 et 106 de la Loi sur la gestion des finances publiques, puis a été destitué de ses fonctions par le premier ministre de l'époque pour inconduite — Le demandeur avait droit à l'équité procédurale — L'obligation d'agir équitablement, soit d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique au décideur même si la décision qu'il rend n'est pas finale — Le ministre des Transports, dont le rôle est de recueillir et de pondérer des représentations et à faire une recommandation au Conseil des ministres, a fait preuve d'une crainte raisonnable de partialité lorsqu'il a déclaré à la Chambre des communes, avant de recevoir les représentations du demandeur, que ce dernier n'avait plus la confiance du gouvernement — Obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de recommander la destitution du demandeur en vertu de l'art. 105(5) de la Loi sur la gestion des finances publiques et de l'art. 24 de la Loi d'interprétation — Le défaut d'agir ainsi affecte la validité du décret de destitution — Demande accueillie.*

*Construction of Statutes — Minister of Transport having duty to consult VIA Rail's Board of Directors before recommending removal of Chair based on Financial Administration Act, s. 105(6), Interpretation Act, s. 24(1) — Scope, meaning of s. 24(1) determined — Necessary to refer to principles provided under Interpretation Act due to silence of s. 105 with regard to removal of directors of Crown corporation — Interpretation Act law of general application, scope of which must not be unduly limited — Interpretation whereby removal subject to same rules as appointment consistent with Parliament's intention, purpose of s. 105(6) — Consultation with Board of Directors condition precedent to exercise of Minister's power to recommend, adoption of Order in Council terminating appointment.*

*Interprétation des lois — Le ministre des Transports a l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de recommander la destitution du président en vertu de l'art. 105(6) de la Loi sur la gestion des finances publiques et de l'art. 24(1) de la Loi d'interprétation — La portée et le sens de l'art. 24(1) ont été définis — Il était nécessaire de recourir aux principes prévus dans la Loi d'interprétation puisque l'art. 105 ne contient aucune référence à la destitution des administrateurs d'une société d'État — La Loi d'interprétation est une loi d'application générale dont il ne faut pas restreindre indûment la portée — L'interprétation selon laquelle la destitution est assujettie aux mêmes règles que celles qui s'appliquent à la nomination s'harmonise bien avec l'intention du législateur et l'objectif de l'art. 105(6) — La consultation du conseil*



This was an application for judicial review of an Order in Council (the second termination order) adopted by the Governor General in Council under subsection 105(5) of the *Financial Administration Act* and section 24 of the *Interpretation Act*, on the recommendation of the then Minister of Transport, terminating the appointment of the applicant as Chair of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. The applicant was appointed at pleasure for a five-year period, as Chair of VIA Rail's Board of Directors, effective on September 1, 2001. On March 1, 2004, the first termination order was adopted by the Governor in Council against the applicant. The Federal Court set aside that order, ruling that the government had a duty to act fairly towards the applicant, but breached that duty by not informing him of the reasons for dissatisfaction with him nor giving him an opportunity to be heard. The Minister of Transport then requested written arguments from the applicant concerning his termination. The same day he stated in the House of Commons that the reasons for removal from office were still valid and that the government had lost confidence in the applicant. The applicant subsequently presented written and oral arguments and three weeks later the second termination order was adopted. The Federal Court of Appeal later upheld the Federal Court's decision. Two issues were raised herein: (1) whether the Minister of Transport acted in a way that raised a reasonable apprehension of bias when he oversaw the applicant's case after the first termination order was set aside by the Federal Court, and; (2) whether the Minister of Transport had a statutory duty to consult VIA Rail's Board of Directors before making his recommendation to Cabinet.

*Held*, the application should be allowed,

(1) There applicant was entitled to impartiality, since it had been determined that he was entitled to procedural fairness, including the right to be heard. The Minister of Transport's role was to gather and weigh arguments and make a recommendation to Cabinet. The obligation to act fairly, that is, in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias, applies to the decision maker even if that decision is not final, to the extent that the latter plays a significant role. An applicant who alleges a decision maker's bias need not establish an actual bias, but rather a reasonable apprehension of bias. The substance of the standard of impartiality for a decision maker varies according to the terms of the statute pursuant to which he operates, the nature of the

*d'administration était une condition préalable à l'exercice du pouvoir de recommandation du ministre et donc à l'adoption du décret mettant fin à la nomination.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du décret (le second décret de destitution) adopté par la gouverneure générale en conseil en vertu du paragraphe 105(5) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et de l'article 24 de la *Loi d'interprétation*, sur recommandation du ministre des Transports de l'époque, mettant fin à la nomination du demandeur à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. Le demandeur a été nommé à titre amovible pour une période de cinq ans président du conseil d'administration de VIA Rail, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2001. Le 1<sup>er</sup> mars 2004, le premier décret de destitution a été adopté par la gouverneure générale en conseil à l'encontre du demandeur. La Cour fédérale a annulé ce décret, statuant que le gouvernement avait un devoir d'agir équitablement envers le demandeur, mais qu'il a manqué à son devoir en ne l'informant pas des motifs d'insatisfaction à son égard et en ne lui donnant pas la possibilité de se faire entendre. Le ministre des Transports a ensuite demandé au demandeur de présenter par écrit des représentations quant à sa destitution. Plus tard ce jour là, le ministre a déclaré à la Chambre des communes que les motifs de destitution étaient toujours valables et que le demandeur n'avait plus la confiance du gouvernement. Par la suite, le demandeur a présenté des représentations écrites et orales et le second décret de destitution a été adopté trois semaines plus tard. Par la suite, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour fédérale. Deux questions litigieuses ont été posées en l'espèce, soit celles de savoir : 1) si le ministre des Transports a agi d'une manière qui a soulevé une crainte raisonnable de partialité lorsqu'il a piloté le dossier du demandeur à la suite de l'annulation du premier décret de destitution par la Cour fédérale, et 2) si le ministre des Transports avait l'obligation légale de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de formuler sa recommandation au Conseil des ministres.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) Le demandeur avait droit à l'impartialité puisqu'il avait été déterminé qu'il avait droit à l'équité procédurale, qui comprend notamment le droit d'être entendu. Le rôle du ministre des Transports a donc consisté à recueillir et à pondérer des représentations et à faire une recommandation au Conseil des ministres. L'obligation d'agir équitablement, soit d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique au décideur même si la décision qu'il rend n'est pas finale, dans la mesure où il joue un rôle significatif. Le demandeur qui soulève la partialité d'un décideur n'a pas à démontrer une partialité réelle, il doit plutôt soulever une crainte raisonnable de partialité. Le contenu de la norme d'impartialité à laquelle est soumis un décideur varie

particular function of which he is seized and the type of decision he is called upon to make. There are two standards of impartiality, one which applies more to judicial or quasi-judicial functions, namely the reasonable apprehension of bias test; and the other to organizations or agents exercising administrative functions, that is the closed-mind test. The apprehension of bias raised by the applicant was that of the Minister responsible for making a recommendation to the Governor General in Council as to whether an official appointed at pleasure should continue in office or be removed for misconduct. Considering the specific nature of the task that the Minister had to achieve and the type of recommendation that he made, once the process had begun to have the applicant removed from office, on November 21, 2005, the impartiality standard that applied to him was that of a reasonable apprehension of bias. The apprehension of bias raised by the applicant was founded on a number of circumstances. The statements made by the Minister to the House of Commons showed a reasonable apprehension of bias, since it established that the Minister had no intention of changing his mind about the removal, even if the applicant was given the chance to make written submissions. These remarks, made on the very day that the Minister communicated with the applicant to inform him of his right to make his arguments in writing, would lead a reasonable and informed person to have a reasonable apprehension of bias. The lack of counter-evidence filed by the respondent was also a factor that had been taken into consideration during the assessment of the Minister's bias. The Minister acted in a manner that created a reasonable apprehension of bias when he led the applicant's case.

(2) *Financial Administration Act*, subsection 105(6) provides that the appropriate Minister must consult the board of directors of a Crown corporation before recommending the appointment of its Chair, and *Interpretation Act*, subsection 24(1) provides that the power to appoint an officer at pleasure includes the power to suspend or remove the officer. The issue of whether the appropriate Minister should have consulted VIA Rail's Board of Directors before making its recommendation on the termination of the applicant's appointment depended on the scope and meaning of subsection 24(1) of the *Interpretation Act*. In *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, the Superior Court of Quebec ruled that when the Act is silent on the conditions for exercising the removal power, this power is exercised following the same rules as for the appointment. This case applied because of the similarity between subsections 55(1) of Quebec's *Interpretation Act* and 24(1) of the Canadian *Interpretation Act*. It was necessary to refer to the principles provided under

notamment selon les termes de la loi en vertu de laquelle agit le décideur en question, la nature particulière de la tâche qu'il a à remplir, et le type de décision qu'il est appelé à rendre. Il y a deux normes d'impartialité : l'une qui s'applique davantage aux fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, soit le critère de la crainte raisonnable de partialité; et l'autre qui s'applique aux organismes ou aux agents exerçant des fonctions administratives, soit le critère de l'esprit fermé. La crainte de partialité soulevée par le demandeur est celle du ministre responsable de faire une recommandation à la gouverneure générale en conseil quant au maintien ou à la révocation d'un fonctionnaire nommé à titre amovible pour in conduite. Compte tenu de la nature particulière de la tâche que le ministre avait à accomplir et du type de recommandation qu'il a formulé, la norme d'impartialité à laquelle il était assujéti, une fois le processus visant à destituer le demandeur de ses fonctions enclenché, soit à partir du 21 novembre 2005, était celle de la crainte raisonnable de partialité. La crainte de partialité soulevée par le demandeur s'appuyait sur plusieurs circonstances. Les déclarations que le ministre a faites à la Chambre des communes faisaient état d'une crainte raisonnable de partialité puisqu'elles démontraient que le ministre n'avait pas l'intention de changer d'avis quant à sa position relative au renvoi même si la possibilité de faire des représentations écrites avait été offerte au demandeur. Ces propos, tenus le jour même où le ministre a communiqué avec le demandeur pour l'informer de son droit de faire valoir des prétentions par écrit, étaient susceptibles de créer chez une personne raisonnable et bien renseignée une crainte raisonnable de partialité. L'absence de contre-preuve présentée par le défendeur était également un facteur qui a été pris en considération lors de l'évaluation de la partialité du ministre. Le ministre a, lorsqu'il a piloté le dossier du demandeur, agi d'une façon qui a suscité une crainte raisonnable de partialité.

2) Le paragraphe 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* prévoit que le ministre de tutelle doit consulter le conseil d'administration d'une société d'État avant de recommander la nomination de son président et le paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation* précise que le pouvoir de nommer un fonctionnaire à titre amovible comporte le pouvoir de le suspendre ou de le révoquer. La question de savoir si le ministre de tutelle devait consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de formuler sa recommandation sur la fin de la nomination du demandeur dépendait de la portée et du sens du paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation*. Dans l'arrêt *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, la Cour supérieure du Québec a déterminé que, si la loi est muette sur les modalités d'exercice du pouvoir de destitution, l'exercice de ce pouvoir se fait suivant les mêmes règles que la nomination. Cette affaire s'appliquait en raison de la similitude entre les paragraphes 55(1) de la loi d'interprétation québécoise et 24(1) de la loi d'interprétation

the *Interpretation Act* in view of the silence of section 105 of the *Financial Administration Act* with regard to removal. The *Interpretation Act* is a law of general application the scope of which must not be unduly limited. The interpretation suggested by Pigeon J. in his book *Rédaction et interprétation des lois*, according to which removals should not be subject to a rule different from the rule for appointments, is consistent with Parliament's intention and the purpose of subsection 105(6) of the *Financial Administration Act*. VIA Rail was established as a Crown corporation to give it a certain independence from the government, and one of the factors that makes it possible to preserve this independence is the process of consulting the Board of Directors when appointing and removing its Chair. The failure to respect the procedures provided by law to adopt the second termination order affected its validity. This consultation was a condition precedent to the Minister exercising his power to recommend and therefore to the adoption of the Order in Council.

canadienne. Il était nécessaire de recourir aux principes prévus dans la *Loi d'interprétation* puisque l'article 105 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* ne contient aucune référence à la destitution. La *Loi d'interprétation* est une loi d'application générale dont il ne faut pas restreindre indûment la portée. L'interprétation suggérée par le juge Pigeon dans son traité *Rédaction et interprétation des lois*, selon laquelle les destitutions ne devraient pas être assujetties à des règles qui diffèrent des règles régissant les nominations, s'harmonise bien avec l'intention du législateur et l'objectif du paragraphe 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. VIA Rail a été constitué sous la forme d'une société d'État pour lui assurer une certaine indépendance par rapport au gouvernement, et l'un des éléments qui permet de préserver cette indépendance est le processus de consultation du conseil d'administration au moment de la nomination et de la destitution de son président. Le défaut d'avoir respecté les procédures prévues par la loi pour l'adoption du second décret de destitution affecte la validité de ce dernier. Cette consultation était une condition préalable à l'exercice du pouvoir de recommandation du ministre et donc à l'adoption du décret.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19), Tarif B (as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32), Column V.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 105(1),(2),(3),(4) (as am. by S.C. 2004, c. 16, s. 8), (5) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44, Sch. II, item 14(E)), 106.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 24 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89), 31(4).  
*Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, s. 55.  
*National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, s. 44.  
*National Film Act*, R.S.C., 1985, c. N-8, s. 16.  
 Order in Council P.C. 2001-1294.  
 Order in Council P.C. 2005-2341.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2001-1294.  
 Décret C.P. 2005-2341.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89), 31(4).  
*Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 55.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 105(1),(2),(3),(4) (mod. par L.C. 2004, ch. 16, art. 8), (5) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n<sup>o</sup> 14(A)), 106.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n<sup>o</sup> 5(F)).  
*Loi sur le cinéma*, L.R.C. (1985), ch. N-8, art. 16.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, ch. N-6, art. 44.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19), tarif B (mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32), colonne V.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. S. (R.D.)*,

and *Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 2690 (Sup. Ct.).

## DISTINGUISHED:

*Woodley v. Yellowknife District No. 1* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 245; 1 C.C.E.L. (3d) 144; 2000 NWTSC 30.

## CONSIDERED:

*Pelletier v. Canada (Attorney General)* (2005), 41 Admin. L.R. (4th) 247; 55 C.C.E.L. (3d) 11; 275 F.T.R. 108; 2005 FC 1545; affd [2007] 4 F.C.R. 81; (2007), 51 Admin. L.R. (4th) 138; 55 C.C.E.L. (3d) 38 358 N.R. 102; 2007 FCA 6; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *St-Hilaire c. Bégin*, [1982] C.A. 25 (Que. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1982] 1 S.C.R. vi; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

## REFERRED TO:

*Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (Sup. Ct.).

## AUTHORS CITED

Cardinal, François. « Commandites: Myriam Bédard se dit victime du scandale » *La Presse* (27 February 2004).  
*House of Commons Debates*, No. 154, 38th Parliament, 1st Session ( November 21, 2005).  
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Québec: Ministère des communications, 1986.

APPLICATION for judicial review of an Order in Council adopted by the Governor General in Council under subsection 105(5) of the *Financial Administration*

[1997] 3 R.C.S. 484; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 2690 (C.S.).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Woodley v. Yellowknife District No. 1* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 245; 1 C.C.E.L. (3d) 144; 2000 NWTSC 30.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1545; conf. par [2007] 4 R.C.F. 81; 2007 CAF 6; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *St-Hilaire c. Bégin*, [1982] C.A. 25 (C.A. Qué.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1982] 1 R.C.S. vi; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

## DÉCISION CITÉE :

*Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (C.S.).

## DOCTRINE CITÉE

Cardinal, François. « Commandites : Myriam Bédard se dit victime du scandale » *La Presse* (27 février 2004).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 154, 38<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session (21 novembre 2005).  
 Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Québec : Ministère des communications, 1986.

DEMANDE de contrôle judiciaire du décret adopté par la gouverneure générale en conseil en vertu du paragraphe 105(5) de la *Loi sur la gestion des finances*

*Act* and section 24 of the *Interpretation Act*, on the recommendation of the then Minister of Transport, terminating the applicant's appointment as Chair of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. Application allowed.

APPEARANCES:

*Suzanne Côté* and *Patrick Girard* for applicant.  
*Carole Bureau* and *Rosemarie Millar* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Stikeman Elliot LLP*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] LEMIEUX J.: In this application for judicial review, Jean Pelletier is asking the Court to set aside Order in Council P.C. 2005-2341 (the second termination order), adopted by Her Excellency the Governor General in Council pursuant to subsection 105(5) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44, Sch. II, item 14(E)] of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11] (the Act) and section 24 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89] of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, on the recommendation of Jean Lapierre, the Minister of Transport at that time. This order, reproduced in the Appendix, terminated the appointment of Jean Pelletier as Chair of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. (VIA Rail).

[2] This is not the first time that Mr. Pelletier has called on the remedial powers of this Court to continue his position as Chair of VIA Rail's Board of Directors, a position that he has held since September 1, 2001, following his appointment at pleasure (*à titre amovible*) by Her Excellency the Governor General in Council's order P.C. 2001-1294, adopted pursuant to sections 105 and 106 of the Act, on the recommendation of Tony Valeri, then the Minister of Transport, after consulting

*publiques* et de l'article 24 de la *Loi d'interprétation*, sur recommandation du ministre des Transports de l'époque, mettant fin à la nomination du demandeur à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Suzanne Côté* et *Patrick Girard* pour le demandeur.  
*Carole Bureau* et *Rosemarie Millar* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Stikeman Elliot S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Voici les motifs du jugement et jugement rendus en français par*

[1] LE JUGE LEMIEUX : Jean Pelletier, dans cette demande de contrôle judiciaire, recherche l'annulation du décret C.P. 2005-2341 (le second décret de destitution), adopté par son Excellence la gouverneure générale en conseil, en vertu du paragraphe 105(5) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n<sup>o</sup> 14(A)] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11] (la Loi) et de l'article 24 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89] de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, sur recommandation du ministre des Transports de l'époque, Jean Lapierre. Ce décret, reproduit en annexe, avait pour objet de mettre fin à la nomination de Jean Pelletier à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. (VIA Rail).

[2] Ce n'est pas la première fois que M. Pelletier fait appel aux pouvoirs de redressement de cette Cour pour maintenir son poste de président du conseil d'administration de VIA Rail, une fonction qu'il occupe depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2001, à la suite de sa nomination à titre amovible (*at pleasure*) par le décret C.P. 2001-1294 de son Excellence la gouverneure générale en conseil, adopté en vertu des articles 105 et 106 de la Loi, sur recommandation du ministre des Transports de

VIA Rail's Board of Directors.

[3] In fact, Mr. Pelletier was successful before my colleague, Mr. Justice Simon Noël, who in a decision dated November 18, 2005, set aside the first termination order adopted by the Governor General in Council on March 1, 2004, and referred Mr. Pelletier's case to the Governor General in Council (*Pelletier v. Canada (Attorney General)* (2005), 41 Admin. L.R. (4th) 247 (F.C.)).

[4] Noël J. determined that the government had a duty to act fairly towards Mr. Pelletier, which was indeed acknowledged by the government's counsel. According to my colleague, the substance of this duty was to advise him that his position was in danger, to inform him of the reasons for being dissatisfied with him, and to give him the opportunity to be heard. Noël J. determined that the government breached its duty to act fairly, since Mr. Pelletier was not aware of the precariousness of his situation until after his removal on March 1, 2004, he did not know the reasons for the dissatisfaction alleged against him and he had not had the opportunity to be heard.

[5] The Federal Court of Appeal maintained Noël J.'s decision on January 11, 2007, and the Attorney General did not apply for leave to appeal to the Supreme Court of Canada (*Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 6).

[6] In this matter, Mr. Pelletier is challenging the validity of the second termination order on three grounds:

1. Jean Lapierre (the Minister), the Minister of Transport at that time, showed bias when he recommended that his appointment be revoked;
2. The Minister had the obligation to consult VIA Rail's Board of Directors before he made his recommendation to Cabinet, which he did not do;
3. The second termination order had been adopted after the federal election was called, breaching the

l'époque, Tony Valeri, après consultation du conseil d'administration de VIA Rail.

[3] En effet, M. Pelletier a obtenu gain de cause devant mon collègue, Simon Noël, qui par décision rendue le 18 novembre 2005, a annulé le premier décret de destitution adopté par la gouverneure générale en conseil le 1<sup>er</sup> mars 2004, et a retourné le dossier de M. Pelletier devant la gouverneure générale en conseil (*Pelletier c. Canada (Procureur Général)*, 2005 CF 1545).

[4] Le juge Noël a déterminé que le gouvernement avait un devoir d'agir équitablement envers M. Pelletier, ce que reconnaissent d'ailleurs les procureurs du gouvernement. Selon mon collègue, le contenu de ce devoir consistait à l'aviser que sa position était en danger, à l'informer des motifs d'insatisfaction à son égard, et à lui fournir la possibilité de se faire entendre. Le juge Noël a conclu que le gouvernement a manqué à son devoir d'agir équitablement, puisque M. Pelletier n'a eu connaissance de la précarité de sa situation qu'après sa destitution le 1<sup>er</sup> mars 2004, ne connaissait pas les motifs d'insatisfaction allégués contre lui et n'a pas eu la possibilité de se faire entendre.

[5] La décision du juge Noël a été maintenue par la Cour d'appel fédérale en date du 11 janvier 2007, et le procureur général n'a pas fait de demande auprès de la Cour Suprême du Canada pour permission d'en appeler (*Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 6).

[6] Dans le cadre de la présente instance, M. Pelletier invoque trois motifs à l'encontre de la validité du second décret de destitution :

1. Jean Lapierre (le ministre), le ministre des Transports de l'époque, a fait preuve de partialité lorsqu'il a recommandé la révocation de sa nomination;
2. Le ministre avait l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de soumettre sa recommandation au Conseil des ministres, ce qu'il n'a pas fait;
3. Le second décret de destitution a été adopté après le déclenchement des élections fédérales, en violation de

constitutional convention limiting the Cabinet's power to act once it has lost the confidence of the House of Commons.

[7] For the reasons that follow, I believe that Mr. Pelletier's application must be allowed on the grounds that the Minister acted in a way that raised a reasonable apprehension of bias when he oversaw Mr. Pelletier's case after the first termination order was set aside by this Court on November 18, 2005. I am also of the opinion that Minister Lapierre had a statutory duty to consult VIA Rail's Board of Directors before making his recommendation and that he breached this duty.

[8] I point out that the issue of the appropriate standard of review will not be examined in the reasons that follow. This issue was not raised in the parties' written arguments and I believe with good reason. In fact, the first issue examined by this Court bears on procedural fairness and there is ample case law to the effect that there is no standard that applies to this type of issue. With regard to the second issue, the appropriate standard is that of correctness, since the issue of whether the Board of Directors had to be consulted is a question of law regarding which the Court has a more expertise than the Minister, and since the Act does not contain a privative clause.

