



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 3, Part 2**

**2013, Vol. 3, 2 fascicule**

Cited as [2013] 3 F.C.R., {<sup>215-462</sup><sub>D-9</sub>

Renvoi [2013] 3 R.C.F., {<sup>215-462</sup><sub>F-11</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2013.

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2013.

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 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: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.*

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	215–462
Digests .....	D-9

### **Ashraf v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) .....** 215

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review seeking order of *mandamus* to compel respondent to render decision with respect to sponsored application for permanent residence under family class; order to prohibit respondent from pursuing allegations of medical inadmissibility or fraud; direction that respondent issue permanent residence—Applicant (Rabiul Mohammed Ashraf) sponsoring Bangladeshi family members—Visa officer refusing application because applicant's mother inadmissible on health grounds, suffering from renal failure—Immigration Appeal Division (IAD) concluding visa officer's decision not valid, allowing appeal on humanitarian, compassionate grounds, directing visa officer to continue to process application—Medical examinations revealing higher creatinine levels for mother than initially reported by applicants' doctor—Respondent requesting further medical tests—Applicants denying initial doctor's report fraudulent, challenging relevance of medical reports—Visa officer

*Continued on next page*

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

*Les 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 Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 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 : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), 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://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	215–462
Fiches analytiques .....	F-11

### **Ashraf c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) .....** 215

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* obligeant le défendeur à rendre une décision au sujet d'une demande parrainée de résidence permanente au titre du regroupement familial, une ordonnance interdisant au défendeur de donner suite à des allégations d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ou pour fraude, et une directive ordonnant au défendeur d'accorder la résidence permanente—Le demandeur parrainait des membres de sa famille bangladaise—L'agent des visas a rejeté la demande parce que la mère du demandeur était interdite de territoire pour motifs sanitaires, en raison d'une insuffisance rénale—La Section d'appel de l'immigration (SAI) a conclu que la décision de l'agent des visas n'était pas valide, et a accueilli l'appel pour des motifs d'ordre humanitaire, en donnant à l'agent des visas la directive de reprendre la demande—Les examens médicaux ont révélé que le taux de créatinine de la mère était supérieur à ce qu'avait indiqué le médecin des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

refusing application for permanent residence because applicants not complying with *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 16(1), 16(2)(b)—At issue extent to which visa officer bound by IAD decision—Within visa officer’s discretion to evaluate facts before him, determine whether IAD decision applicable or not—Visa officer not required to limit factual findings to those before IAD—IAD not substituting own determination—Visa officer entitled to consider higher creatinine levels—However, new facts having to be raised with regard to context—Visa officer bound by IAD decision if satisfied with opinion of applicants’ doctor mother’s health stable—Obligated to provide fairness letter if accepting designated medical practitioner’s view mother’s health deteriorating—Visa officer not making required decision—Applications for *mandamus*, prohibition dismissed.

### **Bodum USA, Inc. v. Trudeau Corporation (1889) Inc. (F.C.) ..... 372**

Industrial Design—Infringement—Invalidity—Registration—Action seeking relief in application of *Industrial Design Act* on ground, *inter alia*, of infringement of two Canadian industrial designs registered under numbers 107736, 114070 corresponding to Bodum USA, Inc.’s (Bodum) double wall glasses marketed by Bodum—Defendant denying committing any violation or creating confusion with own wares, those of Bodum; by counterclaim, seeking declaration industrial designs in question invalid—Plaintiff PI Design AG. holding intellectual property of Bodum USA, Inc., including industrial designs at issue; defendant designing, manufacturing “Trudeau”, “Home Presence by Trudeau” brand kitchen products—Bodum introducing double wall glasses to Canadian market in 2003/2004; defendant introducing double wall glasses to Canadian market in 2006—Whether plaintiffs’ industrial designs 107736, 114070 infringed; whether registration thereof invalid—In infringement analysis, Federal Court required to disregard utilitarian function of double wall glasses—Regarding prior art, evidence showing that double wall glasses existing when Bodum introducing own double wall glasses on Canadian market—Parties disagreeing on legal test applicable to comparative analysis Federal Court