[9] I also point out the fact that the respondent did not see fit to file affidavits from Minister Lapierre or other members of government, or any other evidence in support of his arguments. Hence, the only evidence that the Court has in this matter is the evidence filed by the applicant.

[10] Indeed I take judicial notice of the fact that, in previous proceedings, the applicant, in accordance with rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rule 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), requested that he be sent all documents, reports and recommendations regarding the issuance of the impugned order, which the respondent opposed based on section 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. In this case, the applicant made

la convention constitutionnelle qui limite le pouvoir d'agir du Conseil des ministres une fois que celui-ci a perdu la confiance de la Chambre des communes.

[7] Pour les motifs qui suivent, j'estime que la demande de M. Pelletier doit être accueillie au motif que le ministre a agi d'une manière qui soulève une crainte raisonnable de partialité lorsqu'il a piloté le dossier de ce dernier, à la suite de l'annulation du premier décret de destitution par cette Cour le 18 novembre 2005. Je suis aussi d'avis que le ministre Lapierre avait l'obligation statutaire de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de formuler sa recommandation et qu'il a manqué à ce devoir.

[8] Je précise que la question à savoir quelle est la norme de contrôle applicable ne sera pas examinée dans la suite des présents motifs. Cette question n'a pas été soulevée dans l'argumentation écrite des parties et j'estime que c'est avec raison. En effet, la première question examinée par cette Cour porte sur l'équité procédurale et il existe une jurisprudence abondante à l'effet qu'aucune norme ne s'applique à ce genre de question. En ce qui a trait à la seconde question, la norme applicable est celle de la décision correcte, puisque la question à savoir si le conseil d'administration devait être consulté est une question de droit, sur laquelle la Cour a une expertise plus poussée que le ministre, et que la Loi ne prévoit aucune clause privative.

[9] Je souligne également le fait que le défendeur n'a pas jugé opportun de déposer, au soutien de ses prétentions, des affidavits émanant du ministre Lapierre ou d'autres membres du gouvernement ou toute autre preuve. Ainsi, la seule preuve dont dispose la Cour en l'instance est celle présentée par le demandeur.

[10] Je prends par ailleurs acte du fait que, dans le cadre des instances antérieures, le demandeur a, conformément à la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), demandé qu'on lui fasse parvenir tous documents, rapports ou recommandations relatifs à l'émission du décret contesté, ce à quoi le défendeur s'est opposé sur la base de l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5 (F)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985),

another request under rule 317 of the *Federal Courts Rules*, a request that did not result in any disclosure.

### 1. Background

[11] By the adoption of Order in Council P.C. 2001-1294 on July 31, 2001, the applicant was appointed at pleasure for a five-year period, as Chair of VIA Rail's Board of Directors, effective on September 1, 2001.

[12] On February 26, 2004, the applicant took part in a telephone interview with François Cardinal, a journalist with *La Presse* daily newspaper, regarding the alleged dismissal in January 2002 of Myriam Bédard, a VIA Rail employee since January 2001. It should be noted that this interview request was also made in the context where Ms. Bédard had sent a letter, dated February 13, 2004, to the then Prime Minister regarding the sponsorship matter.

[13] The next day, an article reporting what the applicant said was published in *La Presse* [27 February 2004] under the headline, [TRANSLATION] "Sponsorship: Myriam Bédard says she is a victim of scandal." I refer to the relevant passages from this article:

[TRANSLATION]

Victim of the Sponsorship Scandal

Olympic medalist Myriam Bédard says that she was forced to resign from VIA Rail

...

In a letter sent to Prime Minister Paul Martin on February 13, the former bi-athlete criticized the "unethical atmosphere" that reigned in the marketing department of VIA-Rail, where she had been employed since January 2001. Stating that she was not a "thief" or a "criminal", she says that "she dug her own grave" by working honestly with the railway company.

When he was Chair of VIA's Board of Directors, Jean Pelletier characterized it all as "lies". The Office of the Prime Minister, Paul Martin, stated that the allegations were being taken "very seriously". . . .

ch. C-5. En l'instance, le demandeur a refait une demande en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, une demande qui n'a été suivie d'aucune divulgation.

### 1. La toile de fond

[11] Par l'adoption du décret C.P. 2001-1294 le 31 juillet 2001, le demandeur a été nommé à titre amovible pour une période de cinq ans, président du conseil d'administration de VIA Rail, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2001.

[12] Le 26 février 2004, le demandeur a pris part à une entrevue téléphonique avec M. François Cardinal, un journaliste au quotidien *La Presse*, au sujet du prétendu congédiement en janvier 2002 de M<sup>me</sup> Myriam Bédard, une employée de VIA Rail, depuis janvier 2001. Il convient de mentionner que cette demande d'entrevue s'inscrivait également dans le contexte où M<sup>me</sup> Bédard avait fait parvenir une lettre, en date du 13 février 2004, concernant le dossier des commandites au premier ministre de l'époque.

[13] Le lendemain, un article rapportant les paroles du demandeur était publié dans *La Presse* [27 février 2004] sous le titre, « commandites : Myriam Bédard se dit victime du scandale ». Je reproduis les passages pertinents de cet article :

« Victime du scandale des commandites »

La médaillée olympique Myriam Bédard dit avoir été forcée de démissionner de VIA Rail

[. . .]

Dans une lettre envoyée au premier ministre Paul Martin le 13 février, l'ex-bi-athlète dénonce « l'ambiance pas catholique qui régnait dans le département marketing de VIA Rail, qui l'employait depuis janvier 2001. Affirmant n'être ni « une voleuse », ni « une criminelle », elle dit « avoir creusé (sa) tombe » en travaillant de façon honnête au sein de la société ferroviaire.

Alors que le président du conseil d'administration de VIA, Jean Pelletier, qualifie le tout de « mensonge », le cabinet du premier ministre, Paul Martin, dit prendre les allégations « très au sérieux » [. . .]



Marc Lefrançois, the President and Chief Executive Officer of VIA, who was suspended by Mr. Martin this week following the sponsorship scandal, also denied the facts stated by Ms. Bédard. . . .

. . .

Mr. Pelletier as well as Mr. Lefrançois claimed that Myriam Bédard was taking advantage of the scandal for her personal gain. “She wants to take advantage of the situation, stated Mr. Pelletier. . . . She is lying shamelessly.”

“I do not want to be mean,” he added. “This is a poor girl who deserves pity, who doesn’t have a spouse, as far as I know. She is struggling as a single mother with economic responsibilities. I pity her, in the end.”

. . .

Mr. Lefrançois refused to say why Ms. Bédard was no longer working for VIA Rail. But according to Jean Pelletier’s version of the facts, she was simply no longer valued by her supervisors.

“What they tell me is that this person did not fit in with the team,” he stated. “It was not working at all. She criticized what her boss was doing. She had her own ideas. She was told that if she was not happy, she might be more comfortable at an advertising agency.”

“But you know” Mr. Pelletier continued “Olympic medalists are people who find it difficult after being acclaimed, when they find themselves back in the real world. It’s not easy to be a regular person, for these people who have been in the spotlight.”

[14] Indeed, it is worthwhile mentioning that the transcript of this interview establishes that Mr. Pelletier told the journalist that Myriam Bédard’s departure from VIA Rail had nothing to do with the sponsorship scandal.

[15] On February 27, 2004, Mr. Pelletier issued a press release, in which he apologized for what he had said about Ms. Bédard. At that time, VIA Rail also issued a press release stating that Myriam Bédard had left VIA Rail of her own initiative.

[16] On March 1, 2004, the first termination order was adopted by the Governor General in Council against Mr. Pelletier.

Marc Lefrançois, le président et chef de la direction de VIA qui a été suspendu par M. Martin cette semaine dans la foulée du scandale des commandites, a également nié les faits avancés par Mme Bédard [ . . . ]

[ . . . ]

Tant M. Pelletier que M. Lefrançois ont soutenu que Myriam Bédard profitait du scandale pour tenter d’en tirer un profit personnel. « Elle veut profiter d’un canot qui a l’air de voguer comme il faut, a indiqué M. Pelletier. ( . . . ) Elle ment de façon effrontée ».

« Je ne veux pas être méchant pour elle, a-t-il ajouté. Mais c’est une pauvre fille qui fait pitié, une fille qui n’a pas de conjoint que je sache. Elle a la tension d’une mère monoparentale qui a des responsabilités économiques. Dans le fond, je trouve qu’elle fait pitié. »

[ . . . ]

M. Lefrançois a refusé de dire pour quelle raison Mme Bédard ne travaillait plus chez VIA Rail. Mais selon la version des faits de Jean Pelletier, elle n’était tout simplement plus appréciée de ses patrons.

« Ce qu’on me dit, c’est que cette personne ne cadrait pas avec l’équipe, a-t-il indiqué. Ça ne marchait pas, d’aucune façon. Elle critiquait ce que son patron faisait. Elle avait ses propres idées. On lui disait que si elle n’était pas contente, peut-être serait-elle plus à l’aise dans une agence de publicité. »

Mais vous savez, a-t-il poursuivi [M. Pelletier], (les médaillés olympiques) ce sont des gens qui ont de la misère, après avoir été célébrés, à revenir sur le plancher des vaches. Redevenir un simple pékin, c’est pas facile pour ces gens qui ont été dans la lumière. »

[14] Par ailleurs, il convient de mentionner que la transcription de cette entrevue démontre que M. Pelletier a précisé au journaliste que le départ de Myriam Bédard de VIA Rail n’avait rien à voir avec le scandale des commandites.

[15] Le 27 février 2004, M. Pelletier a publié un communiqué de presse, dans lequel il s’excusait des propos qu’il avait tenus à l’endroit de M<sup>me</sup> Bédard. À ce moment, VIA Rail a également publié un communiqué de presse énonçant que Myriam Bédard avait quitté VIA Rail de sa propre initiative.

[16] Le 1<sup>er</sup> mars 2004, le premier décret de destitution a été adopté par la gouverneure générale en conseil à l’encontre de M. Pelletier.

[17] That same day, Jean Lapierre, then a candidate for the federal elections for the Liberal Party, was speaking in the city of Granby. During this speech, an overview of which was reported in an article appearing in the daily *La Voix de L'Est* on March 2, 2004, Minister Lapierre stated that the Liberals had to do a [TRANSLATION] “spring cleaning” in their ranks and that [TRANSLATION] “there are even a few that will be thrown out”. The Minister then stated that Jean Pelletier’s comments about Myriam Bédard were unacceptable and that he was one of the individuals who should be ousted.

[18] On April 8, 2004, an investigation report filed by Michel G. Picher, an independent arbitrator responsible for investigating Ms. Bédard’s departure from VIA Rail, determined that her departure was voluntary and that Mr. Pelletier had not been involved with it in any way.

[19] On November 18, 2005, Mr. Justice Simon Noël set aside the first termination order and referred the applicant’s case to the Governor General in Council. This decision was upheld by the Federal Court of Appeal in a judgment delivered on January 11, 2007.

[20] On November 21, 2005, the Minister wrote to the applicant asking him to make written arguments against the Governor General in Council’s termination of his duties as Chair of VIA Rail’s Board of Directors. I refer to the following passage of this letter:

[TRANSLATION]

The government examined the decision of the Federal Court of Canada very carefully and decided to refer your case back to the Governor General in Council for reconsideration. Since you were appointed at pleasure, the Governor in Council has the discretion to terminate your duties, to revoke your appointment, or to suspend you.

During this exercise, the government will have to decide which measures must be taken after the statements you made on February 26, 2004, to a journalist from the newspaper *La Presse* regarding Myriam Bédard. . . .

You made these statements during a period when you knew or should have known that the government was encouraging

[17] Le jour même, Jean Lapierre, alors qu’il était candidat aux élections fédérales pour le Parti libéral, faisait un discours dans la ville de Granby. Au cours de cette allocution, dont les grandes lignes ont été rapportées dans un article paru le 2 mars 2004 dans le quotidien *La Voix de L'Est*, le ministre Lapierre a déclaré que les libéraux devaient faire « un ménage du printemps » parmi leur troupe, et qu’ « il y en a quelques-uns qu’on va même mettre aux vidanges ». Le ministre aurait alors précisé que les propos de Jean Pelletier à l’endroit de Myriam Bédard étaient inacceptables et que celui-ci faisait partie des tapis qu’il fallait sortir.

[18] Le 8 avril 2004, un rapport d’enquête produit par Michel G. Picher, un arbitre indépendant chargé de faire enquête sur le départ de M<sup>me</sup> Bédard de VIA Rail, concluait que le départ de cette dernière avait été volontaire et que M. Pelletier n’avait en aucune façon été impliqué.

[19] Le 18 novembre 2005, le juge Simon Noël a annulé le premier décret de destitution et retourné le dossier du demandeur devant la gouverneure générale en conseil. Cette décision a été maintenue par la Cour d’appel fédérale, dans un jugement rendu le 11 janvier 2007.

[20] Le 21 novembre 2005, le ministre écrivait au demandeur pour l’inviter à faire valoir par écrit les raisons pour lesquelles la gouverneure générale en conseil ne devrait pas mettre fin à ses fonctions à titre de président du conseil d’administration de VIA Rail. Je cite l’extrait suivant de cette lettre :

Le gouvernement a examiné avec grand soin la décision de la Cour fédérale du Canada et a décidé de retourner votre dossier devant la gouverneure générale en conseil pour réexamen. Le caractère amovible de votre nomination signifie que le gouverneur en conseil est investi de la discrétion de mettre fin à vos fonctions, de vous révoquer ou de vous suspendre.

Dans le contexte de cet examen, le gouvernement devra décider quelles mesures doivent être prises suite aux déclarations que vous avez faites en date du 26 février 2004 à un journaliste du journal *La Presse* à l’égard de Myriam Bédard [...]

Ces déclarations ont été faites par vous au cours d’une période alors que vous saviez ou deviez savoir que le gouvernement

Canadians who could have information on any situation connected with the sponsorship program to step forward and cooperate with the Gomery Commission.

The nature and the character of these statements raise serious issues which lead me to believe that there are grounds for me to recommend to the Governor in Council that your appointment be terminated for loss of confidence in you as Chair of The Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. [Emphasis added.]

[21] Later that day, the Minister made the following statements to the House of Commons [*House of Commons Debates*, No. 154, 38th Parliament, 1st Session (November 21, 2005)]:

**Mr. James Moore (Port Moody—Westwood—Port Coquitlam, CPC):** Mr. Speaker, although the reasons for doing so are obvious, the Prime Minister is incapable of properly dismissing the key figures in the sponsorship scandal whom Justice Gomery has clearly fingered in his report. The Prime Minister had promised to clean house, yet we find him not even able to just dismiss Mr. Pelletier.

Will the Prime Minister force Jean Pelletier to step down from his duties at the head of VIA Rail, yes or no?

**Hon. Jean Lapierre (Minister of Transport, Lib.):** Mr. Speaker, the grounds on which Mr. Pelletier was dismissed in March 2004 are as valid as ever. That is why this morning I have initiated a process which will allow Mr. Pelletier to be heard and to provide us with reasons why he ought not to be dismissed on those grounds.

Obviously, Mr. Pelletier no longer has our confidence to chair the board at VIA Rail. [Emphasis added.]

[22] On November 30, 2005, the applicant replied to the Minister's letter, sending him his submissions, in essence concerning the Minister's bias, his continued appointment as Chair of VIA Rail's Board of Directors, and the absence of fault justifying the termination of his appointment. It is worthwhile to mention that, in this letter, Mr. Pelletier specifically said that he made [TRANSLATION] "the following submissions under reserve of all the remedies that I may exercise against your decision relating to me, based on this breach of the rules of natural justice."

[23] At Mr. Pelletier's request, a meeting took place on December 1, 2005, with Minister Lapierre and the

encourageait les Canadiens qui pouvaient avoir de l'information sur toute situation liée aux commandites à s'avancer et à collaborer avec la Commission Gomery.

La nature et le caractère de ces déclarations soulèvent de sérieuses questions qui me portent à croire qu'il y a matière pour moi à faire une recommandation au gouverneur en conseil afin de mettre fin à votre nomination pour perte de confiance à votre égard à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. [Je souligne.]

[21] Plus tard ce jour là, le ministre a fait les déclarations suivantes à la Chambre des communes [*Débats de la chambre des communes*, n° 154, 38<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session (21 novembre 2005)]:

**M. James Moore (Port Moody—Westwood—Port Coquitlam, PCC) :** Monsieur le Président, même lorsque les raisons sont évidentes, le premier ministre est incapable de congédier correctement les principaux acteurs du scandale des commandites que le juge Gomery a clairement montrés du doigt dans son rapport. Le premier ministre avait pourtant promis de faire le ménage, mais on voit, dans le cas de M. Pelletier, que le premier ministre n'est même pas capable de le congédier tout simplement.

Le premier ministre forcera-t-il Jean Pelletier à quitter ses fonctions à la tête de VIA Rail, oui ou non ?

**L'hon. Jean Lapierre (ministre des Transports, Lib.) :** Monsieur le Président, les motifs qui existaient en mars 2004 pour destituer M. Pelletier sont toujours valables. C'est pourquoi, ce matin, j'ai entamé un processus pour permettre à M. Pelletier d'être entendu quant aux raisons pour lesquelles il ne devrait pas être destitué pour ces motifs.

Or, il est évident que M. Pelletier n'a plus notre confiance pour présider le conseil de VIA Rail [Je souligne.]

[22] Le 30 novembre 2005, le demandeur a fait suite à la lettre du ministre, en lui faisant parvenir ses représentations, lesquelles portaient essentiellement sur la partialité de ce dernier, sur le maintien de sa nomination comme président du conseil d'administration de VIA Rail, et sur l'absence de faute justifiant la fin de sa charge. Il convient de mentionner que, dans cette lettre, M. Pelletier mentionnait spécifiquement que « les représentations suivantes [étaient faites] sous réserve de tous les recours que je pourrais entreprendre à l'encontre de votre décision me concernant, en raison de cette violation des règles de justice naturelle ».

[23] Le 1<sup>er</sup> décembre 2005, une rencontre a eu lieu à la demande de M. Pelletier avec le ministre Lapierre et

Minister of Intergovernmental Affairs and President of the Queen's Privy Council, Lucienne Robillard. Both parties' counsel attended.

[24] At the beginning of this meeting, the Minister explained the statements that he had made before assuming his duties, i.e. the statements that he made in the city of Granby on March 1, 2004. However, he did not remark at all on the statements that he made at the House of Commons on November 21, 2005, even though the applicant had stated in his written arguments dated November 30, 2005, that in his opinion these statements established his bias.

[25] The applicant then played the recording of his telephone interview with François Cardinal and made his oral submissions. The submissions were essentially in regard to the fact that his remarks regarding Myriam Bédard did not justify a dismissal, the findings of the Picher report and the grounds justifying revoking his appointment for cause.

[26] Minister Lapierre, aside from his explanations regarding the statements made in Granby, only intervened a few times during this meeting. These interruptions bore on the impact of Mr. Pelletier's statements about Ms. Bédard on the public's willingness to provide information on the sponsorship program, and on the issue of whether Mr. Pelletier ought to have defended VIA Rail following the allegations made by Ms. Bédard. Ms. Robillard, for her part, refrained from any comment. I add that the Minister, in response to a question formulated by the applicant regarding the time period for making the decision, allegedly said that he would make the decision in a reasonable period of time, i.e. after quietly thinking over what had been said during the meeting.

[27] The same day that the meeting took place between the Minister and the applicant, i.e. December 1, 2005, Parliament was dissolved by Royal Proclamation following a non-confidence motion.

[28] December 19, 2005, a notice of appeal was filed against Noël J.'s judgment.

la ministre des Affaires intergouvernementales et présidente du Conseil privé de la Reine, M<sup>me</sup> Lucienne Robillard. Les procureurs des deux parties étaient également présents.

[24] Au début de cette rencontre, le ministre s'est expliqué sur les déclarations qu'il avait faites avant d'entrer en fonction, soit celles faites dans la ville de Granby le 1<sup>er</sup> mars 2004. Il n'a toutefois fait aucun commentaire sur les déclarations qu'il a fait à la Chambre des communes le 21 novembre 2005, et ce, même si le demandeur avait précisé dans ses prétentions écrites du 30 novembre 2005 qu'il était d'avis que ces déclarations établissaient sa partialité.

[25] Par la suite, le demandeur a fait entendre l'enregistrement de l'entrevue téléphonique qu'il a donné à François Cardinal et a fait ses représentations orales. Celles-ci ont essentiellement porté sur le fait que ses propos à l'endroit de Myriam Bédard ne justifiaient pas un congédiement, sur les conclusions du rapport Picher et sur les motifs qui auraient pu justifier une révocation pour cause de sa nomination.

[26] Le ministre Lapierre, hormis ses explications quant aux déclarations faites à Granby, n'est intervenu qu'à quelques reprises au cours de cette rencontre. Ces interventions ont porté sur l'impact des déclarations de M. Pelletier à l'endroit de M<sup>me</sup> Bédard sur la volonté du public de fournir de l'information sur le scandale des commandites, et sur la question à savoir si M. Pelletier se devait de prendre la défense de VIA Rail à la suite des allégations faites par M<sup>me</sup> Bédard. M<sup>me</sup> Robillard s'est, quant à elle, abstenue de tout commentaire. J'ajoute que le ministre, en réponse à une question formulée par le demandeur relative au délai dans lequel la décision serait prise, aurait dit qu'il rendrait la décision dans un délai raisonnable, soit après avoir réfléchi à ce qui avait été dit au cours de la rencontre à tête reposée.

[27] Le jour même où la rencontre entre le ministre et le demandeur a eu lieu, soit le 1<sup>er</sup> décembre 2005, le Parlement a été dissous par proclamation royale à la suite d'un vote de non-confiance.

[28] Le 19 décembre 2005, un avis d'appel à l'encontre du jugement du juge Noël a été déposé.

[29] On December 22, 2005, the Governor General in Council adopted the second termination order on the recommendation of Minister Lapierre, without consulting VIA Rail's Board of Directors. In so doing, the government decided, just like the first termination order, to revoke Mr. Pelletier's appointment for misconduct.

[30] The order, reproduced in the Appendix, essentially provides that the Governor General in Council lost confidence in Jean Pelletier following the remarks that he made about Ms. Bédard, when the government was encouraging people with information about the sponsorship program to come forward. For these reasons, the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport, terminated Mr. Pelletier's appointment, pursuant to subsection 105(5) of the Act and section 24 of the *Interpretation Act*.

## 2. The decision of the Federal Court of Appeal

[31] Before proceeding to analyse the reasons raised by the applicant against the second termination order, I think it fitting to summarize the remarks of the Federal Court of Appeal made by Mr. Justice Denis Pelletier and concurred in by Décary and Nadon J.J.A., since they are likely to be guidelines in my analysis.

[32] First, I must point out and adopt the comment made by Pelletier J.A. [at paragraph 34], at the very beginning of the analysis of the Attorney General's arguments regarding the government's right to end Mr. Pelletier's appointment:

As a preliminary matter, it is important to remember that the issue in this case is not whether the government was entitled to put an end to Mr. Pelletier's appointment. Mr. Pelletier held his office at pleasure; the government was entitled to remove him at any time for any reason. The duty of procedural fairness, whatever its content, deals only with the process by which the government exercises its right to terminate his appointment and not with the substance of the decision itself. The right to be given reasons and the right to be heard do not create, by implication or otherwise, a right to be removed from office only for reasons which meet some standard of rationality: see *Knigh*t, at pages 674-675.

[29] Le 22 décembre 2005, le second décret de destitution a été adopté par la gouverneure générale en conseil sur recommandation du ministre Lapierre, sans que le conseil d'administration de VIA Rail n'ait été consulté. En agissant de la sorte, le gouvernement a décidé, tout comme lors du premier décret de destitution, de révoquer la nomination de M. Pelletier pour cause d'inconduite.

[30] Le décret, reproduit en annexe, prévoit essentiellement que la gouverneure générale en conseil a perdu confiance en Jean Pelletier, à la suite des propos qu'il a tenus à l'endroit de M<sup>me</sup> Bédard, alors que le gouvernement encourageait les personnes détenant de l'information sur le programme des commandites à se manifester. Pour ces raisons, la gouverneure générale en conseil, sur recommandation du ministre des Transports, a mis fin à la nomination de M. Pelletier, et ce, en vertu du paragraphe 105(5) de la Loi et de l'article 24 de la *Loi d'interprétation*.

## 2. La décision de la Cour d'appel fédérale

[31] Avant de procéder à l'analyse des motifs soulevés par le demandeur à l'encontre du second décret de destitution, j'estime opportun de résumer les propos de la Cour d'appel fédérale, lesquels ont été rendus par le juge Denis Pelletier et auxquels ont souscrit les juges Décary et Nadon, puisque ceux-ci sont susceptibles de guider mon analyse.

[32] En premier lieu, je tiens à rappeler et à faire mienne la remarque formulée par le juge Pelletier [au paragraphe 34], au tout début de l'analyse de prétentions du procureur général, quant au droit du gouvernement à mettre un terme à la nomination de M. Pelletier :

En guise de remarque préliminaire, il importe de se rappeler que le débat, ici, n'est pas de déterminer si le gouvernement avait le droit de mettre un terme à la nomination de M. Pelletier. Ce dernier occupait ses fonctions à titre amovible. Le gouvernement avait dès lors le droit de révoquer sa nomination en tout temps et pour quelque raison que ce soit. Le devoir d'équité procédurale, quel qu'en soit le contenu, s'applique strictement au processus par lequel le gouvernement exerce son pouvoir de destitution; il n'est d'aucune pertinence en ce qui a trait à la substance de la décision elle-même. Le droit d'être informé et le droit d'être entendu n'emportent pas, par déduction ou autrement, le droit

[33] In his reasons, Pelletier J.A. then pointed out the difference between removal for cause of misconduct and removal based on purely political reasons, and he confirmed that given that Mr. Pelletier's appointment had been revoked for misconduct, the highest standard of procedural fairness applied. I refer to the relevant passage from Pelletier J.A.'s reasons on this issue [at paragraph 49]:

In light of the above, I conclude that where the government, in the exercise of its statutory power to terminate the appointment of persons named to office at pleasure, proposes to act on the basis of a person's misconduct, the duty of procedural fairness requires that, where that person does not know that his or her position is in jeopardy by reason of that misconduct, the person be informed of the possibility of removal and of the reasons for that removal, and be given the opportunity to be heard.

[34] Finally, Pelletier J.A., considering his findings, did not see fit to decide on the applicant's argument regarding the need to consult the Board of Directors to remove Mr. Pelletier from office, an argument raised once again in this case. He did however make several remarks about the argument formulated by the respondent to the effect that Mr. Valeri could not, based on the principle of the confidentiality of Cabinet deliberations, inform Mr. Pelletier of the reasons that could have or did lead to his removal. In fact, he determined that this argument was specious and that if it was appropriate to make the reasons for Mr. Pelletier's removal public through a press release, it was certainly appropriate to inform Mr. Pelletier of it beforehand.

### 3. The analysis

#### Bias

[35] In this case, the applicant is challenging the impartiality of Minister Lapierre, who was responsible for making a recommendation with regard to continuing or revoking the applicant's appointment. The applicant argued in effect that the Minister was disqualified from

d'être destitué seulement pour des motifs qui rencontrent une norme de rationalité (voir *Knight*, aux pages 674 et 675).

[33] Dans ses motifs, le juge Pelletier [au paragraphe 49] a ensuite souligné la différence entre une destitution pour cause d'inconduite et une destitution fondée sur des motifs purement politiques, et il a confirmé qu'étant donné que la nomination de M. Pelletier avait été révoquée pour cause d'inconduite, la norme la plus élevée d'équité procédurale s'appliquait. Je reproduis le passage pertinent des motifs du juge Pelletier sur cette question :

J'en arrive ainsi à la conclusion que lorsque le gouvernement, dans l'exercice de son pouvoir statutaire de destituer une personne nommée à titre amovible, envisage la possibilité de la destituer pour cause d'inconduite, le devoir d'équité procédurale exige, lorsque cette personne ne sait pas que son poste est en jeu en raison de cette inconduite, qu'elle soit informée de la possibilité d'une destitution et des motifs d'inconduite qui lui sont reprochés et qu'elle se voit offrir l'opportunité de se faire entendre.

[34] Finalement, le juge Pelletier, compte tenu de ses conclusions, n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur l'argument, présenté par le demandeur, quant à la nécessité de consulter le conseil d'administration pour en destituer M. Pelletier, un argument soulevé une fois de plus en l'instance. Il a toutefois fait quelques commentaires sur l'argument formulé par le défendeur voulant que M. Valeri ne pouvait pas, en raison du principe de la confidentialité des délibérations du Cabinet, informer M. Pelletier des motifs pouvant ou ayant mené à sa destitution. Il a effectivement déterminé que cet argument était spécieux, et que s'il était approprié de rendre publics les motifs de destitution de M. Pelletier au moyen d'un communiqué de presse, il était certainement approprié d'en informer M. Pelletier auparavant.

### 3. L'analyse

#### La partialité

[35] En l'instance, l'impartialité du ministre Lapierre, qui était responsable de faire une recommandation quant au maintien ou à la révocation de la nomination du demandeur, est mise en doute par le demandeur. Le demandeur prétend en effet que le ministre était inhabile

holding office and, on that basis, the termination order is void.

[36] There is really no issue as to whether the applicant was entitled to impartiality, since it was determined in the previous proceedings that Mr. Pelletier was entitled to procedural fairness, including *inter alia* the right to be heard. As such, “[t]he rules which require a tribunal to maintain an open mind and to be free of bias, actual or perceived, are part of the *audi alteram partem* principle which applies to decision-makers” (*Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1190). The comments made by the Supreme Court *per* Cory J. in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at page 636 are also in agreement:

Although the duty of fairness applies to all administrative bodies, the extent of that duty will depend upon the nature and the function of the particular tribunal. See *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602. The duty to act fairly includes the duty to provide procedural fairness to the parties. That simply cannot exist if an adjudicator is biased. [Emphasis added.]

[37] Indeed, in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 675, Madam Justice Claire L’Heureux-Dubé pointed out that one of the objectives of the obligation to act fairly is to allow the person whose job is threatened to change the employer’s mind about the dismissal:

In both the situation of an office held at pleasure and an office from which one can be dismissed only for cause, one of the purposes of the imposition on the administrative body of a duty to act fairly is the same, i.e., enabling the employee to try to change the employer’s mind about the dismissal. The value of such an opportunity should not be dependant on the grounds triggering the dismissal.

[38] In the matter before us, the Minister of Transport, Minister Lapierre, had first to decide whether Mr. Pelletier should be removed from office. Minister Lapierre’s role therefore was to communicate with the applicant, gather his arguments in writing and orally, and make a recommendation as the appropriate Minister.

à exercer cette fonction et que, de ce fait, le décret de destitution est nul.

[36] La question à savoir si le demandeur avait droit à l’impartialité ne se pose pas réellement, puisqu’il a été déterminé, au cours des instances précédentes, que M. Pelletier avait droit à l’équité procédurale, laquelle incluait notamment le droit d’être entendu. Or, « [l]es règles exigeant qu’un tribunal administratif fasse preuve d’ouverture d’esprit et qu’il soit, en fait et en apparence, exempt de partialité font partie du principe *audi alteram partem* auquel est assujéti tout décideur. » (*Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1190). Les remarques formulées par la Cour suprême sous la plume du juge Cory, dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la page 636 abondent également en ce sens :

Bien que tous les corps administratifs soient soumis à l’obligation d’agir équitablement, l’étendue de cette obligation tient à la nature et à la fonction du tribunal en question. Voir *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602. L’obligation d’agir équitablement comprend celle d’assurer aux parties l’équité procédurale, qui ne peut tout simplement pas exister s’il y a partialité de la part d’un décideur [Je souligne.]

[37] Par ailleurs, dans l’arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 675, la juge Claire L’heureux-Dubé a rappelé qu’un des objectifs poursuivis par l’obligation d’agir équitablement est de permettre à la personne dont l’emploi est menacé d’amener l’employeur à changer d’avis :

Dans le cas d’une charge occupée selon bon plaisir comme dans celui d’une charge dont on ne peut être renvoyé que pour un motif valable, l’un des buts de l’obligation d’agir équitablement imposée à l’organisme administratif est le même, savoir de permettre à l’employé de tenter d’amener l’employeur à changer d’avis au sujet du congédiement. La valeur d’une telle possibilité ne devrait pas dépendre des raisons du renvoi.

[38] Dans le cas qui nous occupe, la question à savoir si M. Pelletier devait être destitué de ses fonctions relevait en premier lieu du ministre des Transports, soit le ministre Lapierre. Le rôle de ce dernier a donc consisté à communiquer avec le demandeur, à recueillir ses représentations par écrit et de façon orale, et à faire

It was therefore what could be described as a preliminary role, in the sense that the Minister's decision was not in itself a final decision, since Cabinet could decide not to follow his recommendation. Even though preliminary, the Minister's role in making the decision to remove the applicant was still significant, since his recommendation certainly influenced the Cabinet's decision.

[39] At the hearing, the respondent acknowledged that the Minister, as the person responsible for hearing Mr. Pelletier and formulating a recommendation, had a duty to act fairly and had to have an open mind. In my opinion, this admission was correct, since the Minister played a significant role in adopting the second termination order.

[40] This finding is supported by the remarks made by Madam Justice Claire L'Heureux-Dubé in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 45, to the effect that the obligation to act fairly, i.e. in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias, applies to the decision maker even if that decision is not final, to the extent that the decision maker plays a significant role:

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias by an impartial decision-maker. The respondent argues that Simpson J. was correct to find that the notes of Officer Lorenz cannot be considered to give rise to a reasonable apprehension of bias because it was Officer Caden who was the actual decision-maker, who was simply reviewing the recommendation prepared by his subordinate. In my opinion, the duty to act fairly and therefore in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias applies to all immigration officers who play a significant role in the making of decisions, whether they are subordinate reviewing officers, or those who make the final decision. The subordinate officer plays an important part in the process, and if a person with such a central role does not act impartially, the decision itself cannot be said to have been made in an impartial manner. In addition, as discussed in the previous section, the notes of Officer Lorenz constitute the reasons for the decision, and if they give rise to a reasonable apprehension of bias, this taints the decision itself.

une recommandation en tant que ministre de tutelle. Il s'agit donc d'un rôle qui peut être qualifié de préliminaire, en ce sens que la décision du ministre n'est pas en soi une décision finale, puisque le Conseil des ministres pouvait décider de ne pas suivre sa recommandation. Quoique préliminaire, le rôle du ministre dans la prise de la décision de destituer le demandeur demeure significatif, puisque sa recommandation a eu une influence certaine sur la décision du Conseil des ministres.

[39] Lors de l'audience, le défendeur a reconnu que le ministre, en tant que personne chargée d'entendre M. Pelletier et de formuler une recommandation, avait un devoir d'agir équitablement et qu'il ne devait pas avoir l'esprit fermé. J'estime que c'est à bon droit que cette admission a été faite, puisque le ministre a joué un rôle significatif dans l'adoption du second décret de destitution.

[40] Cette conclusion est supportée par les propos de la juge Claire L'Heureux-Dubé, formulés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 45, suivant lesquels l'obligation d'agir équitablement, soit d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique au décideur même si la décision qu'il rend n'est pas finale, dans la mesure où il joue un rôle significatif :

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. L'intimé soutient que le juge Simpson a eu raison de conclure que les notes de l'agent Lorenz ne peuvent pas donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, parce que le vrai décideur était l'agent Caden, qui a simplement fait une revue de la recommandation préparée par son subalterne. L'obligation d'agir équitablement et, en conséquence, d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique, à mon avis, à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision, qu'ils soient des agents de réexamen subalternes, ou ceux qui rendent la décision finale. L'agent subordonné joue un rôle important dans le processus, et si une personne ayant un rôle aussi central n'agit pas de façon impartiale, la décision elle-même ne peut pas être considérée comme ayant été rendue de façon impartiale. En outre, comme je le dis au paragraphe précédent, les notes de l'agent Lorenz constituent les motifs de la décision, et si elles donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, la décision elle-même en est viciée.



[41] In deciding as such, L'Heureux-Dubé J. continued to follow the path she had taken while she was sitting on the Court of Appeal of Quebec in *St-Hilaire c. Bégin*, [1982] C.A. 25. In that case, the Judge effectively found that the chairman appointed by a municipal commission to conduct an inquiry into the administration of the town of Rimouski had a duty to act impartially, since his recommendation could affect a citizen's rights. It should be pointed out that in this decision the Court specifically dismissed the argument to the effect that the commissioner did not have to act impartially, since his role was not to render a judgment, but rather to gather the facts and to report them to the government. Indeed, the application for leave to appeal this judgment to the Supreme Court was denied ([1982] 1 S.C.R. vi).

[42] That said, in order to determine whether the Minister showed actual bias or created a reasonable apprehension of bias by his conduct or by his statements, it is necessary to define the standard of impartiality governing him.

[43] The notion of bias was defined as follows by the Supreme Court in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraph 104 *et seq.*:

In a more positive sense, impartiality can be described—perhaps somewhat inexactly—as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome, and is open to persuasion by the evidence and submissions.

In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues.

Indeed, the applicant who alleges a decision maker's bias need not establish an actual bias, but rather a reasonable apprehension of bias.

[44] In so far as it is impossible to assess the state of mind of a decision maker, the courts have adopted the notion of appearance of bias (*Newfoundland Telephone Co.*, above, at page 636):

It is, of course, impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator who has made an administrative board decision. As a result, the courts have taken the position that an

[41] En statuant de la sorte, la juge L'Heureux-Dubé a continué de suivre la tangente qu'elle avait prise, alors qu'elle siégeait à la Cour d'appel du Québec, dans *St-Hilaire c. Bégin*, [1982] C.A. 25. Dans cet arrêt, la juge avait effectivement déterminé que le commissaire, chargé par une commission municipale de faire enquête sur l'administration d'une ville, en l'espèce Rimouski, avait le devoir d'agir avec impartialité, puisque la recommandation qu'il rend est susceptible d'affecter les droits d'un administré. Il convient de préciser que, dans cette décision, la Cour a spécifiquement rejeté l'argument voulant que le commissaire n'avait pas à agir de façon impartiale, puisque son rôle n'est pas de rendre jugement, mais bien de recueillir les faits et de faire rapport au gouvernement. Par ailleurs, la demande d'autorisation d'en appeler de ce jugement à la Cour suprême a été refusée ([1982] 1 R.C.S. vi).

[42] Ceci dit, pour déterminer si le ministre, de par son comportement ou ses déclarations, a fait preuve de partialité réelle ou a suscité une crainte de partialité, il est nécessaire de définir la norme d'impartialité à laquelle il était soumis.

[43] La notion de partialité a été définie de la façon suivante par la Cour suprême dans la décision *R. c. S.(R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, aux paragraphes 104 et suivants :

Dans un sens plus positif, l'impartialité peut être décrite—peut-être de façon quelque peu inexacte—comme l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis.

Par contraste, la partialité dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions.

Par ailleurs, le demandeur qui soulève la partialité d'un décideur n'a pas à démontrer une partialité réelle, il doit plutôt soulever une crainte raisonnable de partialité.

[44] Dans la mesure où il est impossible d'évaluer l'état d'esprit exact d'un décideur, les tribunaux ont adopté le point de vue de l'apparence de partialité (*Newfoundland Telephone Co.*, précité, à la page 636) :

Il est évidemment impossible de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision d'une commission administrative. C'est pourquoi les cours de justice

unbiased appearance is, in itself, an essential component of procedural fairness. To ensure fairness the conduct of members of administrative tribunals has been measured against a standard of reasonable apprehension of bias. The test is whether a reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on the part of an adjudicator.

[45] The substance of the standard of impartiality for a decision maker varies according to the terms of the statute pursuant to which the decision maker operates, the nature of the particular function of which the decision maker is seized and the type of decision the decision maker is called upon to make (*Old St. Boniface Residents Assn. Inc.*, above, at page 1191). A review of the case law on this issue indicates that there are two standards of impartiality, one which applies more to judicial or quasi-judicial functions, namely the reasonable apprehension of bias test; and the other to organizations or agents exercising administrative functions, i.e. the closed-mind test.

[46] The reasonable apprehension of bias standard was defined as follows by the Supreme Court, at page 394 of the decision *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369:

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.” [Emphasis added.]

[47] As for the closed-mind standard, it was defined as follows by the Supreme Court, at page 1197 of *Old St. Boniface Residents Assn. Inc.*, above:

The party alleging disqualifying bias must establish that there is a prejudgment of the matter, in fact, to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile. Statements by individual members of Council while they may very well give rise to an

ont adopté le point de vue que l'apparence d'impartialité constitue en soi un élément essentiel de l'équité procédurale. Pour assurer l'équité, la conduite des membres des tribunaux administratifs est appréciée par rapport au critère de la crainte raisonnable de partialité. Ce critère consiste à se demander si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur.

[45] Le contenu de la norme d'impartialité à laquelle est soumis un décideur varie notamment selon le terme de la loi en vertu de laquelle agit le décideur en question, la nature particulière de la tâche qu'il a à remplir; et le type de décision qu'il est appelé à rendre (*Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc.*, précité, à la page 119). Une revue de la jurisprudence sur cette question établit l'existence de deux standards d'impartialité, dont l'un s'applique davantage aux fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires, soit le critère de la crainte raisonnable de partialité; et l'autre aux organismes ou aux agents exerçant des fonctions administratives, soit le critère de l'esprit fermé.

[46] La norme de la crainte raisonnable de partialité a été définie ainsi par la Cour suprême, à la page 394 de la décision *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369 :

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? » [Je souligne.]

[47] La norme de l'esprit fermé a, quant à elle, été définie comme suit par la Cour suprême, à la page 1197 de la décision *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc.*, précitée :

La partie qui allègue la partialité entraînant l'inhabilité doit établir que l'affaire a en fait été préjugée, de sorte qu'il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Les déclarations de conseillers individuels, bien qu'elles puissent fort bien créer une

appearance of bias will not satisfy the test unless the court concludes that they are the expression of a final opinion on the matter, which cannot be dislodged. In this regard it is important to keep in mind that support in favour of a measure before a committee and a vote in favour will not constitute disqualifying bias in the absence of some indication that the position taken is incapable of change.

[48] The most stringent test, that of reasonable apprehension of bias, was applied by the Supreme Court in *Committee for Justice and Liberty et al.*, above. The Supreme Court held in that matter that the Chairman of the Board was disqualified from presiding over an application for a certificate of public convenience and necessity in connection with the McKenzie Valley Pipeline pursuant to section 44 of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, by reason of his participation in the work of a study group made up of parties interested in the project. It should be mentioned that in hearing such an application, the Board was exercising a quasi-judicial role and its duties are not political or legislative.

[49] In *Old St. Boniface Residents Assn. Inc.*, above, the Supreme Court applied the closed-mind test to a municipal councillor. The municipal councillor in question was sitting on the municipal council in regard to a re-zoning application for the implementation of a real estate development. Before the public hearings were held, the councillor had been personally involved in the planning of a development project and had advocated the project at *in camera* private meetings of the Finance Committee. The Supreme Court determined that the councillor had not prejudged the case to the extent that he was disqualified from the municipal committee, since there was nothing to indicate that he had made a final and irrevocable decision. The Court also pointed out the fact that some degree of prejudgment is inherent in the role of a municipal councillor, and that persons occupying this function should not be governed by too strict a standard of impartiality, so that they can perform their duties.

[50] In *Newfoundland Telephone Co.*, the Supreme Court applied two different standards with regard to the

apparence de partialité, ne satisfont au critère que si la cour conclut qu'elles sont l'expression d'une opinion finale et irrévocable sur la question. Il importe de se rappeler à ce propos que ni le fait d'appuyer une mesure devant un comité ni le fait de voter en faveur de cette mesure ne constituera, en l'absence d'une indication du caractère définitif de la position prise, une preuve de partialité entraînant l'inhabilité.

[48] Le critère le plus sévère, soit celui de la crainte raisonnable de partialité, a été appliqué par la Cour Suprême, dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres*, précité. La Cour suprême a déterminé, dans cette affaire, que le président de l'Office était inhabile à présider l'audition d'une demande de certificat de commodité et de nécessité publique pour le pipeline dans la vallée du Mackenzie, présentée en vertu de l'article 44 de *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, ch. N-6, au motif qu'il avait participé de façon active aux travaux d'un groupe d'étude composé de personnes ayant un intérêt dans le projet. Il convient de mentionner que, dans le cadre de l'audition d'une telle demande, l'Office exerce un rôle quasi judiciaire et que ses tâches n'ont ni un caractère politique ni un caractère législatif.

[49] Le critère de l'esprit fermé a été appliqué par la Cour suprême, dans l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc.*, précité, à un conseiller municipal. Le conseiller municipal en question siégeait sur le conseil municipal relativement à une demande de modification de zonage pour permettre la mise en œuvre d'un projet immobilier. Avant la tenue des audiences publiques, le conseiller avait participé de façon personnelle à l'élaboration d'un projet d'aménagement et avait donné son approbation au projet dans des réunions privées du comité des finances. La Cour suprême a déterminé que le conseiller n'était pas préjugé au point de devenir inhabile à siéger sur le comité municipal, puisque rien n'indiquait qu'il avait pris une décision finale et irrévocable. La Cour a par ailleurs souligné le fait que le rôle de conseiller municipal était associé à un niveau inhérent de préjugé, et qu'il ne fallait pas imposer aux personnes occupant cette fonction une norme d'impartialité trop sévère, de manière à leur permette de remplir leurs fonctions.