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demandeurs antérieurement—Le défendeur a demandé d’autres analyses médicales—Les demandeurs ont nié que le rapport médical initial était frauduleux, et ils ont contesté la pertinence des rapports médicaux—L’agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente parce que les demandeurs n’avaient pas respecté les art. 16(1) et 16(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Il s’agissait de savoir dans quelle mesure l’agent des visas était lié par la décision de la SAI—Il incombe à l’agent des visas d’apprécier les faits qui lui sont soumis et de décider si la décision de la SAI est applicable ou non—L’agent des visas n’était pas obligé de s’en tenir aux conclusions de fait que la SAI a tirées dans un premier temps—La SAI n’a pas substitué sa propre décision à la décision attaquée—L’agent des visas a le droit de prendre en compte le taux de créatinine plus élevé—Toutefois, on ne peut prendre en compte des faits nouveaux en faisant abstraction du contexte—L’agent des visas est tenu de suivre la décision de la SAI s’il accepte l’opinion du médecin des demandeurs, selon laquelle l’état de santé de la mère est stable—L’agent des visas est tenu d’envoyer une lettre d’équité aux demandeurs s’il accepte l’opinion du médecin désigné, selon laquelle l’état de santé de la mère se détériore—L’agent des visas ne s’est jamais prononcé sur la question en jeu—Les demandes d’ordonnance de *mandamus* et de prohibition sont rejetées.

### **Bodum USA, Inc. c. Trudeau Corporation (1889) Inc. (C.F.) ..... 372**

Dessins industriels—Contrefaçon—Invalidité—Enregistrement—Action demandant réparation en application de la *Loi sur les dessins industriels* au motif, notamment, de la contrefaçon de deux dessins industriels canadiens portant les numéros d’enregistrement 107736 et 114070, correspondant à des verres Bodum à double paroi, commercialisés par Bodum USA, Inc. (Bodum)—La défenderesse niait avoir commis une violation ou causé de la confusion entre ses marchandises et celles de Bodum; se portant demanderesse reconventionnelle, elle a sollicité une déclaration selon laquelle les dessins industriels en cause sont invalides—La demanderesse PI Design AG. détient la propriété intellectuelle de la compagnie Bodum USA, Inc., incluant les dessins industriels en litige; la défenderesse se consacre à la conception et à la fabrication de produits de cuisine sous les marques de commerce « Trudeau » et « Home Presence by Trudeau »—Bodum a lancé ses verres à double paroi sur le marché canadien en 2003-2004; la défenderesse a lancé les siens sur le marché canadien en 2006—Il s’agissait de déterminer s’il y a eu contrefaçon des dessins industriels 107736 et 114070 et si l’enregistrement de ces dessins était invalide—Dans son analyse de la contrefaçon, la Cour fédérale a fait abstraction de la fonction utilitaire des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

having to apply to determine whether infringement occurring herein—Plaintiffs claiming that three-pronged test developed in England (“imperfect recollection” doctrine) applicable while defendant claiming test no longer applying since Act amended in 1993—While issue not ruled upon, relevance of three-prong test since 1993 amendment may be questioned—Use of expressions “aware consumer”, “informed consumer”, whether expressions different discussed—Issue of using expression “aware consumer” or “informed consumer” constituting false debate; alleged infringing product having to be analysed on basis of how informed consumer would see things—Based on evidence, defendant’s glasses not having features attributed thereto by plaintiffs; not infringing Bodum products—Prior art clearly demonstrating that lines of industrial design 107736 existing back to 1897; proportions of industrial designs at issue compared with defendant’s glasses showing that proportions differing—As to invalidity, comparison of prior art with industrial designs in question showing designs not varying substantially—Industrial designs thus not satisfying requirement of substantial originality; therefore, having to be expunged from register—Action dismissed; counterclaim allowed.