[50] Dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co.*, la Cour suprême a appliqué deux normes différentes quant

apprehension of bias: the standard of reasonable apprehension of bias at the hearing stage, and the standard of the closed-mind standard at the investigative stage. In that case, the Supreme Court determined that a member of the Board of Commissioners of Public Utilities, a Board with a role in economic regulation, was disqualified from one matter because public comments that he made before as well as after the hearing raised a reasonable apprehension of bias.

[51] In this case, the apprehension of bias raised by the applicant was that of the Minister responsible for making a recommendation to the Governor General in Council as to whether an official appointed at pleasure should continue in office or be removed. The role of the Minister, in the removal of Mr. Pelletier, was in a specific context: first, the extent of the government's obligations toward the applicant was established in a judicial decision, i.e. the decision by Noël J. and second, the removal of Mr. Pelletier was not a removal without cause, but rather a removal justified by his misconduct, justifying the application of the strictest standard of procedural fairness, as stated by the Federal Court of Appeal. I would add that the role of the Minister, when he was deciding Mr. Pelletier's case, was not to elaborate general policies or legislative principles, but was to hear and weigh Mr. Pelletier's arguments.

[52] I therefore determine that, considering the specific nature of the task that the Minister had to achieve and the type of recommendation that he made, once the process had begun to have Mr. Pelletier removed from office, i.e. on November 21, 2005, the impartiality standard that applied to him was that of a reasonable apprehension of bias. This solution is similar to the one adopted by the Supreme Court in *Newfoundland Telephone Co.*, above, at pages 642-643.

[53] The respondent relied on *Woodley v. Yellowknife District No. 1* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 245 (N.W.T.S.C.), to try to minimize the substance of the Minister's duty to act fairly, specifically so that the less

à la crainte de partialité : la norme de la crainte raisonnable de partialité au stade de l'audience, et la norme de l'esprit fermé au stade de l'enquête. Dans ce cas, la Cour suprême a conclu qu'un membre de la « Board of Commissioners of Public Utilities », une commission jouant un rôle de régulation économique, était inhabile à siéger sur une affaire, au motif que des commentaires publics qu'il avait faits, tant avant que pendant l'audience, soulevaient une crainte raisonnable de partialité.

[51] En l'instance, la crainte de partialité soulevée par le demandeur est celle du ministre responsable de faire une recommandation à la gouverneure générale en conseil, quant au maintien ou à la révocation d'un fonctionnaire nommé à titre amovible. Le rôle du ministre, dans la destitution de M. Pelletier, s'inscrivait dans un contexte particulier : premièrement, la portée des obligations du gouvernement à l'endroit du demandeur a été établie par une décision judiciaire, soit celle du juge Noël; et deuxièmement, la destitution dont a fait l'objet M. Pelletier n'est pas une destitution sans cause, mais bien une destitution justifiée par l'inconduite de ce dernier, ce qui justifie l'application de la norme la plus élevée d'équité procédurale, comme l'a énoncé la Cour d'appel fédérale. J'ajoute que le rôle du ministre, alors qu'il se prononçait sur le cas de M. Pelletier, ne s'inscrivait pas le cadre de l'élaboration de politiques générales ou de principes d'ordre législatif, mais consistait à entendre et à soupeser les représentations de M. Pelletier.

[52] J'en arrive donc à la conclusion que, compte tenu de la nature particulière de la tâche que le ministre avait à accomplir et du type de recommandation qu'il a formulé, la norme d'impartialité à laquelle il était assujéti, une fois le processus visant à destituer M. Pelletier de ses fonctions enclenché, soit à partir du 21 novembre 2005, est celle de la crainte raisonnable de partialité. Cette solution s'apparente à celle adoptée par la Cour suprême dans *Newfoundland Telephone Co.*, précité, aux pages 642 et 643.

[53] Le défendeur a invoqué la décision *Woodley v. Yellowknife District No. 1* (2000), 22 Admin. L.R. (3d) 245 (C.S.T.N.-O.) pour tenter de minimiser le contenu du devoir d'agir équitablement du ministre, plus

stringent standard, that of closed mindedness, be applied to him. This decision does not apply to the matter at hand, given that the reasonable apprehension of bias raised by the applicant is based on circumstances involving events which occurred after the process of removing Mr. Pelletier had been initiated, and that Mr. Pelletier was then entitled to expect the Minister's conduct "would be such that it would not raise a reasonable apprehension of bias" (*Newfoundland Telephone Co.*, above, at page 643).

[54] The apprehension of bias raised by the applicant is founded on the following circumstances:

- Before he was Minister, Mr. Lapierre stated, referring to the applicant: [TRANSLATION] "we have to air our carpets" and "there are a few that we will be throwing out".

- Three days after Noël J. rendered his decision, i.e. on November 21, 2005, Minister Lapierre told Mr. Pelletier the grounds of misconduct that had been alleged against him by the government and informed him of his right to make submissions in writing;

- Later the same day, Minister Lapierre stated to the House of Commons that the reasons that existed in March 2004 to remove Mr. Pelletier from office were still valid and that, even if he had been sent a letter giving him the opportunity to be heard, it was obvious that the government had lost confidence in him.

[55] I believe that it is important to point out that the applicant, in his written submissions, raised the apprehension of bias in regard to Minister Lapierre, and he specifically referred to two of the Minister's statements supporting his apprehension. Indeed, at the very beginning of the meeting intended to allow Mr. Pelletier to make his oral submissions, the Minister gave details regarding the allegations of bias made by the applicant. I refer to the passages in question from the transcript:

particulièrement pour que la norme la moins sévère, soit celle de l'esprit fermé, lui soit appliquée. Cette décision ne trouve pas d'application en l'espèce, étant donné que les circonstances sur lesquelles s'appuie la crainte raisonnable de partialité soulevée par le demandeur consistent en des événements qui sont survenus après que le processus de destitution de M. Pelletier ait été enclenché, et que dès lors ce dernier était en droit de s'attendre à ce que la conduite du ministre soit « de nature à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité » (*Newfoundland Telephone Co.*, précité, à la page 643).

[54] Les circonstances sur lesquelles s'appuie la crainte de partialité soulevée par le demandeur sont les suivantes :

- Avant d'être ministre, M. Lapierre a déclaré en parlant du demandeur « qu'il fallait sortir nos tapis » et qu' « il y en a quelques-uns qu'on va mettre aux vidanges ».

- Trois jours après que n'ait été rendue la décision du juge Noël, soit le 21 novembre 2005, le ministre Lapierre a communiqué à M. Pelletier les motifs d'inconduite qui lui étaient reprochés par le gouvernement et l'a informé de son droit de faire des représentations écrites;

- Plus tard le même jour, le ministre Lapierre a déclaré à la Chambre des communes que les motifs qui existaient en mars 2004 pour destituer Pelletier étaient toujours valables et que, même si une lettre lui donnant l'opportunité d'être entendu avait été envoyée à ce dernier, il était évident qu'il avait perdu la confiance du gouvernement.

[55] J'estime important de souligner que le demandeur a, dans ses représentations écrites, soulevé la crainte de partialité qu'il entretenait à l'égard du ministre Lapierre, et qu'il a référé spécifiquement aux deux déclarations du ministre sur lesquelles se fondait sa crainte. Par ailleurs, au tout début de la rencontre visant à permettre à M. Pelletier de faire ses représentations orales, le ministre a fait des précisions sur les allégations de partialité faites par le demandeur. Je cite les passages en question de la transcription :

[TRANSLATION] First, thank you for responding to my letter and for being there this morning. I think that I would like to clarify, because when I read your letter referring to my speech in Granby, I must tell you in all sincerity that when I made this notorious speech, I had no idea what was going to happen to you or anything of the sort, since I was not a member of the government and I was there as a speaker-candidate who was not aware of anything.

I learned of your removal after the end of my speech. I don't want you to take it personally, because it was colourful expression, but I tell you that I truly had no idea because I was not privy to the information, I was simply a candidate, in no way a government member, on the road, addressing the crowd, but I had no idea and it is for that reason that if it may have been interpreted as attacking you directly, I know that was not really the case because I had no idea, I was referring to a big spring cleaning in general, without any individual in mind, because I had no idea what awaited you, I had no discussion with anyone.

I want to clarify because really, it was not my intention to hurt you personally and it was a general statement, colourful, but not concerning you directly. I had no idea at that time and I learned it when I left the room. There, the journalists who were in touch with the Canadian press and I don't know, that's where I heard about it. But I was not on the inside track and I wanted to clarify because that is not what I think of you.

Besides that, listen, I read your letter and it would be my pleasure to hear you out.

[56] As the Minister explained the statements made in the context of his speech in Granby, and as statements were made before he came into office, in my opinion they did not disqualify him from acting in Mr. Pelletier's case.

[57] The same cannot be said, however, about the statements made by the Minister to the House of Commons. I find it appropriate to refer once again to the relevant passage of the parliamentary debates:

**Mr. James Moore (Port Moody—Westwood—Port Coquitlam, CPC):** Mr. Speaker, although the reasons for doing so are obvious, the Prime Minister is incapable of

Tout d'abord merci d'avoir répondu à ma lettre et d'être là ce matin. Je pense qu'il y a une précision que je voudrais apporter, parce que quand j'ai pris connaissance de votre lettre, dans laquelle vous faites référence à mon discours à Granby, je dois vous dire sincèrement qu'au moment où j'ai fait ce fameux discours-là, je n'avais aucune idée du sort qui vous attendait ou quoi que ce soit, puisque je n'étais pas membre du gouvernement et j'étais là comme orateur candidat qui ne savait rien.

J'ai appris, après la fin de mes discours, votre renvoi. Et donc, je ne veux pas que vous preniez ça personnel, parce que c'était une expression imagée, mais je n'avais aucune idée franchement, vous dire, parce que je n'étais pas dans le secret des dieux, j'étais un simple candidat, aucunement membre du gouvernement et qui faisait de la route et qui haranguait les foules, mais je n'avais pas aucune idée et c'est pour ça si ça a pu être interprété comme étant vous attaquer directement, je sais que ce n'était pas vraiment le cas, parce que je n'avais aucune idée, je parlais d'un grand ménage printanier en général et sans penser à aucun individu, parce que je n'avais aucune idée de ce qui vous attendait, je n'avais eu aucune discussion avec qui que ce soit.

Je veux le préciser, parce que vraiment, ça n'a jamais été mon intention de vous blesser personnellement et c'était une expression générale, imagée, mais qui ne vous concernait pas directement. Je n'avais aucune idée à ce moment-là et je l'ai appris quand je suis sorti de la salle. Là, les journalistes qui étaient en contact avec la presse canadienne et je ne sais pas trop quoi et c'est là que je l'ai appris. Mais je n'étais pas dans le secret des dieux et je voulais le préciser, parce que ce n'est pas ce que je pense de vous.

En dehors de ça, bien écoutez, j'ai pris connaissance de votre lettre et ça me ferait plaisir de vous entendre.

[56] Dans la mesure où des explications ont été données par le ministre sur les déclarations faites dans le cadre de son discours à Granby, et où ces déclarations ont été faites avant son entrée en fonction, je suis d'avis qu'elles n'ont pas pour effet de le rendre inhabile à agir dans le dossier de Pelletier.

[57] Il n'en va toutefois pas de même des propos tenus par le ministre à la Chambre des communes. J'estime opportun de reproduire une fois de plus le passage pertinent des débats parlementaires :

**M. James Moore (Port Moody—Westwood—Port Coquitlam, PCC) :** Monsieur le Président, même lorsque les raisons sont évidentes, le premier ministre est incapable de

properly dismissing the key figures in the sponsorship scandal whom Justice Gomery has clearly fingered in his report. The Prime Minister had promised to clean house, yet we find him not even able to just dismiss Mr. Pelletier.

Will the Prime Minister force Jean Pelletier to step down from his duties at the head of VIA Rail, yes or no?

**Hon. Jean Lapierre (Minister of Transport, Lib.):** Mr. Speaker, the grounds on which Mr. Pelletier was dismissed in March 2004 are as valid as ever. That is why this morning I have initiated a process which will allow Mr. Pelletier to be heard and to provide us with reasons why he ought not to be dismissed on those grounds.

Obviously, Mr. Pelletier no longer has our confidence to chair the board at VIA Rail.

[58] This passage shows that there was a reasonable apprehension of bias, since it establishes that the Minister had no intention of changing his mind about the removal, even if the applicant was given the chance to make written submissions: he had lost confidence in Mr. Pelletier, speaking on behalf of the government then in place. I consider that these remarks, made on the very day that the Minister communicated with the applicant to inform him of his right to make his arguments in writing, would lead a reasonable and informed person to have a reasonable apprehension of bias.

[59] In addition to this statement, there is a very specific chronology to the events which led to the adoption of the second termination order: before Noël J.'s decision was definitive, namely three days after it had been rendered or the following Monday, the Minister initiated the process to have Mr. Pelletier removed once again; and the termination order had been adopted in the middle of the election campaign. The chronology of events as well as Minister Lapierre's reservation in the questions that he addressed to the applicant at the meeting of December 1, 2005, shows the Minister's willingness to quickly decide Mr. Pelletier's fate, and these are factors supporting the existence of a reasonable apprehension of bias. In absence of counter-evidence made by the respondent, in my view there is no basis to diminish Minister Lapierre's remarks

congédié correctement les principaux acteurs du scandale des commandites que le juge Gomery a clairement montrés du doigt dans son rapport. Le premier ministre avait pourtant promis de faire le ménage, mais on voit, dans le cas de M. Pelletier, que le premier ministre n'est même pas capable de le congédier tout simplement.

Le premier ministre forcera-t-il Jean Pelletier à quitter ses fonctions à la tête de VIA Rail, oui ou non ?

**L'hon. Jean Lapierre (ministre des Transports, Lib.):** Monsieur le Président, les motifs qui existaient en mars 2004 pour destituer M. Pelletier sont toujours valables. C'est pourquoi, ce matin, j'ai entamé un processus pour permettre à M. Pelletier d'être entendu quant aux raisons pour lesquelles il ne devrait pas être destitué pour ces motifs.

Or, il est évident que M. Pelletier n'a plus notre confiance pour présider le conseil de VIA Rail.

[58] Cet extrait démontre l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, puisqu'il établit que, même si la possibilité de faire des représentations était offerte au demandeur, le ministre n'avait pas l'intention de changer d'avis quant à sa révocation : il, parlant au nom du gouvernement en place, avait perdu confiance en M. Pelletier. Je considère que ces propos, tenus le jour même où le ministre a communiqué avec le demandeur pour l'informer de son droit de faire valoir ses prétentions par écrit, sont susceptibles de créer chez une personne raisonnable et bien renseignée une crainte de partialité.

[59] S'ajoute également à cette déclaration, la chronologie bien particulière des événements qui ont donné lieu à l'adoption du second décret de destitution : avant même que la décision du juge Noël ne soit définitive, soit trois jours après qu'elle ait été rendue ou le lundi suivant, le ministre a enclenché le processus pour destituer M. Pelletier de nouveau; et le décret de destitution a été adopté en pleine période électorale. La chronologie des événements de même que la réserve dont a fait preuve le ministre Lapierre dans les questions qu'il a adressées au demandeur lors de la rencontre du 1<sup>er</sup> décembre 2005, démontrent la volonté du ministre de décider rapidement du sort de M. Pelletier, et sont des facteurs qui appuient l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. En l'absence de contre-preuve faite par le défendeur, j'estime qu'il n'y a pas lieu

given the fact that they were made in the parliamentary chamber. I would add that no such argument was raised before me.

[60] On balance, in my view an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, considering the circumstances set out above, would find it more likely than not that the Minister's state of mind was not "disinterested in the outcome, and . . . open to persuasion by the evidence and submissions" (*R. v. S. (R.D.)*, above, at paragraph 104). I point out that the lack of counter-evidence filed by the respondent is also a factor that had been taken into consideration during the assessment of the Minister's bias.

[61] The reference in the order to the factors considered in making the decision was not enough to establish that the Minister was impartial when he recommended to the Governor General in Council that Mr. Pelletier be removed, or therefore to rebut the applicant's evidence of appearance of bias.

[62] For these reasons, it is my opinion that the Minister acted in a manner that created a reasonable apprehension of bias when he led Mr. Pelletier's case.

#### The duty to consult the Board of Directors

[63] Considering my finding regarding the Minister's bias, I need not deal with the other grounds raised by the applicant against the validity of the removal order. In the interest of being thorough, I nevertheless intend to examine the second ground raised, which bears on the Minister's duty to consult VIA Rail's Board of Directors before recommending the Chair's removal.

[64] In the case at bar, the applicant argued that the termination order is void and *ultra vires* because the appropriate procedure was not used in adopting it, i.e., in his opinion, the government should have consulted

d'amoindrir les propos du ministre Lapierre eu égard au fait qu'ils ont été tenus en chambre parlementaire. J'ajoute qu'un tel argument n'a pas été soulevé devant moi.

[60] Tout bien pesé, j'estime qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique croirait, compte tenu des circonstances identifiées ci-haut, selon toute vraisemblance que le ministre n'était pas dans un état d'esprit « désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis » (*R. c. S. (R.D.)*, précité, au paragraphe 104). Je précise que l'absence de contre-preuve présentée par le défendeur est également un facteur qui a été pris en considération lors de l'évaluation de la partialité du ministre.

[61] La mention dans le décret des éléments considérés lors de la prise de la décision ne suffit pas à établir que le ministre était impartial, lorsqu'il a recommandé à la gouverneure générale en conseil de destituer M. Pelletier, et donc à renverser la preuve d'apparence de partialité faite par le demandeur.

[62] Pour ces raisons, je suis d'avis que le ministre a, lorsqu'il a piloté le dossier de M. Pelletier, agi d'une façon qui suscite une crainte raisonnable de partialité.

#### L'obligation de consulter le conseil d'administration

[63] Compte tenu de ma conclusion quant à la partialité du ministre, il n'est pas nécessaire que je traite des autres motifs invoqués par le demandeur à l'encontre de la validité du second décret de la destitution. J'entends malgré tout, par souci de complétude, examiner le second motif soulevé, lequel porte sur l'obligation pour le ministre de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de recommander la destitution du président.

[64] En l'instance, le demandeur soulève que le décret de destitution est nul et *ultra vires* parce qu'il a été adopté sans que la procédure applicable n'ait été suivie, c'est-à-dire que, selon lui, le gouvernement aurait dû



VIA Rail's Board of Directors before terminating his appointment. This obligation exists based on the combination of subsection 105(6) of the Act and subsection 24(1) of the *Interpretation Act*. These provisions read as follows:

[*Financial Administration Act*, s. 105(4) (as am. by S.C. 2004, c. 16, s. 8)]

**105.** (1) Each director, other than an officer-director, of a parent Crown corporation shall be appointed by the appropriate Minister, with the approval of the Governor in Council, to hold office during pleasure for such term, not exceeding three years, as will ensure, as far as possible, the expiration in any one year of the terms of office of not more than one-half of the directors of the corporation.

(2) The majority of the directors of a parent Crown corporation are not to be officers or employees of the corporation or any of its affiliates.

(3) A director of a parent Crown corporation is eligible for re-appointment on the expiration of his term of office.

(4) Despite subsection (1), if a director of a parent Crown corporation is not appointed to take office on the expiration of the term of an incumbent director, other than an officer-director, the incumbent director continues in office until his or her successor is appointed.

(5) Each officer-director of a parent Crown corporation shall be appointed by the Governor in Council to hold office during pleasure for such term as the Governor in Council considers appropriate.

(6) Before an officer-director of a parent Crown corporation is appointed, the appropriate Minister shall consult the board of directors of the corporation with respect to the appointment.

[*Interpretation Act*]

**24.** (1) Words authorizing the appointment of a public officer to hold office during pleasure include, in the discretion of the authority in whom the power of appointment is vested, the power to

(a) terminate the appointment or remove or suspend the public officer;

(b) re-appoint or reinstate the public officer; and

(c) appoint another person in the stead of, or to act in the stead of, the public officer.

consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de mettre fin à sa nomination. Cette obligation résulterait de la combinaison du paragraphe 105(6) de la Loi et du paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation*. Ces dispositions se lisent comme suit :

[*Loi sur la gestion des finances publiques*, art. 105(4) (mod. par L.C. 2004, ch. 16, art. 8)]

**105.** (1) À l'exception des administrateurs-dirigeants, les administrateurs d'une société d'État mère sont nommés à titre amovible par le ministre de tutelle, avec l'approbation du gouverneur en conseil, pour des mandats respectifs de trois ans au maximum, ces mandats étant, dans la mesure du possible, échelonnés de manière que leur expiration au cours d'une même année touche au plus la moitié des administrateurs.

(2) La majorité des administrateurs d'une société d'État mère ne peut être constituée de dirigeants ou de salariés de la société ou d'une personne morale de son groupe.

(3) Le mandat des administrateurs d'une société d'État mère est renouvelable.

(4) Malgré le paragraphe (1), s'il n'est pas pourvu à leur succession, le mandat des administrateurs d'une société d'État mère, autres que les administrateurs-dirigeants, se prolonge jusqu'à la nomination de leur remplaçant.

(5) Les administrateurs-dirigeants d'une société d'État mère sont nommés à titre amovible par le gouverneur en conseil pour le mandat que celui-ci estime indiqué.

(6) Le ministre de tutelle consulte le conseil d'administration d'une société d'État mère avant que ses administrateurs-dirigeants ne soient nommés.

[*Loi d'interprétation*]

**24.** (1) Le pouvoir de nomination d'un fonctionnaire public à titre amovible comporte pour l'autorité qui en est investie les autres pouvoirs suivants :

a) celui de mettre fin à ses fonctions, de le révoquer ou de le suspendre;

b) celui de le nommer de nouveau ou de le réintégrer dans ses fonctions;

c) celui de nommer un remplaçant ou une autre personne chargée d'agir à sa place.

[65] Subsection 105(6) of the Act provides that the appropriate Minister must consult the board of directors of a Crown corporation before recommending the appointment of its Chair. The applicant argues in essence that, in so far as there is nothing provided in this Act regarding removal, we should refer to subsection 24(1) of the *Interpretation Act*. This provision provides that the power to appoint an officer at pleasure includes the power to suspend or remove the officer. The applicant adds that the removal power provided under the *Interpretation Act* is exercised according to the same terms as the appointment, i.e. after the appropriate Minister has consulted the board of directors, which was not done in this case.

[66] It appears to me that the issue of whether the appropriate Minister ought to have consulted VIA Rail's Board of Directors before making its recommendation on the termination of Mr. Pelletier's appointment depends on the scope and meaning of subsection 24(1) of the *Interpretation Act*. It seems that Canadian authors have not specifically addressed this issue, and the same can be said of the Canadian jurisprudence.

[67] The applicant referred this Court to *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 2690 (Sup. Ct.). In *Gill*, Madam Justice Nicole Duval Hesler, now at the Court of Appeal of Quebec, determined that when the Act is silent on the conditions for exercising the removal power, this power is exercised following the same rules as for the appointment. The Judge, in support of this finding, referred to the remarks of Pigeon J. in his book *Rédaction et interprétation des lois*, 3rd ed. I refer to page 2695 of this decision:

[TRANSLATION]

The laws (*Interpretation Act*, (R.S.Q., c. I-16, s. 55)) and the principles of interpretation entrenches the rule that "the right to appointment includes the right to be removed":

Accordingly, when we do not want removals to be subject to a rule different from the rule for appointments, there is nothing more to discuss (Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 3rd ed. Quebec: Publications du Québec, 1986, p. 35).

The Court finds that both a ministerial order (not deputy ministerial) and the approval of the Chief Justice of this Court

[65] Le paragraphe 105(6) de la Loi prévoit que le ministre de tutelle doit consulter le conseil d'administration d'une société d'État avant de recommander la nomination de son président. Le demandeur soutient essentiellement que, dans la mesure où rien n'est prévu dans cette loi quant à la destitution, il faut référer au paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation*. Cette disposition prévoit que le pouvoir de nommer un fonctionnaire à titre amovible comporte le pouvoir de le suspendre ou de le révoquer. Le demandeur ajoute que le pouvoir de révocation prévu dans la *Loi d'interprétation* s'exerce suivant les mêmes modalités que la nomination, soit après que le ministre de tutelle ait consulté le conseil d'administration, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

[66] Il m'apparaît que la question, à savoir si le ministre en tutelle devait consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de formuler sa recommandation sur la fin à la nomination de M. Pelletier, dépend de la portée et du sens du paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation*. Les auteurs canadiens ne semblent pas avoir traité spécifiquement de cette question, et il en va de même de la jurisprudence canadienne.

[67] Le demandeur réfère cette Cour à la décision *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 2690 (C.S.). Dans *Gill*, la juge Nicole Duval Hesler, maintenant à la Cour d'appel du Québec, a déterminé que, si la loi est muette sur les modalités d'exercice du pouvoir de destitution, l'exercice de ce pouvoir se fait suivant les mêmes règles que la nomination. La juge, au soutien de cette conclusion, cite les propos du juge Pigeon dans son traité *Rédaction et interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Je reproduis la page 2695 de cette décision :

Les lois (*Loi d'interprétation*) (L.R.Q., ch. I-16, art. 55) et principes d'interprétation consacrent la règle selon laquelle « le droit de nomination comporte celui de destitution » :

Par conséquent, lorsque l'on ne veut pas que la destitution soit assujettie à une règle différente de celle de la nomination, il n'est pas nécessaire d'en parler (Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Québec : Publications du Québec, 1986, P. 35).

Le tribunal en conclut qu'à la fois un arrêté ministériel (et non sous-ministériel) et l'assentiment du juge en chef de cette

are required to remove Mr. Gill from his duties as special clerk of the Superior Court for the district of Terrebonne. It therefore follows that this removal cannot be operative without applying to the Chief Justice of the Superior Court to remove his appointment (*Pellerin, supra*, note 3, 930).

[68] It should be noted that in *Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (Sup. Ct.), Mr. Justice Pierre J. Dalfond, now sitting on the court of Appeal of Quebec, followed Duval Hesler J.'s decision.

[69] While I am not formally bound by the decision of the Superior Court of Quebec, there is nothing to prevent me from applying a similar solution in this case, since the parallel reading of subsections 55(1) of Quebec's *Interpretation Act* and 24(1) of the Canadian *Interpretation Act* establishes the similarity of both pieces of legislations on this issue. Section 55 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, reads in essence as follows:

55. The right of appointment to an employment or office shall involve that of removal therefrom.

[70] The respondent's argument on this point of law consists essentially in saying that the applicant's interpretation adds a condition to the Act, while the text is clear and fully expresses what the legislator intended to express. The respondent also argued that, when Parliament wants to require that a removal be effected on the recommendation of another body, it specifically states as such, as is the case under section 16 of the *National Film Act*, R.S.C., 1985, c. N-8 and under subsection 31(4) of the *Interpretation Act*.

[71] I carefully reviewed these arguments and determined that they cannot be accepted in this case.

[72] In fact, I am of the opinion that the interpretation submitted by the respondent is inconsistent with the approach adopted by the Supreme Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, from which I refer to paragraph 21:

cour sont requis pour destituer M<sup>c</sup> Gill de ses fonctions de greffière spéciale de la Cour supérieure pour le district de Terrebonne. Il s'ensuit donc que cette destitution ne peut s'opérer sans une demande de révocation de sa nomination au juge en chef de la Cour supérieure (*Pellerin, supra*, note 3, 930).

[68] Il convient de mentionner que la décision de la juge Duval Hesler a été suivie par le juge Pierre J. Dalfond, lequel siège maintenant à la Cour d'appel du Québec, dans la décision *Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (C.S.).

[69] Quoique je ne sois pas formellement lié par les décisions de la Cour supérieure du Québec, rien ne s'oppose à ce que j'applique dans la présente instance une solution semblable, puisque la lecture parallèle des paragraphes 55(1) de la *Loi d'interprétation* québécoise et 24(1) de la *Loi d'interprétation* canadienne établit la similitude des deux législations sur cette question. L'article 55 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16 se lit effectivement comme suit :

55. Le droit de nomination à un emploi ou fonction comporte celui de destitution.

[70] L'argumentation du défendeur sur ce point de droit consiste essentiellement à dire que l'interprétation du demandeur ajoute une condition à la Loi, alors que le texte est clair et exprime complètement ce que le législateur entendait y exprimer. Le défendeur a également prétendu que, lorsque le Parlement veut exiger que la révocation se fasse sur recommandation d'un autre organisme, il l'édicte spécifiquement comme c'est le cas à l'article 16 de la *Loi sur le cinéma*, L.R.C. (1985), ch. N-8 et au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*.

[71] J'ai examiné avec attention ces arguments et je conclus qu'ils ne peuvent pas être retenus en l'espèce.

[72] En effet, je suis d'avis que l'interprétation soumise par le défendeur est en désaccord avec l'approche adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, dont je cite le paragraphe 21 :

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [Emphasis added.]

[73] First, it is difficult to argue that the text of section 105 of the Act is clear, with regard to removal, since there is no reference to it, and that is indeed the reason why it is necessary to refer to the principles provided under the *Interpretation Act*. Second, the interpretation proposed by the respondent indicates that, regardless of the rules prescribed by the law to appoint an officer, it is possible to remove him without following any determined procedure. Finally, the fact that the legislator thought it proper to specify in the *National Film Act* and in the *Interpretation Act* that the conditions for removal of officers and repealing regulations were the same as the applicable conditions for appointing and adopting, does not have the effect of undermining the general principle that, absent indications to the contrary, the removal is accomplished by following the same procedure as for the appointment. In my view, the legislator specified as such as a matter of caution. I would add that the *Interpretation Act* is a law of general application whose scope must not be unduly limited.

[74] In my view, the interpretation suggested by Pigeon J. is quite consistent with Parliament’s intention and the purpose of subsection 105(6) of the Act. Indeed, it seems logical to me that VIA Rail’s Board of Directors be consulted by the appropriate Minister, since the Minister is in a position to inform the government on the impact of the removal of its Chair on the Crown corporation’s management. It is also of note that VIA Rail was established as a Crown corporation to give it a

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994) (ci-après « *Construction of Statutes* »); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

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

[73] Tout d’abord, il est difficile de prétendre que le texte de l’article 105 de la Loi est clair, en ce qui a trait à la destitution, puisqu’aucune référence n’y est faite, et c’est d’ailleurs la raison pour laquelle il est nécessaire de recourir aux principes prévus dans la *Loi d’interprétation*. Ensuite, l’interprétation proposée par le défendeur signifie que, peu importe les règles prescrites par la loi pour procéder à la nomination d’un fonctionnaire, il est possible de le destituer sans suivre aucune procédure déterminée. Finalement, le fait que le législateur ait cru bon de préciser dans la *Loi sur le cinéma* et dans la *Loi d’interprétation* que les modalités de destitution des fonctionnaires et d’abrogation des règlements étaient les mêmes que les modalités applicables à la nomination et à l’adoption, n’a pas pour effet de détruire le principe général selon lequel, en l’absence d’indication contraire, la destitution se fait en suivant la même procédure que la nomination. J’estime que c’est par prudence que ces précisions ont été apportées par le législateur. J’ajoute que la *Loi d’interprétation* est une loi d’application générale dont il ne faut pas restreindre indûment la portée.

[74] J’estime que l’interprétation suggérée par l’ancien juge Pigeon s’harmonise bien avec l’intention du législateur et l’objectif de l’article 105(6) de la Loi. Il m’apparaît effectivement logique que le conseil d’administration de VIA Rail soit consulté par le ministre en tutelle, puisque ce dernier est à même d’éclairer le gouvernement sur l’impact de la destitution de son président sur la gestion de la société d’État. Il faut par ailleurs se rappeler que VIA Rail a été constitué

certain independence from the government, and one of the factors that makes it possible to preserve this independence is the process of consulting the Board of Directors when appointing and removing its Chair.

[75] Therefore, the failure to respect the procedures provided by law to adopt the second termination order affects its validity. This consultation was a condition precedent to the Minister exercising his power to recommend and therefore to the adoption of the Order in Council. I would point out that the Minister's obligation to consult VIA Rail's Board of Directors before removing the Chair is not a very onerous burden, in so far as he is not at all bound by the wishes of the Board of Directors.

[76] For these reasons, the application for judicial review is allowed.

#### 4. Conclusion

[77] The Governor General in Council had the duty to act fairly, which implies that the applicant was entitled to impartiality. Considering the significant role that it plays, this procedural guarantee extends to the minister responsible for making a Cabinet recommendation with regard to continuing or terminating the appointment of an officer appointed at pleasure, as is the case with Mr. Pelletier. The Minister had to act impartially, i.e. in a manner that did not raise any reasonable apprehension of bias, which was not the case in this matter. Indeed, the Minister should have consulted VIA Rail's Board of Directors before recommending the removal of its Chair, Mr. Pelletier.

[78] Accordingly, I would allow the application for judicial review and order that the termination order be set aside. I need not declare that the order of appointment remain in effect, as the applicant has requested, since this order was not subsequently validly amended or set aside.

sous la forme d'une société d'État pour lui assurer une certaine indépendance par rapport au gouvernement, et qu'un des éléments qui permet de préserver cette indépendance est le processus de consultation du conseil d'administration au moment de la nomination et de la destitution de son président.

[75] Ainsi, le défaut d'avoir respecté les procédures prévues par la loi pour l'adoption du second décret de destitution affecte la validité de ce dernier. Cette consultation était une condition préalable à l'exercice du pouvoir de recommandation du ministre et donc à l'adoption du décret. Je tiens à préciser que l'obligation pour le ministre de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant d'en destituer le président ne constitue pas un bien lourd fardeau, dans la mesure où il n'est aucunement lié par la volonté du conseil d'adminis-tration.

[76] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

#### 4. Conclusion

[77] La gouverneure générale en conseil avait l'obligation d'agir équitablement, ce qui implique que le demandeur avait droit à l'impartialité. Cette garantie procédurale s'étend, compte tenu du rôle significatif qu'il joue, au ministre chargé de faire une recommandation au Conseil des ministres quant au maintien ou à la révocation de la nomination d'un fonctionnaire nommé à titre amovible, comme c'est le cas pour M. Pelletier. Le ministre se devait d'agir de façon impartiale, c'est-à-dire d'une façon qui ne soulève aucune crainte raisonnable de partialité, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Par ailleurs, le ministre aurait dû consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de recommander la destitution de son président, M. Pelletier.

[78] En conséquence, j'accueille la demande de révision judiciaire et ordonne l'annulation du décret de destitution. Il n'est pas nécessaire que je déclare en vigueur le décret de nomination, comme le requiert le demandeur, car ce décret n'a pas été subséquemment valablement modifié ou annulé.

[79] I award costs to the applicant. He asked that costs be awarded to him on a solicitor-client basis. Such costs are awarded where “there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties” (*Baker*, above, at paragraph 77). Like Pelletier J.A., in my opinion there is no evidence of such conduct in this matter.

[80] That said, given the result of the case, as well as the importance and the complexity of the issues, I award costs on a party and party basis, assessed in accordance with Column V of Tariff B [as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32] of the *Federal Courts Rules*.

#### JUDGMENT

This Court orders that Order in Council P.C. 2005-2341 be set aside, with costs assessed in accordance with Column V of Tariff B of the *Federal Courts Rules*.

#### APPENDIX

##### P.C. 2005-2341

Whereas, by Order in Council P.C. 2001-1294 of July 31, 2001, Jean Pelletier was appointed Chairman of the board of directors of VIA Rail Canada Inc., effective September 1, 2001, to hold office during pleasure for a term of five years;

Whereas on February 26, 2004, the newspaper *La Presse* published an account of an interview with Jean Pelletier, in which he made certain declarations with respect to Myriam Bédard;

Whereas at the time of the declarations, Jean Pelletier was the Chairman of the board of directors of VIA Rail Canada Inc.;

Whereas the declarations were made at a time when the government was encouraging Canadians having any information respecting the sponsorship program to come forward and collaborate with the Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities;

Whereas, on November 18, 2005, the Federal Court ordered that the Order in Council P.C. 2004-158 of March 1, 2004 be set aside and that Jean Pelletier’s case be referred back to the Governor General in Council;

[79] J’accorde les dépens au demandeur. Ce dernier a demandé que les dépens soient adjugés en sa faveur sur une base avocat-client. De tels dépens sont accordés lorsqu’« il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d’une des parties » (*Baker*, précité, au paragraphe 77). À l’instar du juge Pelletier, je suis d’avis que la preuve d’une telle conduite n’a pas été faite en l’instance.

[80] Ceci dit, compte tenu du résultat de l’instance et de l’importance et de la complexité des questions en litige, j’adjuge les dépens sur la base partie-partie, taxés en conformité avec la colonne V du tableau du tarif B [mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32] des *Règles des Cours fédérales*.

#### JUGEMENT

Cette Cour ordonne l’annulation du décret C.P. 2005-2341 avec dépens, taxés en conformité avec la colonne V du tableau du tarif B des *Règles des Cours fédérales*.

#### ANNEXE

##### C.P. 2005-2341

Attendu que Jean Pelletier a été nommé président du conseil d’administration de VIA Rail Canada Inc., à titre amovible, par le décret C.P. 2001-1294 du 31 juillet 2001, pour une période de cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2001;

Attendu que le 26 février 2004, le quotidien *La Presse* a publié le compte rendu d’une entrevue avec Jean Pelletier dans laquelle il a fait certaines déclarations au sujet de Myriam Bédard;

Attendu qu’au moment de faire ces déclarations Jean Pelletier était le président du conseil d’administration de VIA Rail Canada Inc.;

Attendu que ces déclarations ont été faites alors que le gouvernement encourageait les Canadiens qui détenaient de l’information au sujet du programme des commandites à se manifester et à collaborer avec la Commission d’enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires;

Attendu que, le 18 novembre 2005, la Cour fédérale a ordonné l’annulation du décret C.P. 2004-158 du 1<sup>er</sup> mars 2004 et que le dossier de Jean Pelletier soit retourné à la gouverneure générale en conseil;

Whereas, by letter dated November 21, 2005, the Minister of Transport invited Jean Pelletier to make submissions in writing as to why his appointment as Chairman of the board of directors of VIA Rail Canada Inc. should not be terminated;

Whereas Jean Pelletier made submissions to the Minister of Transport in writing on November 30, 2005, and orally on December 1, 2005;

Whereas the Governor in Council has considered

- (a) the *La Presse* newspaper article of February 26, 2004, and a transcript of the interview that led to it;
- (b) the letter dated November 21, 2005 from the Minister of Transport to Jean Pelletier;
- (c) the written submissions by or on behalf of Jean Pelletier received on November 30, 2005;
- (d) the Report of the Independent Inquiry Officer Michel G. Picher respecting the Departure of Myriam Bédard, of April 8, 2004, submitted by Jean Pelletier on December 1, 2005; and
- (e) a transcript of the oral submissions made by or on behalf Jean Pelletier on December 1, 2005;

And whereas the Governor in Council has lost confidence in Jean Pelletier as Chairman of the board of directors of VIA Rail Canada Inc.;

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport, pursuant to subsection 105(5) of the *Financial Administration Act*, hereby terminates the appointment of Jean Pelletier as Chairman of the board of directors of VIA Rail Canada Inc., made by Order in Council P.C. 2001-1294 on July 31, 2001.

Attendu que, par lettre datée du 21 novembre 2005, le ministre des Transports a invité Jean Pelletier à lui présenter par écrit les raisons pour lesquelles il ne conviendrait pas de mettre fin à sa nomination à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc.;

Attendu que Jean Pelletier a présenté ses observations au ministre des Transports par écrit le 30 novembre 2005 et de vive voix le 1<sup>er</sup> décembre 2005;

Attendu que la gouverneure générale en conseil a tenu compte :

- a) de l'article du journal *La Presse* du 26 février 2004 et d'une transcription de l'entrevue qui en est le sujet;
- b) la lettre datée du 21 novembre 2005 du ministre des Transports à Jean Pelletier;
- c) des observations écrites par Jean Pelletier, ou pour son compte, et reçus le 30 novembre 2005;
- d) le rapport de l'enquêteur indépendant Michel G. Picher au sujet du départ de Myriam Bédard, du 8 avril 2004, soumis par Jean Pelletier le 1<sup>er</sup> décembre, 2005;
- e) d'une transcription des observations orales faites par Jean Pelletier ou pour son compte, le 1<sup>er</sup> décembre 2005;

Attendu que la gouverneure en conseil a perdu confiance en Jean Pelletier à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc.;

À ces causes, sur recommandation du ministre des Transports et en vertu du paragraphe 105(5) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil met fin à la nomination de Jean Pelletier à titre de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc., faite par le décret C.P. 2001-1294 du 31 juillet 2001.

A-314-06  
2007 FCA 134

A-314-06  
2007 CAF 134

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

v.

**Christopher Prins** (*Respondent*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PRINS (F.C.A.)*

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Ryer JJ.A.—Edmonton, March 13; Ottawa, April 3, 2007.

*Employment Insurance — Apprentice applying for employment insurance benefits commencing same day as second year of approved apprenticeship program — Also same day employer's business re-opening after holiday closure — Whether apprentice subject to two-week waiting period under Employment Insurance Act, s. 13 — Background, objectives of s. 39.1 reviewed — Conflicting decisions concerning application of s. 39.1 — Conditions for waiver under s. 39.1 met: respondent attending mandatory course in apprenticeship program; stopped working when work resumed in order to take course; already serving waiting period for course part of same program — Legislative intent respected.*

This was an application for judicial review of an Umpire's dismissal of an appeal from a Board of Referees' decision that the respondent was entitled to benefits. The respondent worked from December 27, 2003 to December 24, 2004. On December 27, 2004 he applied for employment insurance benefits, giving as the reason for the cessation of employment on his claim that he was attending the second year of a woodworking training course at the Northern Alberta Institute of Technology, an apprenticeship program approved by the Canada Employment Insurance Commission. However, the employer had temporarily closed shop for the holidays from December 24 to January 3. The Commission refused to pay benefits for a two-week waiting period pursuant to the *Employment Insurance Act*, sections 13 and 25 and *Employment Insurance Regulations*, paragraph 39.1(b), holding that the reason for the cessation of employment was the business closure. This decision was overturned by the Board of Referees. The Umpire upheld the Board of Referees, holding that the cessation of employment was due to the return to the training program. The respondent had already served a

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

c.

**Christopher Prins** (*défendeur*)

*RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PRINS (C.A.F.)*

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Ryer, J.C.A.—Edmonton, 13 mars; Ottawa, 3 avril 2007.

*Assurance-emploi — Un apprenti a présenté une demande pour recevoir des bénéfices d'assurance-chômage à compter du jour où commençait aussi la deuxième année de son programme d'apprentissage approuvé — L'entreprise de l'employeur rouvrait aussi le même jour après le congé des fêtes — Il s'agissait de savoir si l'apprenti était assujéti au délai de carence de deux semaines prévu à l'art. 13 de la Loi sur l'assurance-emploi — Examen de la genèse et des objectifs de l'art. 39.1 — Décisions contradictoires relatives à l'application de l'art. 39.1 — Les conditions applicables à la suppression prévue à l'art. 39.1 ont été remplies : le défendeur a suivi un cours obligatoire dans le cadre d'un programme d'apprentissage; il a cessé de travailler lorsque le travail a repris pour suivre ce cours; il a déjà purgé un délai de carence pour un cours faisant partie du même programme — L'intention législative a été respectée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du rejet, par un juge-arbitre, de l'appel intenté à l'encontre de la décision du conseil arbitral portant que le défendeur avait droit à des prestations. Le défendeur a travaillé du 27 décembre 2003 au 24 décembre 2004. Le 27 décembre 2004, il a présenté une demande pour recevoir des bénéfices d'assurance-chômage, indiquant comme motif de cessation d'emploi qu'il poursuivait sa deuxième année d'un cours de formation en menuiserie à l'Institut de Technologie du Nord de l'Alberta, programme d'apprentissage approuvé par la Commission de l'assurance-emploi du Canada. Cependant, l'employeur avait temporairement fermé boutique pour la période des fêtes, soit du 24 décembre au 3 janvier. La Commission a refusé le paiement de prestations pour une période de deux semaines en application des articles 13 et 25 de la *Loi sur l'assurance-emploi* et de l'alinéa 39.1b) du *Règlement sur l'assurance-emploi* (le Règlement), affirmant que le motif de cessation d'emploi était la fermeture de l'entreprise. Le conseil arbitral a infirmé cette décision. Le juge-arbitre a confirmé la décision du conseil arbitral,



waiting period in January 2004, and the training course in January 2005 was part of the same training program.

The issue was whether the two-week waiting period under section 13 was waived under section 39.1 of the Regulations.

*Held*, the application should be dismissed.

The application of section 39.1 has led to conflicting conclusions that are not necessarily reconcilable.

The waiting period is similar in nature to the deductible in a private insurance contract. It eliminates claims for very brief periods of unemployment, which Parliament thinks workers should be able to assume by themselves. It also allows for effective verification of a claim for benefits to determine whether a person is really unemployed or was just laid off for a few days. However it would also be a disincentive to enroll in an apprenticeship program lasting more than one period or session if an apprentice would have to repeatedly serve a waiting period. Labour shortages in specialized trades required corrective measures. Section 39.1 should therefore not be interpreted so restrictively as to strip it of its purpose and deprive it of its benefits.