### **Friends of the Canadian Wheat Board v. Canada (Attorney General) (F.C.) ..... 440**

Agriculture—Judicial reviews requesting declarations that respondent Minister of Agriculture and Agri-Food’s conduct affront to rule of law—Minister reorganizing Canadian Wheat Board (CWB), grain marketing system—*Canadian Wheat Board Act*, s. 47.1 requiring Minister to consult, gain consent of CWB member producers—Applicants arguing Minister having obligation to consult, hold vote before introducing bill—Minister arguing s. 47.1 only referring to addition, subtraction of grains from regime—Whether Minister breaching process requirements of s. 47.1—Issuance of breach declarations fair, just—Intent of Parliament in s. 47.1 not to alter CWB without consultation, consent—Act

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

verres à double paroi—En ce qui concerne l’art antérieur, la preuve a révélé que les verres à double paroi existaient déjà lorsque Bodum a lancé les siens sur le marché canadien—Les parties étaient en désaccord sur le test juridique applicable à l’analyse comparative que la Cour fédérale devait effectuer pour déterminer s’il y a eu contrefaçon en l’espèce—Les demanderesse prétendaient que le test à trois volets développé en Angleterre (doctrine de l’« *imperfect recollection* » (souvenir imparfait)) était applicable, alors que la défenderesse soutenait que ce test n’était plus applicable, depuis que la Loi a été modifiée en 1993—Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur cette question, la pertinence du test à trois volets, depuis la modification qui y a été apportée en 1993, peut être remise en question—Une discussion a eu lieu concernant l’utilisation des expressions « consommateur averti » et « consommateur informé » et l’existence d’une différence entre elles—La question de l’emploi des expressions « consommateur averti » et « consommateur informé » est un faux débat; le produit prétendument contrefacteur doit être analysé du point de vue de l’œil du consommateur averti (*informed consumer*)—Compte tenu de la preuve soumise, les verres de la défenderesse ne comportent pas les caractéristiques que lui imputaient les demanderesse et ne sont pas des contrefaçons des produits Bodum—L’art antérieur a démontré que les lignes du dessin industriel 107736 existaient déjà en 1897; en comparant les proportions des dessins industriels en litige à celles des verres de la défenderesse, on a constaté que ces proportions diffèrent—Quant à l’invalidité, la comparaison de l’art antérieur avec les dessins industriels en cause a démontré que les dessins ne varient pas de façon significative—Ainsi, les dessins industriels en cause ne satisfaisaient pas à l’exigence du caractère original substantiel; en conséquence, ils devaient être radiés du registre—Action rejetée; demande reconventionnelle accueillie.

### **Friends of the Canadian Wheat Board c. Canada (Procureur général) (C.F.) ..... 440**

Agriculture—Contrôles judiciaires sollicitant un jugement déclarant que la conduite du défendeur, le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire, constitue un affront à la primauté du droit—Le ministre a réorganisé la Commission canadienne du blé (CCB) et le régime de commercialisation du grain—L’art. 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* exige du ministre qu’il entreprenne un processus de consultation et qu’il obtienne le consentement des producteurs membres de la CCB—Les demandeurs ont soutenu que le ministre est tenu de procéder à une consultation et de conduire un scrutin avant de présenter un projet de loi—Le ministre a soutenu que l’art. 47.1 ne renvoie qu’à l’inclusion ou à

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

requiring consultation for both addition or subtraction of grains, change to CWB structure—Applications allowed.

Construction of Statutes—Declarations sought that respondent Minister of Agriculture and Agri-Food’s conduct affront to rule of law—Minister reorganizing Canadian Wheat Board (CWB), grain marketing system—*Canadian Wheat Board Act*, s. 47.1 requiring Minister to consult, gain consent of CWB member producers—Appropriate test herein interpretation of Act in contextual, grammatical, ordinary sense in harmony with scheme, object of Act, intent of Parliament—Contextual historical approach with respect to unique democratic nature of CWB compelling—Intent of Parliament in s. 47.1 not to alter CWB without consultation, consent—Intent of s. 47.1 to require Minister to consult, gain consent where addition or subtraction of grains, change to democratic structure of CWB contemplated.