The three conditions for the application of section 39.1 are that: (1) the claimant must be attending a required course in an apprenticeship program; (2) he must have stopped working in order to take this course; and (3) he must have already served a waiting period for a course that is part of the same apprenticeship program. On January 4, the respondent was at the training school, attending a course which was a mandatory part of his apprenticeship program. He stopped working when work resumed at his employer's business because he was attending a course that was a mandatory part of his apprenticeship program. The third condition was not an issue. The respondent met the three conditions of section 39.1 and qualified for a waiver of the waiting period. The Umpire's conclusion respected legislative intent and promoted the desired objectives.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 13, 25 (as am. by S.C. 1997, c. 26, s. 88; 1999, c. 31, s. 76(F)).  
*Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, s. 39.1 (as enacted by SOR/2002-280, s. 1).

soutenant que le motif de cessation d'emploi était le retour au programme de formation. Le défendeur avait déjà purgé un délai de carence en janvier 2004 et le cours de formation de janvier 2005 faisait partie du même programme.

La question en litige était celle de savoir si le délai de carence de deux semaines prévu à l'article 13 a été supprimé en vertu de l'article 39.1 du Règlement.

*Arrêt* : la demande doit être rejetée.

L'application de l'article 39.1 a débouché sur des conclusions différentes qui ne sont pas nécessairement réconciliables.

Le délai de carence est d'une nature semblable à la franchise d'un contrat d'assurance privé. Il permet d'éliminer les demandes portant sur des périodes de chômage très courtes que le législateur estime chaque travailleur être en mesure d'assumer seul. Il permet également une vérification efficace des demandes de prestations afin de déterminer si une personne est réellement en chômage ou si elle n'a été mise à pied que pour quelques jours. Cependant, l'application répétitive du délai de carence à l'apprenti qui suit un cours de formation sur plus d'une période ou session aurait un effet dissuasif sur les inscriptions aux programmes d'apprentissage. La pénurie de main-d'œuvre dans des métiers spécialisés a entraîné des mesures correctrices. Il ne faudrait donc pas interpréter l'article 39.1 si restrictivement qu'il serait dépouillé de son objet et privé de ses effets bénéfiques.

Les trois conditions d'application de l'article 39.1 sont les suivantes : 1) le prestataire doit suivre un cours obligatoire d'un programme d'apprentissage; 2) il doit avoir cessé de travailler pour suivre ce cours; et 3) il doit avoir déjà purgé un délai de carence pour un cours faisant partie du même programme d'apprentissage. Le 4 janvier, le défendeur était à l'école de formation où il suivait un cours qui était une partie obligatoire de son programme d'apprentissage. Il a cessé de travailler lorsque le travail a repris chez son employeur parce qu'il suivait un cours qui était une partie obligatoire de son programme d'apprentissage. La troisième condition n'était pas en cause. Le défendeur rencontrait les trois conditions de l'article 39.1 et il se qualifiait pour la suppression du délai de carence. La décision du juge-arbitre respectait l'intention législative et favorisait la poursuite des objectifs désirés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 13, 25 (mod. par L.C. 1997, ch. 26, art. 88; 1999, ch. 31, art. 76(F)).  
*Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, art. 39.1 (édicte par DORS/2002-280, art. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Wiens (Re)* (2006), CUB 65967; *Jevne (Re)* (2005), CUB 64242; *McKenzie (Re)* (2005), CUB 64468; *Turcotte (Re)* (2006), CUB 66592; *Zimmer (Re)* (2005), CUB 64365.

## AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2002.II.1821.

APPLICATION for judicial review of an Umpire's decision that the respondent who had stopped work in December in order to attend the second year of an approved apprenticeship program which commenced in January was not subject to the two-week waiting period under *Employment Insurance Act*, section 13 simply because the employer had closed shop for the holidays (*Prins (Re)* (2006), CUB 65963). Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Mark Heseltine* for applicant.  
Christopher Prins on his own behalf.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Is the respondent in the instant case, who is enrolled in an approved apprenticeship program, subject to the waiting period under section 13 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (Act), or is this waiting period waived for him under section 39.1 [as enacted by SOR/2002-280, s. 1] of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332 (Regulations)? The waiting period is a two-week period during which time a claimant is not eligible for employment insurance benefits.

[2] This is the issue before us. It is obviously important to the respondent in this case, but it is also

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Wiens (Re)* (2006), CUB 65967; *Jevne (Re)* (2005), CUB 64242; *McKenzie (Re)* (2005), CUB 64468; *Turcotte (Re)* (2006), CUB 66592; *Zimmer (Re)* (2005), CUB 64365.

## DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2002.II.1821.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre portant que le défendeur, qui avait cessé de travailler en décembre pour poursuivre sa deuxième année d'un programme d'apprentissage approuvé qui commençait en janvier, n'était pas assujéti au délai de carence de deux semaines prévu à l'article 13 de la *Loi sur l'assurance-emploi* du simple fait que l'employeur avait fermé boutique pendant les fêtes (*Prins (Re)* (2006), CUB 65963). Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Mark Heseltine* pour le demandeur.  
Christopher Prins pour son propre compte.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Le défendeur en l'espèce, inscrit à un programme d'apprentissage approuvé, est-il soumis au délai de carence de l'article 13 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (Loi) ou bénéficie-t-il plutôt de la suppression de ce délai prévue à l'article 39.1 [édicte par DORS/2002-280, art. 1] du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (Règlement)? Le délai de carence est un délai de deux semaines pendant lesquelles un prestataire n'est pas admissible aux prestations de l'assurance-emploi.

[2] Voilà la question qui nous est soumise. Elle est importante bien évidemment pour le défendeur dans la

important for the fair application of the Act because it has given rise to conflicting decisions which I will come back to.

[3] In the course of these reasons, I will on occasion use the term “apprentice”, used in the Regulations, to describe the status of the respondent and of those who, like him, are enrolled in the apprenticeship programs approved by the Canada Employment Insurance Commission (Commission).

[4] For a better understanding of the problem raised by the application for judicial review before us, it is important at this juncture to reproduce the relevant provisions of the Act and Regulations. I have already referred to sections 13 and 39.1. I must also add section 25 [as am. by S.C. 1997, c. 26, s. 88; 1999, c. 31, s. 76(F)] of the Act, which creates, as it were, a presumption of status for a claimant who, like the respondent in question, is attending a training course to which he has been referred by the Commission. He is then deemed to be unemployed and capable of and available for work, which allows him to meet the eligibility criteria for benefits under the Act:

#### Act

13. A claimant is not entitled to be paid benefits in a benefit period until, after the beginning of the benefit period, the claimant has served a two week waiting period that begins with a week of unemployment for which benefits would otherwise be payable.

...

25. (1) For the purposes of this Part, a claimant is unemployed and capable of and available for work during a period when the claimant is

(a) attending a course or program of instruction or training at the claimant’s own expense, or under employment benefits or similar benefits that are the subject of an agreement under section 63, to which the Commission, or an authority that the Commission designates, has referred the claimant; or

(b) participating in any other employment activity

présente affaire. Mais elle est aussi importante pour une application équitable de la Loi car elle a donné lieu à des décisions contradictoires sur lesquelles je reviendrai.

[3] Au cours des présents motifs, j’utiliserai à l’occasion le terme « apprenti », consacré par la réglementation, pour décrire le statut du défendeur et ceux qui, comme lui, sont inscrits aux programmes d’apprentissage approuvés par la Commission de l’assurance-emploi du Canada (Commission).

[4] Pour une meilleure compréhension de la problématique soulevée par la demande de contrôle judiciaire dont nous sommes saisis, il est important, d’ores et déjà, de reproduire les dispositions pertinentes de la Loi et du Règlement. J’ai déjà évoqué les articles 13 et 39.1. Il me faut également ajouter l’article 25 [mod. par L.C. 1997, ch. 26, art. 88; 1999, ch. 31, art. 76(F)] de la Loi qui crée, en quelque sorte, une présomption de statut pour un prestataire qui, comme le défendeur en cause, suit un cours de formation vers lequel il a été dirigé par la Commission. Il est alors présumé être en chômage, capable de travailler et disponible à cette fin, ce qui lui permet de rencontrer les critères d’admissibilité aux bénéfices de la Loi :

#### Loi

13. Au cours d’une période de prestations, le prestataire n’est pas admissible au bénéfice des prestations tant qu’il ne s’est pas écoulé, à la suite de l’ouverture de cette période de prestations, un délai de carence de deux semaines qui débute par une semaine de chômage pour laquelle des prestations devraient sans cela être versées.

[...]

25. (1) Pour l’application de la présente partie, un prestataire est en chômage, capable de travailler et disponible à cette fin durant toute période où :

a) il suit, à ses frais ou dans le cadre d’une prestation d’emploi ou d’une prestation similaire faisant l’objet d’un accord visé à l’article 63, un cours ou programme d’instruction ou de formation vers lequel il a été dirigé par la Commission ou l’autorité qu’elle peut désigner;

b) il participe à toute autre activité d’emploi pour laquelle il reçoit de l’aide dans le cadre d’une prestation d’emploi

(i) for which assistance has been provided for the claimant under prescribed employment benefits or benefits that are the subject of an agreement under section 63 and are similar to the prescribed employment benefits, and

(ii) to which the Commission, or an authority that the Commission designates, has referred the claimant.

(2) A decision of the Commission about the referral of a claimant to a course, program or other employment activity mentioned in subsection (1) is not subject to appeal under section 114 or 115. [Emphasis added.]

### Regulations

#### *Waiving of the Waiting Period for Apprentices*

**39.1** The waiting period shall be waived if the following conditions are met:

(a) the claimant is attending a course that is a required part of an apprenticeship program and to which they are referred pursuant to paragraph 25(1)(a) of the Act;

(b) the claimant has ceased working for the reason described in paragraph (a); and

(c) the claimant has, after the coming into force of this section, served a waiting period in respect of a course that is a required part of the same apprenticeship program. [Emphasis added.]

[5] I hasten to emphasize the use of the present tense in sections 25 and 39.1. The English wording, “is attending”, which is rendered in French by “*il suit*”, is even more suggestive of the fact that the action is present, as opposed to being in the past or the future (i.e., he attended or will attend), so that the conditions required for a claimant to receive the benefits provided by these two provisions can materialize. As we will see, the solution to the instant case rests on the interpretation of the terms employed by Parliament.

### The facts and the procedure

[6] The facts are not in issue. The respondent worked for Keltic Building Ltd. for the period from December 27, 2003 to December 24, 2004. In January 2005, more specifically, on January 4, he enrolled in the second year of a woodworking training course at the Northern

prévue par règlement ou d’une prestation similaire faisant l’objet d’un accord visé à l’article 63 et vers laquelle il a été dirigé par la Commission ou l’autorité qu’elle peut désigner.

(2) Aucune décision de diriger ou de ne pas diriger un prestataire vers un cours, un programme ou quelque autre activité visés au paragraphe (1) n’est susceptible d’appel au titre des articles 114 ou 115. [Je souligne.]

### Règlement

#### *Suppression du délai de carence*

**39.1** Le délai de carence d’un prestataire est supprimé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) le prestataire suit un cours qui est une partie obligatoire d’un programme d’apprentissage vers lequel il a été dirigé conformément à l’alinéa 25(1)a) de la Loi;

b) il a cessé de travailler pour la raison indiquée à l’alinéa a);

c) il a, après l’entrée en vigueur du présent article, purgé un délai de carence relativement à un cours faisant partie du même programme d’apprentissage. [Je souligne.]

[5] Je m’empresse de souligner l’usage du temps présent dans les articles 25 et 39.1. Le texte anglais « *is attending* », rendu en français par « *il suit* », est encore plus évocateur de l’actualité du geste, par opposition à un geste passé ou futur (i.e. il a suivi ou suivra), pour que se matérialisent les conditions requises pour qu’un prestataire puisse bénéficier des avantages que procurent ces deux dispositions. Comme on pourra le voir ci-après, la solution au présent litige repose sur l’interprétation à donner à ces termes employés par le législateur.

### Les faits et la procédure

[6] Les faits ne sont pas en litige. Le défendeur travaillait pour la compagnie Keltic Building Ltd. pour la période du 27 décembre 2003 au 24 décembre 2004. En janvier 2005, soit plus précisément le 4, il s’inscrivait à la deuxième année d’un cours de formation

Alberta Institute of Technology. On December 27, 2004, he applied for employment insurance benefits, beginning on January 4, 2005. On his claim, he gave, as the reason for the cessation of employment, the fact that he was attending the second year of training in the program already approved by the Commission: see applicant's file at page 22. This is also what the employer indicated on his record of employment: *ibid.*, at page 26.

[7] However, it happened that the employer temporarily closed shop for the holidays, from December 24, 2004 to January 3, 2005. The respondent, like his co-workers, found himself without employment for this brief period of time.

[8] Pursuant to sections 13 and 25 of the Act and paragraph 39.1(b) of the Regulations, the Commission refused to pay benefits for a two-week period corresponding to the waiting period under the Act. It said that, in its opinion, the exception provided for in section 39.1 of the Regulations did not apply since there was a failure to comply with the condition provided for in paragraph (b) of this provision: the respondent had not ceased to work because he was attending a training course, but rather because the business had closed due to a shortage of work.

[9] This decision was challenged before a Board of Referees. It allowed the respondent's appeal and set aside the decision of the Commission. It found that the conditions for waiving the waiting period were met. The Commission's appeal from this decision before the Umpire was dismissed by the latter on May 26, 2006 [CUB 65963]. This prompted the application for judicial review requiring our intervention.

#### Analysis of the decision of the Umpire

[10] Essentially, the Umpire endorsed the conclusion of the Board of Referees: the reason for the cessation of employment was the return to the training program and not the temporary closing of the business.

en menuiserie à l'Institut de Technologie du Nord de l'Alberta. Le 27 décembre 2004, il fit une demande pour recevoir, à compter du 4 janvier 2005, des bénéfices d'assurance-chômage. Il indiqua sur sa demande, comme motif de cessation d'emploi, la poursuite de sa deuxième année de formation dans le cadre du programme déjà approuvé par la Commission : voir le dossier du demandeur à la page 22. C'est aussi ce qu'indiquait l'employeur sur son relevé d'emploi : *idem*, à la page 26.

[7] Or, il s'est avéré que l'employeur a temporairement fermé boutique pour la période des fêtes, soit du 24 décembre 2004 au 3 janvier 2005. Le défendeur, à l'instar de ses collègues de travail, s'est donc retrouvé sans emploi pour cette courte période de temps.

[8] En application des articles 13 et 25 de la Loi ainsi que l'alinéa 39.1b) du Règlement, la Commission a refusé le paiement de prestations pour une période de deux semaines correspondant au délai de carence de la Loi. Elle s'est dite d'avis que l'exception prévue à l'article 39.1 du Règlement ne s'appliquait pas puisqu'il y avait défaut de respecter la condition prévue à l'alinéa b) de cette disposition : le défendeur n'avait pas cessé de travailler parce qu'il suivait un cours de formation, mais plutôt parce qu'il y avait eu fermeture de l'entreprise à cause d'un manque de travail.

[9] Contestation de cette décision il y eut devant un conseil arbitral. Ce dernier accueillit l'appel du défendeur et annula la décision de la Commission. Il fut d'avis que les conditions étaient satisfaites pour qu'il y ait suppression du délai de carence. L'appel de la Commission à l'encontre de cette décision devant le juge-arbitre fut rejeté par ce dernier le 26 mai 2006 [CUB 65963]. De là le contrôle judiciaire qui sollicite notre intervention.

#### Analyse de la décision du juge-arbitre

[10] Essentiellement, le juge-arbitre a endossé la conclusion du conseil arbitral : le motif de la cessation d'emploi était le retour au programme de formation et non la fermeture temporaire de l'entreprise.

[11] In addition, the Umpire regretted that the respondent had been forced to stop working sooner than he wanted. However, in his opinion, this fact did not alter the situation since it was not the reason why the employment had ended.

[12] From these findings of fact, the Umpire concluded that the evidence clearly established that the respondent met the conditions of section 39.1 of the Regulations and that a waiting period could not be imposed on him.

#### The alleged error of the Umpire and its consequences

[13] Counsel for the applicant submits that there was a misunderstanding on the part of the Board of Referees and the Umpire regarding the application of section 39.1 of the Regulations. This misunderstanding is alleged to be due to an erroneous interpretation of the provision.

[14] Paragraph 39.1(c) is not in issue. The respondent already served a waiting period in January 2004 and the training course of January 2005 is part of the same apprenticeship program. Therefore, the condition in paragraph 39.1(c) is met.

[15] It is instead on paragraph 39.1(b) that counsel for the applicant relies. According to him, the respondent did not cease to work on December 24, 2004, because he was taking a course, but clearly because the business was closed. Since the conditions of section 39.1 are cumulative and that of paragraph (b) was not met, the exemption allowed by section 39.1 cannot apply.

[16] As mentioned earlier, the application of section 39.1 of the Regulations has led to differing conclusions that are not necessarily reconcilable.

[17] *Wiens (Re)* (CUB 65967), May 19, 2006; *Jeune (Re)* (CUB 64242), August 29, 2005; *McKenzie (Re)* (CUB 64468), October 19, 2005; and *Turcotte (Re)* (CUB 66592), September 11, 2006 (review by our Court pending), all involve the closing of a business for the holiday period of Christmas and New Year's Day and an

[11] En outre, le juge-arbitre trouva malheureux que le défendeur ait été contraint de cesser de travailler plus tôt qu'il ne le voulait. Mais pour lui, ce fait ne changeait rien à la situation puisqu'il ne s'agissait pas là de la raison pour laquelle l'emploi avait pris fin.

[12] De ces considérations de fait, le juge-arbitre conclut que la preuve établissait clairement que le défendeur rencontrait les conditions de l'article 39.1 du Règlement de sorte qu'on ne pouvait lui imposer le délai de carence.

#### L'erreur alléguée du juge-arbitre et ses conséquences

[13] Le procureur du demandeur soumet qu'il y eut, tant de la part du conseil arbitral que du juge-arbitre, méprise quant à l'application de l'article 39.1 du Règlement. Cette méprise serait due à une mauvaise interprétation de la disposition.

[14] L'alinéa 39.1c) n'est pas en litige. Le défendeur a déjà purgé un délai de carence en janvier 2004 et le cours de formation de janvier 2005 fait partie du même programme d'apprentissage. Donc la condition de l'alinéa 39.1c) est satisfaite.

[15] C'est plutôt sur l'alinéa 39.1b) que se fonde le procureur du demandeur. Selon lui, le défendeur n'a pas cessé de travailler le 24 décembre 2004, parce qu'il suit un cours, mais bel et bien parce qu'il y a eu fermeture de l'entreprise. Les conditions de l'article 39.1 étant cumulatives et celle de l'alinéa b) n'étant pas rencontrée, l'exemption permise par l'article 39.1 ne peut s'appliquer.

[16] Tel que déjà évoqué, l'application de l'article 39.1 du Règlement a débouché sur des conclusions différentes qui ne sont pas nécessairement réconciliables.

[17] Les affaires *Wiens (Re)* (CUB 65967), 19 mai 2006; *Jeune (Re)* (CUB 64242), 29 août 2005; *McKenzie (Re)* (CUB 64468), 19 octobre 2005; et *Turcotte (Re)* (CUB 66592), 11 septembre 2006 (en attente de révision par notre Cour) impliquent toutes une fermeture de l'entreprise pour la période de festivités de

apprentice who, upon the reopening of the business, enters a training course approved by the Commission. Pursuant to paragraph 39.1(b), a waiver of the waiting period was denied in *Wiens* and *Evan*, but accepted in *McKenzie*, *Turcotte* and in the instant case.

[18] In *Zimmer (Re)* (CUB 64365), September 21, 2005, the employer remained open during the period in question, but the employee, for reasons that are still unknown, did not work during that week. He began his training courses on January 3, 2005. He was then denied a waiver of the waiting period. There again, the Umpire found a breach of paragraph 39.1(b) because the cessation of employment dated December 25 was not in order to attend a training course.

[19] Counsel for the applicant submits that section 39.1 of the Regulations is an exception to the principle of section 13 of the Act and, therefore, it should be given a narrow and restrictive interpretation.

[20] He adds that, all things being equal, that is to say, the condition in paragraph 39.1(c) being met, unfair anomalies would result if the waiting period were not applied. Thus, an apprentice who returns to his training program at the beginning of January would receive benefits for the week between Christmas and New Year's Day while his co-workers would be excluded from these benefits. Furthermore, he would receive benefits for a week before beginning his course while other apprentices who had worked until January 3 would begin to receive benefits only on the date they began their courses.

[21] In reply to a question from a member of this panel, counsel for the applicant readily acknowledged that the application of the waiting period under section 13 of the Act would cause prejudice to apprentices who find themselves in the same situation as the respondent: they are deprived of a week of benefits, namely, the first week of the course, while those who worked until the courses began would receive those benefits from the start of the courses. This situation is in fact the opposite of that in which the apprentice would receive benefits

Noël et du Jour de l'An et un apprenti qui, à la réouverture de l'entreprise, s'engage dans un cours de formation approuvé par la Commission. Toujours en application de l'alinéa 39.1b), la suppression du délai de carence fut refusée dans *Wiens* et *Evan*, mais acceptée dans *McKenzie*, *Turcotte* et la présente cause.

[18] Dans l'affaire *Zimmer (Re)* (CUB 64365), 21 septembre 2005, l'employeur est demeuré ouvert durant la période en question, mais l'employé, pour des raisons qui sont demeurées inconnues, n'a pas travaillé durant cette semaine. Il a débuté ses cours de formation le 3 janvier 2005. Il s'est alors vu refuser la suppression du délai de carence. Encore là, le juge-arbitre fut d'avis qu'il y avait manquement à l'alinéa 39.1b) car la cessation d'emploi en date du 25 décembre n'était pas pour suivre le cours de formation.

[19] Le procureur du demandeur soumet que l'article 39.1 du Règlement est une exception au principe de l'article 13 de la Loi et qu'en conséquence il doit recevoir une interprétation stricte et restrictive.

[20] Il ajoute que, toute chose étant égale, c'est-à-dire la condition de l'alinéa 39.1c) étant satisfaite, il en résulterait des anomalies injustes si le délai de carence n'était pas appliqué. Ainsi, l'apprenti qui retourne à son programme de formation au début de janvier toucherait des prestations pour la semaine entre Noël et le Jour de l'An alors que ses collègues de travail seraient exclus de ces bénéfices. En outre, il toucherait des bénéfices une semaine avant de débiter son cours alors que d'autres apprentis qui auraient travaillé jusqu'au 3 janvier ne commenceraient à recevoir des prestations qu'à la date où ils débutent leur cours.