### **Stables v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 240**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID), finding applicant inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(a) because of membership in criminal organization, i.e. Hells Angels—Deportation order issued against applicant—Applicant applying for ministerial relief under IRPA, s. 37(2) but no answer yet received—ID concluding Hells Angels criminal organization, applicant having all indicia of membership therein pursuant to IRPA, s. 37(1)(a)—Whether legislative scheme of s. 37 violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—Applicant not permitted to advance constitutional arguments for first time

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’exclusion de grains du régime—Il s’agissait de savoir si le ministre a contrevenu aux exigences procédurales prévues à l’art. 47.1—Le prononcé de la déclaration de violation est juste et équitable—L’intention du législateur, en adoptant l’art. 47.1, était que la CCB ne puisse être modifiée sans la tenue d’une consultation et le consentement des producteurs—La Loi exige la tenue d’une consultation tant pour l’inclusion que pour l’exclusion de grains du régime et pour l’apport de modifications à la structure de la CCB—Demandes accueillies.

Interprétation des lois—Sollicitations de jugement déclarant que la conduite du défendeur, le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire, constitue un affront à la primauté du droit—Le ministre a réorganisé la Commission canadienne du blé (CCB) et le régime de commercialisation du grain—L’art. 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* exige du ministre qu’il entreprenne un processus de consultation et qu’il obtienne le consentement des producteurs membres de la CCB—Le critère applicable à l’interprétation de la Loi en l’espèce est qu’il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte, et 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—L’approche historique et contextuelle de la nature démocratique unique de la CCB et de l’importance de cet organisme est convaincante—L’intention du législateur, lorsqu’il a adopté l’art. 47.1, était que la CCB ne puisse être modifiée sans la consultation et le consentement des producteurs—L’art. 47.1 visait à exiger du ministre qu’il procède à une consultation et qu’il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l’inclusion ou l’exclusion de grains ainsi que la modification à la structure démocratique de la CCB.

### **Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 240**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de l’immigration (la SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur était interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)(a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle, à savoir les Hells Angels—Une mesure d’expulsion a été prise contre le demandeur—Le demandeur a fait une demande de dispense ministérielle aux termes de l’art. 37(2) de la LIPR, mais il attend toujours une réponse—La SI a conclu que les Hells Angels étaient une organisation criminelle, et que tout indiquait que le demandeur en était membre, aux termes de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

before Federal Court as those argument should have been made before ID—That finding sufficient to dismiss application—IRPA, s. 37 withstanding constitutional scrutiny—S. 37(2) ensuring that “innocent” members of criminal organizations not caught by s. 37(1)—Right to freedom of association not infringed—S. 37(1) not unconstitutionally vague, overbroad—Applicant’s deportation not triggering s. 7 Charter rights—Effective ministerial relief system not essential requirement to constitutional validity of inadmissibility provisions—Application dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Timeliness of constitutional challenges—Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID), finding applicant inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(a)—ID empowered to grant *Canadian Charter of Rights and Freedoms* remedies arising in course of carrying out statutory mandate—Applicant’s constitutional arguments before Federal Court ignoring ID’s jurisdiction, antithetical to purpose of judicial review—Applicant not permitted to advance constitutional arguments for first time before Federal Court.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Applicant found inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(a) because of membership in criminal organization—Applicant contending ministerial relief under IRPA, s. 37(2) becoming unavailable, inadmissibility provisions no longer complying with Charter—Whether IRPA, s. 37 violating applicant’s freedom of expression, association under Charter—S. 37 withstanding constitutional scrutiny—Ensuring that “innocent” members of criminal organizations not caught by s. 37(1)—Right to freedom of association thus not infringed—Charter, s. 2 not intended to protect membership in criminal organization.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’art. 37(1)a) de la LIPR—Il s’agissait de savoir si le régime législatif de l’art. 37 viole la *Charte canadienne des droits et libertés*—Le demandeur n’a pas été autorisé à présenter des arguments constitutionnels pour la première fois devant la Cour fédérale, car cette question aurait dû être soulevée devant la SI—Cette conclusion était suffisante pour rejeter la demande—L’art. 37 de la LIPR résiste à un examen constitutionnel—L’art. 37(2) fait en sorte que les membres « innocents » des organisations criminelles soient exclus de l’application de l’art. 37(1)—Il n’est pas porté atteinte au droit à la liberté d’association—Les termes de l’art. 37(1) ne sont pas d’une imprécision inconstitutionnelle, ni d’une portée excessive—L’expulsion du demandeur ne suffit pas pour déclencher l’application des droits garantis par l’art. 7 de la Charte—Un régime de dispense ministérielle efficace ne constitue pas une exigence essentielle de la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l’interdiction de territoire—Demande rejetée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Moment opportun de la contestation constitutionnelle—La Section de l’immigration (la SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur était interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La SI est habilitée à accorder des réparations fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le cadre de l’exécution de son mandat prévu par la loi—Les arguments constitutionnels du demandeur devant la Cour fédérale font fi de la compétence de la SI et vont à l’encontre de l’objet même du contrôle judiciaire—Le demandeur n’est pas autorisé à présenter des arguments constitutionnels pour la première fois devant la Cour fédérale.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Le demandeur a été interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle—Le demandeur a soutenu qu’il est presque impossible d’obtenir une dispense ministérielle aux termes de l’art. 37(2) de la LIPR, et que les dispositions en matière d’interdiction de territoire ne sont plus conformes à la Charte—Il s’agissait de savoir si l’art. 37 de la LIPR violait les droits du demandeur à la liberté d’expression et à la liberté d’association que lui garantit la Charte—L’art. 37 résiste à un examen constitutionnel—L’art. 37(2) fait en sorte que les membres « innocents » d’organisations criminelles soient exclus de l’application de l’art. 37(1)—Il n’est pas porté atteinte au droit à la liberté d’association—L’art. 2 de la Charte ne vise pas à protéger l’appartenance à une organisation criminelle.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Applicant found inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(a) because of membership in criminal organization—Applicant contending ministerial relief under IRPA, s. 37(2) becoming unavailable, inadmissibility provisions no longer complying with Charter—Whether IRPA, s. 37 depriving applicant of right to life, liberty, security of person—IRPA, s. 37(1) terms “member”, “organized criminality”, “pattern of criminal activity” not unconstitutionally vague, overbroad—Principles of fundamental justice not independent self-standing notions—Applicant’s deportation while awaiting ministerial relief not triggering s. 7 Charter rights—Broad application of IRPA s. 37(1) consistent with objective of ensuring security of Canadians—Effective, speedy ministerial relief system not essential requirement to constitutional validity of inadmissibility provisions.

### **Torres Victoria v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 414**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Division (ID) decision declining applicant’s request for immediate ruling on applicability of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 in inadmissibility proceeding—Respondent alleging applicant, permanent resident, inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 34(1)(f), applying for non-disclosure of information pursuant to IRPA, s. 86—ID reserving on Charter issues until all evidence, submissions on admissibility heard—However, ID granting applicant’s motion for full disclosure—Whether application moot in light of decision granting full disclosure; whether premature to rule on application herein—ID’s decision granting full disclosure only partially addressing applicant’s argument—Application thus not moot—No legal justification for Court to intervene—Decision to reserve Charter issues interlocutory decision, not reviewable—Preferable for Court to rule on Charter issues on basis of full evidentiary record, informed decision by tribunal—No special circumstances warranting immediate judicial review—Courts not to rule on allegations of Charter infringements in factual vacuum—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Le demandeur a été interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle—Le demandeur a soutenu qu’il est presque impossible d’obtenir une dispense ministérielle aux termes de l’art. 37(2) de la LIPR, et que les dispositions en matière d’interdiction de territoire ne sont plus conformes à la Charte—Il s’agissait de savoir si l’art. 37 de la LIPR privait le demandeur de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne—Les termes « membre », « criminalité organisée » et « plan d’activités criminelles » employés à l’art. 37(1) de la LIPR ne sont pas d’une imprécision inconstitutionnelle, ni d’une portée excessive—Les principes de justice fondamentale ne sont pas des notions autonomes—L’expulsion du demandeur pendant le traitement de sa demande de dispense ministérielle ne déclenche pas l’application des droits garantis par l’art. 7 de la Charte—L’application étendue de l’art. 37(1) de la LIPR s’inscrit dans la suite logique de l’objectif d’assurer la sécurité des Canadiens—Un régime de dispense ministérielle efficace et rapide ne constitue pas une exigence essentielle de la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l’interdiction de territoire.