[21] En réponse à une question d'un membre de la formation, le procureur du demandeur a d'emblée reconnu que l'application du délai de carence de l'article 13 de la Loi portait préjudice aux apprentis qui se retrouvent dans la même situation que le défendeur : ils sont privés d'une semaine de bénéfices, soit la première semaine de cours, alors que ceux qui ont travaillé jusqu'au début des cours touchent ces bénéfices dès le début des cours. Il s'agit en fait de la situation inverse de celle où l'apprenti recevrait des bénéfices avant les

before the others, which counsel for the applicant portrays as abnormal. This reverse situation is, in my opinion, just as abnormal and, furthermore, is unduly punitive since the apprentice loses a week of benefits when, in fact, he is attending his course like the other apprentices.

#### Nature and objective of the waiting period

[22] The waiting period is a feature of the employment insurance co-insurance system. As stated in the Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2002-280, published in the *Canada Gazette*, Part II, Vol. 136, page 1821, it is similar in nature to the deductible in a private insurance contract. Its object is twofold. It eliminates claims for very brief periods of unemployment, which Parliament thinks workers should be able to assume by themselves. It also allows for effective verification of a claim for benefits to determine whether a person is really unemployed or was just laid off for a few days.

[23] However, it quickly became apparent that the requirement for an apprentice who was attending a training course lasting more than one period or session to repeatedly serve a waiting period was a disincentive to enrolling in apprenticeship programs when, in fact, labour shortages were increasing in a number of specialized trades. Some corrective measures representing a reasonable compromise had to be introduced.

[24] Three options were contemplated to correct the situation, including the option of simply abolishing the waiting period in such situations. In view of the objective sought to which reference was made earlier, this solution was discarded: *ibid.*

[25] However, an analysis of the situation led to the adoption of paragraph 39.1(c) of the Regulations. The waiting period applies only once and not at the beginning of every training course in the same apprenticeship program.

[26] At the time, it was thought that the measure enacted by section 39.1 would benefit some 30,000

autres, et que le procureur du demandeur nous décrivait comme anormale. Cette situation inverse est, à mon sens, toute aussi anormale et, en plus, indûment punitive puisque l'apprenti perd une semaine de bénéfices alors que, précisément, il suit son cours comme les autres apprentis.

#### Nature et objectif du délai de carence

[22] Le délai de carence est une caractéristique du système de coassurance de l'assurance-emploi. Comme le mentionne le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2002-280, publié à la *Gazette du Canada*, partie II, volume 136, page 1821, il est d'une nature semblable à la franchise d'un contrat d'assurance privé. Son objectif est double. Il permet d'éliminer les demandes portant sur des périodes de chômage très courtes que le législateur estime chaque travailleur être en mesure d'assumer seul. Il permet également une vérification efficace des demandes de prestations afin de déterminer si une personne est réellement en chômage ou si elle n'a été mise à pied que pour quelques jours.

[23] Toutefois, il est vite devenu apparent que l'application répétitive du délai de carence à l'apprenti qui suivait un cours de formation sur plus d'une période ou session avait un effet dissuasif sur les inscriptions aux programmes d'apprentissage alors que, justement, la pénurie de main d'œuvre augmentait dans plusieurs métiers spécialisés. Il fallait donc apporter des mesures correctrices représentatives d'un compromis raisonnable.

[24] Trois options furent envisagées pour remédier à la situation, dont celle d'abolir purement et simplement le délai de carence dans ces situations. Compte tenu de l'objectif recherché ci-aparavant mentionné, cette solution fut écartée : *idem.*

[25] Par contre, l'analyse de la situation a conduit à l'adoption de l'alinéa 39.1c) du Règlement. Le délai de carence ne s'applique qu'une fois et non au début de chaque cours de formation d'un même programme d'apprentissage.

[26] À l'époque, il fut estimé que la mesure mise en place par l'article 39.1 profiterait à environ 30 000



claimants annually and would help reduce labour shortages: *ibid.*

demandeurs annuellement et contribuerait à réduire la pénurie de la main d'œuvre sur le marché du travail : *idem.*

Does the respondent meet the conditions of section 39.1 of the Regulations?

Le défendeur rencontre-t-il les conditions de l'article 39.1 du Règlement?

[27] I have focused on the background of section 39.1 since it explains Parliament's intention in enacting the remedial measure that it contains. If it is true that the measure in section 39.1 of the Regulations is a measure derogating from section 13 of the Act, it is just as true, nevertheless, that section 39.1 should not be interpreted so restrictively as, for all intents and purposes, to strip it of its purpose and deprive it of its benefits.

[27] Je me suis attardé à la genèse de l'article 39.1 puisqu'elle permet de comprendre l'intention du législateur en édictant la mesure réparatrice qu'il contient. S'il est vrai que la mesure de l'article 39.1 du Règlement est une mesure dérogatoire à l'article 13 de la Loi, il est toutefois tout aussi vrai qu'il ne faut pas interpréter l'article 39.1 si restrictivement qu'il est, à toute fin pratique, dépouillé de son objet et privé de ses effets bénéfiques.

[28] I repeat, in paraphrasing them, the three conditions for the application of section 39.1:

[28] Je répète, en les paraphrasant, les trois conditions d'application de l'article 39.1 :

(a) the claimant must be attending a required course in an apprenticeship program;

a) le prestataire doit suivre un cours obligé d'un programme d'apprentissage;

(b) he must have stopped working in order to take this course; and

b) il doit avoir cessé de travailler pour suivre ce cours; et

(c) he must have already served a waiting period for a course that is part of the same apprenticeship program.

c) il a déjà purgé un délai de carence pour un cours faisant partie du même programme d'apprentissage.

[29] In my opinion, four facts must be considered in applying section 39.1 to the respondent's claim for benefits:

[29] À mon avis, quatre faits sont importants à considérer pour l'application de l'article 39.1 à la demande de prestations du défendeur :

(a) he stopped working on December 24, 2004, because the business where he worked closed until January 3, 2005;

a) il a cessé de travailler le 24 décembre 2004 parce que l'entreprise où il travaillait a fermé jusqu'au 3 janvier 2005;

(b) work resumed on January 4, 2005;

b) le travail a repris le 4 janvier 2005;

(c) he did not claim benefits for the period from December 24, 2004 to January 3, 2005; and

c) il n'a pas fait de demande prestations pour la période du 24 décembre 2004 au 3 janvier 2005; et

(d) he had already served, as mentioned earlier, a waiting period.

d) il a déjà subi, tel qu'auparavant mentionné, un délai de carence.

[30] Based on these uncontested factual data and the wording of section 39.1, the only questions that arise,

[30] Sur la foi de ces données factuelles non contestées et des termes de l'article 39.1, les seules

then, are the following: where was the respondent on January 4, 2005, what was he doing there and why was he not at work?

[31] On January 4, 2005, the respondent was not at his workplace with his co-workers: he was at the training school with his classmates. What was he doing in this place when he should have been at work? He was attending a course which was a mandatory part of his apprenticeship program. This is the first condition of section 39.1 of the Regulations, and he met it. Why did he stop working on January 4, 2005, when work resumed at his employer's? Because he was attending a course that was a mandatory part of his apprenticeship program. This is the second condition of section 39.1, and he met it. As for the third condition, it is not at issue.

[32] The Umpire was right to find that the respondent met the three conditions of section 39.1 of the Regulations and, accordingly, that he qualified for a waiver of the waiting period.

[33] In addition to the technical application of the regulatory provision to the facts of this case, I would add that the conclusion which the Umpire reached respects the legislative intent and promotes the pursuit of the greatly desired objectives of providing the labour force with qualifications as described above. It fits within the reasonable compromise adopted by Parliament in cases where a claimant, like the respondent in the circumstances of this case, has already served a waiting period.

#### Conclusion

[34] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review.

[35] Finally, I would like to highlight the responsible position taken by Mr. Heseltine in this case, recognizing that the interpretation defended by him of section 39.1 of the Regulations was prejudicial to the respondent and expressing the wish that the section be legislatively made more flexible. I believe that the conclusion I reached, taking into account the literal meaning of the

questions qui se posent alors sont les suivantes : où est le défendeur le 4 janvier 2005, qu'y fait-il et pourquoi n'est-il pas au travail?

[31] Le 4 janvier 2005, le défendeur n'est pas à son lieu de travail avec ses collègues de travail : il est à l'école de formation avec ses camarades de cours. Que fait-il à cet endroit alors qu'il devrait être au travail? Il suit un cours (*is attending a course*) qui est une partie obligatoire de son programme d'apprentissage. Il s'agit là de la première condition de l'article 39.1 du Règlement, et il s'y conforme. Pourquoi a-t-il cessé de travailler le 4 janvier 2005 alors que le travail est repris chez son employeur? Parce qu'il suit un cours qui est une partie obligatoire de son programme d'apprentissage. Il s'agit là de la deuxième condition de l'article 39.1, et il y satisfait. Quant à la troisième condition, elle n'est pas en cause.

[32] Le juge-arbitre a eu raison de conclure que le défendeur rencontrait les trois conditions de l'article 39.1 du Règlement et, en conséquence, qu'il se qualifiait pour la suppression du délai de carence.

[33] Au-delà de l'application technique de la disposition réglementaire aux faits de l'espèce, j'ajouterais que la conclusion à laquelle en est venu le juge-arbitre respecte l'intention législative et promeut la poursuite des objectifs grandement désirés de qualification de la main d'œuvre ci-auparavant décrits. Elle participe de ce compromis raisonnable adopté par le législateur pour les cas où un prestataire, comme le défendeur dans les circonstances de la présente affaire, a déjà purgé un délai de carence.

#### Conclusion

[34] Pour ces motifs, je rejeterais la demande de contrôle judiciaire.

[35] Enfin, je voudrais souligner la position responsable qu'a adoptée M<sup>e</sup> Heseltine dans cette affaire, reconnaissant que l'interprétation qu'il défendait de l'article 39.1 du Règlement était préjudiciable au défendeur et exprimant le souhait que des assouplissements au niveau législatif soient apportés à l'article. Je crois que la conclusion à laquelle j'en suis venu, en

words used by Parliament and the objective it sought, would allow for the fair resolution of disputes of the same nature as this one.

tenant compte du sens littéral des mots utilisés par le législateur et de l'objectif recherché par ce dernier, permettra une résolution équitable des litiges de même nature que celui-ci.

DESJARDINS, J.A.: I concur with these reasons. .

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

RYER J.A.: I agree.

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

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) applicant not Convention refugee—Consideration of documentary evidence including consideration of psychological assessments when making findings of credibility—Such assessments may be tendered either as corroborative evidence of applicant’s story or to provide explanation for inconsistencies in applicant’s evidence—RPD considered psychological report’s corroborative nature rather than as explanation for discrepancies in applicant’s evidence—Must evaluate evidence for purpose for which tendered—Duty to explain how diagnosis impacting assessment of discrepancies—Application allowed.

FELEKE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4270-06, 2007 FC 539, Tremblay-Lamer J., judgment dated 22/5/07, 9 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

### CHARTER OF RIGHTS

#### *Equality Rights*

Judicial review of decision by Passport Canada denying applicant Canadian passport—Applicant born in Canada to parents with diplomatic status—Passport previously issued to him in error—Application for replacement refused on ground not Canadian citizen according to *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 3(2)—S. 3(2)(a), (c) not offending *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15—Three-stage analysis: (1) s. 3(2) imposing differential treatment between classes of persons; (2) distinction based on diplomatic status not enumerated or analogous ground; (3) diplomats, families enjoy privileges, immunities; not suffering discrimination on basis of s. 3(2)—Because conditions of s. 3(2)(a), (c) consistent with standards of international law, meeting requirements of being demonstrably justified in free, democratic society.

AL-GHAMDI V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS AND INTERNATIONAL TRADE) (T-1593-06, 2007 FC 559, Shore J., judgment dated 31/5/07, 22 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### EXCISE TAX ACT

Appeal, cross-appeal from Federal Court decision (2006 FC 583) allowing application for judicial review of Canada Border Services Agency’s determination respondent owing GST in respect of shipments of natural gas on re-entering Canada via pipeline in journey from Western Canada through United States to Eastern Canada—Gas sold to U.S. affiliate when crossed border and repurchased when crossed back into Canada—Individual natural gas molecules not traceable; sold on “quality and quantity basis”, treated as fungible good—Respondent’s natural gas commingled with like natural gas—Meaning of “solely for the purpose of, being delivered . . . to another place in Canada” in *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 144.01 (provision

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

deeming no “importation” of natural gas for GST purposes)—Change of ownership during transit irrelevant to purpose of delivery—Appeal, cross-appeal dismissed.

TENASKA MARKETING CANADA V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (A-261-06, 2007 FCA 223, Décaré J.A., judgment dated 3/5/07, 16 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Judicial review of acts by RCMP, officials in federal department of Justice, respective Ministers since 1995 in context of investigation, extradition of applicant to Germany—Whether Federal Court having jurisdiction to consider application judicial review; if so, whether Court should exercise jurisdiction in regard to issues considered by Ontario courts; if so, whether application should be granted—*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 57 giving provincial courts of appeal power to deal with applicant’s issues—Applicant arrested in 1999, wanted in Germany for equivalent offences of tax evasion, fraud, writing forged documents, bribery, secret commissions—Committed for extradition in May 2004; surrender order issued, upheld by courts—Interpretation of s. 57—Intention of legislation to clothe provincial courts of appeal with Federal Court-like powers—Federal Court not having jurisdiction to grant relief sought—Proper jurisdiction for this “matter” Ontario Court of Appeal—Even if Federal Court had jurisdiction, should not exercise discretion to grant judicial review—Application dismissed.

SCHREIBER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-389-07, 2007 FC 618, Phelan J., judgment dated 11/6/07, 20 pp.)

**INCOME TAX****CORPORATIONS**

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing appeal against reassessments of capital tax for 2001, 2002, 2003—In 2001 respondent financial institution issuing Class C shares for consideration of \$1,170,000,000—Because of retractability feature, shares classified as liability for financial reporting purposes in balance sheets—Tax returns filed on basis capital stock not including any amount in respect of those shares—Reassessments based on view \$1,170,000,000 should have been included in capital stock—Tax Court holding accounting treatment in balance sheets basis for imposition of tax—Interpretation of *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 181(3)—History of provision reviewed—S. 181(3)(b)(ii) illustrating Parliament intended to rely upon external standards in relation to large corporations tax liability—Appeal dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FORD CREDIT CANADA LTD. (A-410-06, 2007 FCA 225, Ryer J.A., judgment dated 11/6/07, 16 pp.)

**PENALTIES**

Judicial review of Canada Revenue Agency’s decision upholding decision to deny taxpayer relief from penalties, prosecution under Voluntary Disclosure Program (VDP)—CRA informing taxpayer GST return for first quarter of 2005 selected for audit—After several conversations with CRA officials, taxpayer requesting inclusion in VDP based on understanding met test for voluntariness, one of four essential conditions of VDP, for years other than 2005—Never warned as to negative consequences of voluntary disclosure—After making complete disclosure, taxpayer informed not qualified for VDP because enforcement action begun prior to disclosure—VDP Guidelines recognizing person entitled to know rights before making disclosure—CRA officials not following Guidelines—Profoundly unfair to allow taxpayer to continue under illusion entitled to VDP protection when made disclosure—Respondent estopped from denying taxpayer entitled to be considered as meeting voluntariness condition of VDP.

WONG V. M.N.R. (T-1797-06, 2007 FC 628, Phelan J., judgment dated 13/6/07, 14 pp.)

**PATENTS**

Abuse of process—Applications for orders prohibiting Minister from granting notice of compliance to Laboratoire Riva Inc. (Riva) for its version of ramipril—Riva alleging Sanofi-Aventis Inc.’s (Sanofi) 1341206 patent invalid—Sanofi contesting allegation of invalidity—*Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 163 binding herein: abuse of process for patent holder to relitigate allegation of invalidity against generic if allegation held to be well founded in earlier proceeding against

**PATENTS—Concluded**

different generic—But for that decision, prohibition orders would have been granted—As leave to appeal decision to S.C.C. pending, reasoning on various issues, including abuse of process, set out at length.

SANOFI-AVENTIS INC. V. LABORATOIRE RIVA INC. (T-1384-04, T-1888-04, 2007 FC 532, Harrington J., amended reasons for orders dated 28/5/07, 39 pp.)

**INFRINGEMENT**

Claim and counterclaim with respect to alleged patent infringement—Plaintiff licensee, assignee of patent for exhaust fan apparatus (“Axijet”)—Defendant’s apparatus alleged to infringe “Axijet”—Review, exposition of principles of patent construction—Claims of “Axijet” patent construed—Defendant not infringing “Axijet”—Action dismissed—Counterclaim (dealing with validity of plaintiff’s patent, alleged unfair trade practices) also dismissed.

M.K. PLASTICS CORP. V. PLASTICAIR INC. (T-2108-03, 2007 FC 574, Tremblay-Lamer J., judgment dated 30/5/07, 41 pp.)

Appeal from Federal Court’s dismissal (2005 FC 1205) of application under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6 for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to respondent Apotex regarding drug product “Apo-quinapril” until expiration of Canadian letters patent numbers 1341330 (’330 patent), 1331615 (’615 patent)—Whether allegation of non-infringement of ’615 patent justified—Whether claims of ’330 patent broader than invention disclosed—Principles governing construction of patents examined—In making, using quinapril hydrochloride acetone solvate, Apotex would infringe ’615 patent—Federal Court erring in treating as determinative question whether invention, parts thereof optimal, misapplied construction of claims to question of whether overly broad—Given patent’s disclosure, expert evidence, state of art, claims of ’330 patent not broader than invention disclosed—Appeal allowed.

PFIZER CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-457-05, 2007 FCA 209, Nadon J.A., judgment dated 31/5/07, 59 pp.)

**PRACTICE**

Motion for order under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6(5), dismissing prohibition application brought against respondent Novopharm by applicants—Grounds advanced by Novopharm: (1) patent in issue (’753 Patent) irrelevant to dosage form of capsules, reference product (“relevance” argument); (2) ’753 patent not eligible for inclusion on Register as not containing claim for medicine itself, claim for use of medicine (“eligibility” argument); (3) application redundant, scandalous, frivolous, vexatious, otherwise abuse of process (“abuse of process” argument)—Impact of recent developments in law including release of *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49—Impact of amendments to Regulations—Standard to apply in s. 6(5)(a) motions—’753 patent not containing “claim for the medicine itself”, “claim for the use of the medicine”, therefore not eligible for listing on Register—Application dismissed.

ABBOTT LABORATORIES LTD. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-773-06, 2007 FC 622, Lafrenière P., order dated 11/6/07, 21 pp.)

**PENSIONS**

Appeal from Federal Court decision (2006 FC 225) granting application for judicial review of decision by Veterans Review and Appeal Board (VRAB) denying respondent pension disability benefits under *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 21(2)—Respondent suffering from high frequency hearing loss in left ear allegedly due to excessive noise exposure during course of military service—Applications Judge concluding VRAB erred in law by relying on Minister’s guidelines on hearing loss contained in Table of Disabilities to determine if respondent had disability rather than applying definition of “disability” contained in Act, s. 3(1)—Interpretation of “disability” in s. 3(1)—Appeal dismissed.

NELSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-158-06, 2007 FCA 200, Richard C.J., judgment dated 25/5/06, 13 pp.)

**PRACTICE**

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Appeal from case management Prothonotary's order (2007 FC 114) striking out judicial review application on ground of abuse of process as based on same facts, issues as earlier discontinued application, new application attempt to evade procedural order in earlier application to convert application to action—Cases on abuse of process reviewed—Open to Prothonotary, in exercise of discretion, to find abuse of process—*Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450 not changing law concerning standard of review of discretionary decisions of prothonotaries—Standard as originally stated in *Aqua Gem* revisited, restated in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.)—As dismissal of application going too far as matter of judicial policy, application converted to action.

JAZZ AIR LP V. TORONTO PORT AUTHORITY (T-1427-06, 2007 FC 624, Hugessen J., order dated 12/6/07, 24 pp.)

Appeal from Prothonotary's dismissal of motion to strike statement of claim dismissed—*De novo* review required only when Prothonotary's order determinative of final issues: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—“[Q]uestions raised in motion” in reformulation of rule in *Merck & Co. Inc. v. Apotex*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.) referring to motion before judge on appeal, not motion before Prothonotary—Barring exceptional circumstances, Prothonotary's decision not to strike out statement of claim not determinative of final issue—Action for breach of contract, not disguised attack on administrative decision not to grant business licence—*Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.) not suggesting every Crown official's decision not to respect employer's contractual obligation must be attacked by judicial review before bringing action for damages.

PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. V. CANADA (T-363-01, 2007 FC 686, Hugessen J., order dated 28/6/07, 4 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

## PENSIONS

Judicial review of pension administrator's decision shift, weekend premiums payable under collective agreement to radio operators employed by Canadian Coast Guard not part of “salary” as defined in *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 3(1) so as to be included in calculation of five-year average annual salary prior to retirement on which superannuation benefits based—Legislative history of definition of “salary” (basic pay for performance of regular duties) examined—Application dismissed—Pension administrator applied well-established administrative test that pensionable salary must relate to performance of regular duties, not to what time duties performed—Parliament's intention post-*Gruber v. The Queen*, [1975] F.C. 578 (T.D.) clear: other forms of compensation part of salary only if included in “basic pay” by regulation.

NATIONAL AUTOMOBILE, AEROSPACE, TRANSPORTATION AND GENERAL WORKERS' UNION OF CANADA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-931-03, 2007 FC 449, Lemieux J., judgment dated 30/4/07, 44 pp.)

**TRADE-MARKS**

## EXPUNGEMENT

Application to strike trade-marks “Canada Drugs”, “CanadaDrugs.com” from register as clearly descriptive, deceptively misdescriptive of character, quality of services in association with which allegedly used, not distinguishing services in association with which used—Marks registered for use in association with online operation of drugstore, dispensary, pharmacy—Importance of phrase “Canada Drugs” with respect to Internet search engines, search terms considered—Registration of marks putting legitimate competitors at undue disadvantage—Element of deception in that prescriptions not always filled by Canadian pharmacy; respondent's office where orders processed only consistent connection with Canada—Marks deceptively misdescriptive—Respondent not discharging onus to show marks acquired distinctiveness as of registration application—Marks ordered expunged from register.

CANDRUG HEALTH SOLUTIONS INC. V. THORKELSON (T-318-06, 2007 FC 411, judgment dated 19/4/07, 25 pp.)