### **Torres Victoria c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . . 414**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) rejetant la demande formulée par la demanderesse en vue d’obtenir une décision immédiate sur l’applicabilité de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans une procédure d’interdiction de territoire—Le défendeur a allégué que la demanderesse, résidente permanente, était interdite de territoire au sens de l’art. 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), et il a présenté une demande d’interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l’art. 86 de la LIPR—La Section de l’immigration a attendu, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d’avoir entendu l’ensemble de la preuve et des arguments concernant l’interdiction de territoire—Toutefois, la Section de l’immigration a fait droit à la requête en communication intégrale présentée par la demanderesse—Il s’agissait de savoir si la demande était devenue théorique, compte tenu de la décision faisant droit à la communication intégrale, et s’il était prématuré de statuer sur la demande en l’espèce—La décision de la Section de l’immigration faisant droit à la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Mootness—Immigration and Refugee Board Immigration Division (ID) declining to rule on applicability of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 in inadmissibility proceeding—Respondent alleging applicant, permanent resident, inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 34(1)(f), applying for non-disclosure of information pursuant to IRPA, s. 86—ID reserving on Charter issues until all evidence, submissions on admissibility heard—ID granting motion by applicant for full disclosure—Applicant arguing reliance on secret evidence in admissibility hearing breaching Charter, s. 7 rights—Whether application moot in light of decision to grant full disclosure—Issue not moot, fundamental question still lying at core of applicant's argument—Decision to grant full disclosure only partially addressing applicant's argument, not drawing full consequences from application of s. 7 applicant wanting it to draw—Overall conformity of hearing with Charter values still at issue.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Immigration and Refugee Board Immigration Division (ID) declining to rule on applicability of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 in inadmissibility proceeding—Respondent alleging applicant, permanent resident, inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

communication intégrale ne répondait qu'en partie à l'argument de la demanderesse—La demande n'est donc pas théorique—Rien, en droit, ne justifierait la Cour d'intervenir—La décision d'attendre, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, constitue une décision interlocutoire qui n'est pas susceptible de contrôle judiciaire—Il est préférable que la Cour ne se prononce sur les questions relatives à la Charte que si elle dispose d'un dossier de preuve complet et d'une décision éclairée rendue par le tribunal—Il n'existe en l'espèce aucune circonstance spéciale qui justifierait le contrôle judiciaire immédiat—Les cours de justice devraient éviter de se prononcer sur des allégations de violation de la Charte dans un vide factuel—Demande rejetée.

Pratique—Caractère théorique—La Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de statuer sur l'applicabilité de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans une procédure d'interdiction de territoire—Le défendeur a allégué que la demanderesse, résidente permanente, était interdite de territoire au sens de l'art. 34(1)f de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), et il a présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 86 de la LIPR—La Section de l'immigration attendait, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments concernant l'interdiction de territoire—La Section de l'immigration a fait droit à la requête en communication intégrale présentée par la demanderesse—La demanderesse a soutenu qu'invoquer des éléments de preuve confidentiels au cours de l'enquête dont elle faisait l'objet violait les droits qui lui étaient garantis par l'art. 7 de la Charte—Il s'agissait de savoir si la demande était devenue théorique, compte tenu de la décision faisant droit à la communication intégrale—La demande n'était pas théorique; la question fondamentale se situait encore au cœur de l'argument de la demanderesse—La décision de la Section de l'immigration faisant droit à la communication intégrale ne répondait qu'en partie à l'argument de la demanderesse, mais la Section de l'immigration n'a pas tiré de l'application de l'art. 7 toutes les conséquences que la demanderesse aurait souhaitées—La question de savoir si l'enquête est conforme, de manière générale, aux valeurs consacrées par la Charte se pose encore.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—La Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de statuer sur l'applicabilité de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans une procédure d'interdiction de territoire—Le défendeur a allégué que la demanderesse, résidente

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Act* (IRPA), s. 34(1)(f), applying for non-disclosure of information pursuant to IRPA, s. 86—ID reserving on Charter issues until all evidence, submissions on admissibility heard—Applicant arguing reliance on secret evidence breaching Charter, s. 7 rights—Decision to reserve Charter issues interlocutory decision not reviewable—ID having jurisdiction to determine Charter issues raised by applicant—Preferable for Court to rule on Charter issues on basis of full evidentiary record, informed decision by tribunal.

### **Turton v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 279

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Prospective generalized and personalized risk—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision refusing applicants' claims for protection as Convention refugees or persons in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97—Applicants, Jamaican daughter (principal applicant), mother (secondary applicant)—In Jamaica, principal applicant abducted by violent gang, taken with abductors on robbery spree—Principal applicant overhearing name of one abductor during spree—Principal applicant subsequently filing police report despite gang members' death threat, travelling to Canada—Gang member whose name principal applicant overhearing later killed by police—As for secondary applicant, while in Jamaica, allegedly followed by men on two separate occasions but unharmed—Whether RPD breaching applicants' right to procedural fairness by failing to notify applicants that generalized risk at issue—Applicants given every opportunity to state nature of case, given fair indication that personalized risk at issue—Principal applicant educated, aware of legal requirements to establish Act, s. 97 risk—RPD fully understanding nature of claim, facts thereof—Sole substantive issue applicants raising: whether RPD adequately dealing with issue of prospective risks of targeting or retaliation applicants facing—Present case problematic in that no finding made that principal applicant at risk or having been

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

permanente, était interdite de territoire au sens de l'art. 34(1)(f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), et il a présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 86 de la LIPR—La Section de l'immigration attendait, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments concernant l'interdiction de territoire—La demanderesse a soutenu qu'invoquer des éléments de preuve confidentiels au cours de l'enquête dont elle faisait l'objet violait les droits qui lui étaient garantis par l'art. 7 de la Charte—La décision d'attendre, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, constitue une décision interlocutoire qui n'est pas susceptible de contrôle judiciaire—La Section de l'immigration possède la compétence pour trancher les questions relatives à la Charte soulevées par la demanderesse—Il est préférable que la Cour ne se prononce sur les questions relatives à la Charte que si elle dispose d'un dossier de preuve complet et d'une décision éclairée rendue par le tribunal.

### **Turton c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 279

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada – Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Risque éventuel généralisé et personnalisé—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rejetant les demandes d'asile des demandereses, qui revendiquaient la qualité de réfugiées au sens de la Convention ou de personnes à protéger, sur le fondement des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Les demandereses sont une femme jamaïcaine (demanderesse principale) et sa mère (demanderesse secondaire)—En Jamaïque, la demanderesse principale a été enlevée par un gang violent, et ses ravisseurs l'ont emmenée avec eux pour effectuer une équipée de cambriolages—Pendant un cambriolage, la demanderesse principale a entendu le nom de l'un de ses ravisseurs—Par la suite, la demanderesse principale a fait une dénonciation à la police, en dépit des menaces de mort qu'elle a reçues, puis elle a quitté la Jamaïque pour venir au Canada—Le membre du gang dont la demanderesse principale avait entendu le nom a par la suite été tué par la police—Quant à la demanderesse secondaire, qui était restée en Jamaïque, elle soutenait avoir été suivie par des hommes en deux occasions, mais n'avait subi aucun préjudice—Il s'agissait de savoir si la SPR a violé le droit à l'équité procédurale des demandereses en ne les avisant pas du fait que la question du risque généralisé était en cause—Toutes les possibilités ont été données aux demandereses de faire valoir la nature de leur cause, et on leur