Application to expunge five Canadian trade-mark registrations from Canadian Trade-mark Register pursuant to *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 57—Applicants, re-sellers of automotive parts, accessories bearing “Hyundai” trade-mark, alleging

**TRADE-MARKS—Concluded**

trade-marks invalidly registered since not distinctive at time application commenced—Respondent exclusive source for Hyundai products in Canada—Respondent, predecessor owning trade-marks since assignment by original owner in 1985 though not registered until much later—Significant time to build up goodwill—No evidence delay in registering caused public confusion regarding source of products associated with trade-marks—Challenge on basis of non-distinctiveness failed.

CROSS-CANADA AUTO BODY SUPPLY (WINDSOR) LTD. V. HYUNDAI AUTO CANADA (T-1005-05, 2007 FC 580, Tremblay-Lamer J., judgment dated 1/6/07, 18 pp.)

**PRACTICE**

Evidence—Motion for order requiring applicants to comply with *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7, permitting each side to call not more than five expert witnesses without leave in any trial or other proceeding—In application for prohibition order, applicants filing affidavit evidence from 13 expert witnesses—Previous decisions holding s. 7 limit applicable to issues, rather than to case as whole—Necessary to determine number of issues in application—Invalidity, non-infringement each single issue for purpose of s. 7—Circumstances when leave required must be clear—Factors to determine whether leave should be granted set out—Applicants not establishing reasonably necessary to call more than three experts on infringement of use claims; granting leave for additional experts would be inconsistent with summary nature of proceedings.

ALTANA PHARMA INC. V. NOVOPHARM LTD. (T-1836-06, 2007 FC 637, Tabib P., order dated 14/6/07, 26 pp.)

**TRANSPORTATION**

Appeal from decision by Canadian Transportation Agency (CTA) amounts recovered as performance penalties for failure to ship specified quantity of grain in crop year clawback of Industrial Development Fund (IDF) contributions—CTA holding amounts not performance penalties as not related to movement of grain, i.e. related to non-movement of grain—*Per Pelletier J.A.*: characterization of amounts as clawback unreasonable—(1) Connection between payment, contributions made is only small proportion of total of such amounts received—(2) No certainty payments would ever be made as due only upon failure to meet contractual obligations—(3) Only link between payments, IDF contributions in calculation of amount of penalty—*Per Sexton J.A.*: “movement” including obligation to provide quantities of grain for movement—Appeal allowed.

CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. V. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (A-160-06, 2007 FCA 240, Sexton and Pelletier JJ.A., judgment dated 14/6/07, 7 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résumant les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

**\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

---

## BREVETS

Abus de procédure—Demandes en vue d'obtenir des ordonnances interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Laboratoire Riva Inc. (Riva) à l'égard de sa version de ramipril—Riva soutient que le brevet n° 1341206 de Sanofi-Aventis Inc. (Sanofi) est invalide—Sanofi conteste l'allégation d'invalidité—*Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CAF 163 a force obligatoire en l'espèce : il y aurait abus de procédure si le titulaire du brevet pouvait remettre en litige l'allégation d'invalidité qui a été déclarée fondée dans le cadre d'une procédure antérieure visant un autre générique—N'eut été de cette décision, les ordonnances d'interdiction auraient été délivrées—Comme la demande d'autorisation d'en appeler de la décision à la C.S.C. est en instance, le raisonnement relatif à diverses questions litigieuses, y compris l'abus de procédure, est exposé en détail.

SANOFI-AVENTIS INC. C. LABORATOIRE RIVA INC. (T-1384-04, T-1888-04, 2007 CF 532, juge Harrington, motifs modifiés des ordonnances en date du 28-5-07, 39 p.)

## CONTREFAÇON

Demande et demande reconventionnelle ayant trait à une prétendue contrefaçon de brevet—La demanderesse est titulaire et cessionnaire d'un brevet visant un ventilateur d'extraction («Axijet») —L'appareil de la défenderesse contrefait censément l'«Axijet» —Examen et présentation des principes d'interprétation des brevets—Interprétation des revendications du brevet visant l'«Axijet» —La défenderesse ne contrefait pas l'«Axijet» —Action rejetée—La demande reconventionnelle (qui porte sur la validité du brevet de la demanderesse et sur de prétendues pratiques commerciales déloyales) a également été rejetée.

M.K. PLASTICS CORP. C. PLASTICAIR INC. (T-2108-03, 2007 CF 574, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 30-5-07, 41 p.)

Appel de la décision de la Cour fédérale (2005 CF 1205) rejetant la demande présentée en application de l'art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée Apotex relativement à son produit pharmaceutique Apo-quinapril avant l'expiration des lettres patentes canadiennes n° 1341330 (le brevet '330) et n° 1331615 (le brevet '615)—Il s'agissait de déterminer si l'allégation de non-contrefaçon du brevet 615 était justifiée—Il s'agissait de savoir si les revendications du brevet 330 avaient une portée plus large que l'invention divulguée—Examen des principes d'interprétation des brevets—En fabriquant et en utilisant le chlorhydrate de quinapril sous forme solvatée, Apotex contreferait le brevet 615—La Cour fédérale a commis une erreur en considérant que la question déterminante était celle de savoir si une invention ou des parties de celle-ci étaient optimales et elle a appliqué à tort son interprétation des revendications à la question de savoir si elles avaient une portée trop large—Vu la divulgation du brevet, la preuve d'expert et l'état actuel des réalisations, les revendications du brevet 330 n'étaient pas plus larges que l'invention divulguée—Appel accueilli.

PFIZER CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-457-05, 2007 FCA 209, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 31-5-07, 59 p.)

**BREVETS—Fin**

## PRATIQUE

Requête en vue d'obtenir une ordonnance en application de l'art. 6(5) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, pour faire rejeter la demande d'interdiction que les demanderesse ont intentée à l'encontre de l'intimée Novopharm—Novopharm a invoqué les motifs suivants : 1) le brevet en cause (le brevet '753) n'est pas pertinent quant à la forme posologique des gélules et au produit de référence (l'argument de la « pertinence »); 2) le brevet '753 n'est pas admissible à l'inscription au registre parce qu'il ne contient pas de revendication visant le médicament lui-même ou de revendication relative à l'utilisation du médicament (l'argument relatif à l'« admissibilité »); 3) la demande est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure (l'argument relatif à l'« abus de procédure »)—Effet de l'évolution récente du droit, notamment la publication de l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560, et des modifications apportées au Règlement—Norme à appliquer dans le cadre de requêtes présentées en vertu de l'art. 6(5)a)—Comme le brevet '753 ne contenait pas de « revendication visant le médicament lui-même » ou de « revendication relative à l'utilisation du médicament », il n'était pas admissible à l'inscription au registre—Requête rejetée.

ABBOTT LABORATORIES LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-773-06, 2007 CF 622, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 11-6-07, 21 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de ne pas reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention à la demanderesse—L'examen de la preuve documentaire comprend l'examen d'évaluations psychologiques lorsqu'on rend un jugement sur la crédibilité—Ces évaluations peuvent être produites soit pour corroborer le récit d'un demandeur, soit pour expliquer les incohérences dans sa preuve—La SPR estimait que le rapport psychologique constituait une preuve corroborante plutôt qu'une explication justifiant les contradictions dans la preuve de la demanderesse—La preuve doit être évaluée en fonction de l'objet pour lequel elle a été produite—Obligation d'expliquer comment le diagnostique influe sur l'appréciation des contradictions—Demande accueillie.

FELEKE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4270-06, 2007 CF 539, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 22-5-07, 9 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Contrôle judiciaire d'actes posés par la GRC, par des fonctionnaires du ministère de la Justice du Canada et par les divers ministres depuis 1995 dans le cadre d'une enquête visant le demandeur et de son extradition en Allemagne—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire; si oui, de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir relativement à des questions sur lesquelles les tribunaux de l'Ontario se sont penchés; si oui, de savoir si la demande devrait être accueillie—L'art. 57 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, confère aux cours d'appel provinciales le pouvoir de traiter des questions que le demandeur a soulevées—Le demandeur a été appréhendé en 1999 et il est recherché en Allemagne pour les infractions équivalentes d'évasion fiscale, de fraude, d'écriture de documents contrefaits, de corruption et de commissions secrètes—Le demandeur a été incarcéré en vue de son extradition en mai 2004; les tribunaux ont pris et confirmé un arrêté d'extradition—Interprétation de l'art. 57—La législation a pour objet de conférer aux cours d'appel provinciales des pouvoirs qui s'assimilent à ceux de la Cour fédérale—La Cour fédérale n'a pas compétence pour accorder la mesure de redressement demandée—La Cour d'appel de l'Ontario a la compétence voulue à cet égard—Même si la Cour fédérale avait compétence, elle ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire d'accueillir la demande de contrôle judiciaire—Demande rejetée.

SCHREIBER C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (T-389-07, 2007 CF 618, juge Phelan, jugement en date du 11-6-07, 20 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel et appel incident à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (2006 CF 583) accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision de l'Agence des services frontaliers du Canada, qui a déclaré que l'intimée devait remettre la TPS sur

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

des livraisons de gaz naturel qui revenaient au Canada au moyen d'un pipeline; le gaz naturel, en provenance de l'Ouest du Canada et à destination de l'Est du Canada, est passé par les États-Unis—Le gaz était vendu à une société affiliée aux États-Unis lorsqu'il franchissait la frontière et il était racheté lorsqu'il revenait au Canada—Les molécules de gaz naturel individuels ne sont pas retraçables; ils sont vendus en fonction de leur qualité et de leur quantité et sont traités comme des biens fongibles—Le gaz naturel de l'intimée est confondu avec du gaz naturel semblable—Examen du sens des mots « à un autre endroit au Canada et seulement aux fins de cette livraison » qui se retrouvent à l'art. 144.01 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, selon lequel il est réputé n'y avoir aucune importation de gaz naturel pour l'application de la TPS—Le changement de propriétaire lors du transit n'est pas pertinent en ce qui concerne l'objet de la livraison—Appel et appel incident rejetés.

TENASKA MARKETING CANADA C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (A-261-06, 2007 CAF 223, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 3-5-07, 16 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTRE DES DROITS

*Droits à l'égalité*

Contrôle judiciaire de la décision de Passeport Canada, qui a refusé de délivrer un passeport canadien au demandeur—Le demandeur est né au Canada de parents ayant qualité de diplomates—Un passeport lui a été délivré auparavant par erreur—La demande de remplacement a été rejetée au motif que le demandeur n'était pas un citoyen canadien suivant l'art. 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29—Les art. 3(2)a) et c) n'enfreignent pas l'art. 15 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]—Analyse en trois étapes : 1) l'art. 3(2) impose une différence de traitement entre diverses catégories de personnes; 2) la distinction reposant sur le statut diplomatique n'est pas un motif énuméré ni un motif analogue; 3) les diplomates et leur famille bénéficient de privilèges et d'immunités; ils ne subissent pas de discrimination du fait de l'art. 3(2)—Comme les conditions énoncées aux art. 3(2)a) et c) respectent les normes de droit international, elles sont justifiées dans une société libre et démocratique.

AL-GHAMDI C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL) (T-1593-06, 2007 CF 559, juge Shore, jugement en date du 31-5-07, 22 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

## PENSIONS

Contrôle judiciaire de la décision de l'administrateur du régime de pension portant que les primes de poste et de fin de semaine payables aux opérateurs radio de la Garde côtière canadienne conformément à la convention collective ne font pas partie du « traitement » au sens de l'art. 3(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, de sorte qu'elles sont comprises dans le calcul du traitement annuel moyen quinquennal précédant la retraite sur lequel les prestations de retraite reposent—Examen du contexte législatif de la définition de « traitement » (rémunération de base versée pour l'accomplissement des fonctions normales)—Demande rejetée—L'administrateur du régime de pension a appliqué le critère administratif bien établi selon lequel les gains ouvrant droit à pension doivent avoir trait à l'accomplissement des fonctions normales et non au moment auquel ces fonctions ont été accomplies—L'intention du législateur par suite de l'arrêt *Gruber c. La Reine*, [1975] C.F. 578 (1<sup>re</sup> inst.) est claire : les autres formes de rémunération ne font partie du traitement que si la réglementation prévoit leur inclusion dans la « rémunération de base ».

SYNDICAT NATIONAL DE L'AUTOMOBILE, DE L'AÉROSPATIALE, DU TRANSPORT ET DES AUTRES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-931-03, 2007 CF 449, juge Lemieux, jugement en date du 30-4-07, 44 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## PÉNALITÉS

Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence du revenu du Canada (ARC) confirmant la décision refusant d'accorder au contribuable un allègement des pénalités et d'une poursuite dans le cadre du Programme des divulgations volontaires

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

(PDV)—L'ARC a avisé le contribuable qu'elle avait retenu sa déclaration de TPS pour le premier trimestre de 2005 aux fins de vérification—Après plusieurs entretiens avec des fonctionnaires de l'ARC, le contribuable a demandé de participer au PDV en s'appuyant sur la condition qu'il satisfaisait au critère relatif au caractère volontaire, l'une des quatre conditions essentielles du PDV, pour les exercices autres que 2005—Aucune mise en garde ne lui a été communiquée quant aux incidences défavorables de la divulgation volontaire—Après avoir procédé à une divulgation complète, le contribuable a appris qu'il n'était pas admissible au PDV parce que la mesure d'exécution avait été intentée avant la divulgation—Les lignes directrices du PDV reconnaissent qu'une personne peut prendre connaissance de ses droits avant de procéder à la divulgation—Les fonctionnaires de l'ARC n'ont pas suivi les lignes directrices—Il était profondément injuste de permettre au contribuable de continuer d'avoir l'impression qu'il avait droit à la protection du PDV lorsqu'il a procédé à la divulgation—Le défendeur ne peut nier que le contribuable avait le droit d'être considéré comme ayant satisfait à la condition relative au caractère volontaire du PDV.

WONG C. M.R.N. (T-1797-06, 2007 CF 628, juge Phelan, jugement en date du 13-6-07, 14 p.)

**SOCIÉTÉS**

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant l'appel à l'encontre d'une nouvelle cotisation de l'impôt sur le capital pour les années 2001, 2002 et 2003—En 2001, l'intimée, une institution financière, a émis des actions de catégorie C en contrepartie de 1 170 000 000 \$—Les actions étant rachetables, elles étaient considérées comme un passif pour les besoins des états financiers—Les déclarations de revenus qui ont été produites reposaient sur l'hypothèse que le capital-actions ne comprenait aucun montant au titre de ces actions—Les nouvelles cotisations reposaient sur l'hypothèse que la somme de 1 170 000 000 \$ aurait dû être comprise dans le capital-actions—La Cour canadienne de l'impôt a déclaré que le fondement de l'imposition est le traitement comptable prévu aux états financiers—Interprétation de l'art. 181(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Examen du contexte de la disposition—L'art. 181(3)b)(ii) démontre que le législateur avait l'intention de se servir de normes externes relativement à l'impôt des grandes sociétés—Appel rejeté.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. FORD CREDIT CANADA LTD. (A-410-06, 2007 CAF 225, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 11-6-07, 16 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****PRATIQUE**

Preuve—Requête en vue d'obtenir une ordonnance obligeant les demandresses à se conformer à l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui permet à chaque partie d'appeler au plus cinq témoins experts sans permission dans un procès ou dans une autre procédure—Dans le cadre de la requête pour ordonnance de prohibition, les demandresses ont déposé une preuve par affidavit de 13 témoins experts—Selon les décisions antérieures, la limite énoncée à l'art. 7 s'applique aux questions litigieuses plutôt qu'à l'affaire dans son ensemble—Il faut établir le nombre de questions litigieuses soulevées dans le cadre de la demande—L'invalidité et l'absence de contrefaçon sont des questions distinctes pour l'application de l'art. 7—Les circonstances dans lesquelles il faut obtenir une autorisation doivent être claires—Présentation des facteurs servant à déterminer si l'autorisation devrait être accordée—Les demandresses n'ont pas démontré qu'il était raisonnablement nécessaire d'appeler plus de trois experts quant à la contrefaçon des revendications pour utilisation; le fait d'accorder l'autorisation d'appeler des experts supplémentaires serait incompatible avec la nature sommaire de l'instance.

ALTANA PHARMA INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-1836-06, 2007 CF 637, notaire Tabib, ordonnance en date du 14-6-07, 26 p.)

**RADIATION**

Demande en vue de faire radier les marques de commerce « Canada Drugs » et « Canada Drugs.com » du registre parce qu'elles étaient clairement descriptives, elles donnaient une description fautive et trompeuse de la nature ou de la qualité des services en liaison avec lesquels elles étaient employées et elles ne se distinguaient pas des services en liaison avec lesquels elles étaient employées—Les marques ont été enregistrées afin d'être utilisées dans le cadre de l'exploitation en ligne d'une pharmacie—Examen de l'importance de l'expression « Canada Drugs » à l'égard des moteurs de recherche Internet et de syntagmes de recherche—L'enregistrement des marques causait un désavantage indu aux concurrents légitimes—Il y avait un élément de tricherie puisque les ordonnances n'étaient pas toujours remplies par une pharmacie canadienne; le bureau de l'intimé

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

où les commandes étaient traitées était l'unique lien constant avec le Canada—Les marques donnaient une description fautive ou trompeuse—L'intimé ne s'était pas acquitté du fardeau d'établir que les marques étaient devenues distinctives à la date de production de la demande d'enregistrement—On a ordonné la radiation des marques du registre.

CANDRUG HEALTH SOLUTIONS INC. C. THORKELSON (T-318-06, 2007 CF 411, jugement en date du 19-04-07, 25.)

Requête en vue de faire radier cinq enregistrements au Canada de marques de commerce du registre canadien des marques de commerce en application de l'art. 57 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13—Les demanderesse, des revendeurs de pièces et accessoires pour véhicules automobiles, y compris des pièces de marque « Hyundai », soutenaient que les marques de commerce ont été enregistrées de manière invalide parce qu'elles n'étaient pas distinctives lorsque la demande a été entamée—La défenderesse représente l'unique source de produits Hyundai au Canada—La demanderesse représente l'unique source de produits Hyundai au Canada—La défenderesse et la société qu'elle a remplacée sont propriétaires des marques de commerce depuis qu'elles leur ont été cédées par le propriétaire initial en 1985, bien qu'elles n'aient été enregistrées que beaucoup plus tard—Les défenderesses ont bénéficié d'une période considérable pour établir un achalandage—Aucun élément de preuve n'indiquait que le délai d'enregistrement a causé de la confusion dans le public quant à la source des produits associés aux marques de commerce—La contestation fondée sur l'absence de caractère distinctif a échoué.

CROSS-CANADA AUTO BODY SUPPLY (WINDSOR) LTD. C. HYUNDAI AUTO CANADA (T-1005-05, 2007 CF 580, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 1-6-07, 18 p.)

**PENSIONS**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2006 CF 225) accueillant la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (TACRA) refusant à l'intimé des prestations d'invalidité en application de l'art. 21(2) de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6—L'intimé souffrait de perte auditive aux fréquences élevées dans l'oreille gauche, perte qui serait attribuable à l'exposition au bruit excessif pendant son service militaire—Le juge de première instance a conclu que le TACRA a commis une erreur de droit en invoquant les lignes directrices du ministre sur la perte auditive énoncées dans la Table des invalidités pour décider si l'intimé souffrait d'une invalidité plutôt que d'appliquer la définition d'« invalidité » prévue à l'art. 3(1) de la Loi—Interprétation du terme « invalidité » figurant à l'art. 3(1)—Appel rejeté.

NELSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-158-06, 2007 CAF 200, juge en chef Richard, jugement en date du 25-5-06, 13 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Appel de l'ordonnance du protonotaire chargé de la gestion de l'instance (2007 CF 114) radiant la demande de contrôle judiciaire au motif qu'il s'agissait d'un abus de procédure puisqu'elle reposait sur les mêmes faits et les mêmes questions qui avaient été soulevés dans la demande antérieure ayant fait l'objet d'un désistement; la nouvelle demande était une tentative pour échapper aux conséquences de l'ordonnance de procédure rendue dans la demande antérieure pour convertir la demande en une action—Examen de la jurisprudence sur l'abus de procédure—Il était loisible au protonotaire de conclure à l'abus de procédure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—L'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450 ne modifie pas le droit à l'égard de la norme de contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires des protonotaires—Examen de la norme qui a initialement été formulée dans l'affaire *Aqua Gem*, puis reformulée dans l'arrêt *Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.)—Comme le rejet de la demande est excessif sur le plan de la politique judiciaire, la demande a été convertie en action.

JAZZ AIR LP C. TORONTO PORT AUTHORITY (T-1427-06, 2007 CF 624, juge Hugessen, ordonnance en date du 12-6-07, 24 p.)

Appel de la décision du protonotaire, qui a rejeté la requête en radiation de la déclaration—Appel rejeté—L'examen *de novo* ne s'impose que lorsque l'ordonnance du protonotaire a une influence déterminante sur l'issue du principal : *Canada c. Aqua-*

**PRATIQUE—Fin**

*Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—Les « questions » dans la nouvelle formulation de la règle énoncée dans l'arrêt *Merck & Co. Inc. c. Apotex*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.) font référence à la requête devant le juge saisi de l'appel, et non à la requête devant le protonotaire—À moins de circonstances exceptionnelles, la décision du protonotaire qui a choisi de ne pas radier la déclaration n'a pas influence déterminante sur l'issue du principal—Il s'agit d'une action pour bris de contrat, et non une attaque déguisée sur la décision administrative de ne pas octroyer un permis d'entreprise—L'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.) ne laisse pas entendre qu'une demande de contrôle judiciaire doit être soumise chaque fois qu'un fonctionnaire ne respecte pas les obligations contractuelles de son employeur avant d'intenter une action en dommages-intérêts.

PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. C. CANADA (T-363-01, 2007 CF 686, juge Hugessen, ordonnance en date du 28-6-07, 4 p.)

**TRANSPORTS**

Appel de la décision de l'Office des transports du Canada (OTC) portant que les sommes récupérées au titre d'amendes pour non-exécution par suite de la non-expédition de la quantité prévue de grain pendant une campagne agricole représentent le recouvrement de contributions au Fonds de développement industriel (FDI)—L'OTC a déclaré que les sommes n'étaient pas des amendes pour non-exécution puisqu'elles n'étaient pas liées au mouvement du grain, c.-à-d. qu'elles se rattachaient au non-mouvement du grain—Le juge Pelletier, J.C.A. : la qualification des sommes à titre de recouvrement est déraisonnable—1) Le lien entre les paiements et les contributions faites ne constituait qu'une faible proportion du total des sommes reçues —2) On ne pouvait garantir que les paiements seraient effectués puisqu'ils n'étaient dûs que par suite de l'inobservation d'obligations contractuelles—3) Le seul lien entre les paiements et les contributions au FDI avait trait au calcul de l'amende—Le juge Sexton, J.C.A. : le terme « mouvement » comprend l'obligation de fournir des quantités de grain en vue de leur mouvement—Appel accueilli.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (A-160-06, 2007 CAF 240, juges Sexton et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 14-6-07, 7 p.)