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

specifically targeted—Evidence clear principal applicant fearing future targeting—While RPD’s conclusions about past targeting not unreasonable, conclusions regarding future troubling—RPD only considering issue of future risk from perspective of someone “well-off”, thereby overlooking fact that applicants fearing prospective harm by violent gang in light of principal applicant’s role in assisting police, which led to gang member’s death—Applicants fear of prospective harm constituting heart of claim—Therefore, unreasonable for RPD not to address stated fear, consider whether, on facts of case, raising personalized risk—Application allowed.

### **Wier v. Canada (Health) (F.C.)** ..... 325

Health and Welfare—Environment—Judicial review of respondent’s decision not to initiate “special review” of health or environmental risks of certain pest control products under *Pest Control Products Act*, s. 17—Applicant requesting that respondent initiate “special review” of registered pesticide glyphosate containing polyoxyethylene tallow amines (POEA) (pesticide)—Pesticide aerially sprayed in forests near where applicant living; concerned about health, environmental risks thereof—Pest Management Regulatory Agency, charged with administering Act, Regulations, concluding that applicant having failed to bring enough new evidence of unacceptable risk to amphibians to support s. 17 special review—Informing applicant that re-evaluation of glyphosate under Act, s. 16 anticipated in near future, therefore suggesting that special review under s. 17 not necessary—Whether respondent erring by considering only new evidence on record rather than entire body of evidence relevant to existence of environmental risk; by concluding that mandatory special review under Act, s. 17 not required if respondent intending to engage in periodic review under s. 16 in near future; in interpreting evidentiary

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

a donné une bonne indication du fait que le risque personnalisé était en cause—La demanderesse principale est une personne instruite qui savait bien ce que la loi exigeait d’elle pour établir l’existence du risque prévu à l’art. 97 de la Loi—La SPR comprenait la nature de la revendication et les faits sur lesquels celle-ci était fondée—La seule question de fond soulevée par les demanderesse était de déterminer si la SPR a adéquatement traité les risques éventuels d’être ciblées ou de faire l’objet de représailles que les demanderesse pouvaient courir—Les faits en l’espèce posaient problème en ce qu’il n’avait nullement été conclu que la demanderesse principale était exposée à des risques ou qu’elle avait été expressément ciblée—Il ressort clairement de la preuve que la demanderesse principale craint d’être ciblée à l’avenir—Bien que les conclusions de la SPR sur le ciblage passé n’avaient rien de déraisonnable, ce sont les conclusions sur l’avenir qui étaient troublantes—La SPR n’a considéré les risques que dans la perspective d’une personne « bien nantie », négligeant ainsi le fait que les demanderesse craignaient qu’un gang violent ne leur inflige un préjudice éventuel, compte tenu du fait que la demanderesse principale a apporté son aide à la police, ce qui a conduit à la mort d’un membre du gang—La crainte de préjudices éventuels qu’éprouvaient les demanderesse était au cœur de leur demande—Par conséquent, il était déraisonnable, de la part de la SPR, de ne pas traiter de cette crainte, et de ne pas considérer la question de savoir si, au vu des faits de l’espèce, il existait un risque personnalisé—Demande accueillie.

### **Wier c. Canada (Santé) (C.F.)** ..... 325

Santé et bien-être social—Environnement—Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de ne pas procéder à l’« examen spécial » des risques sanitaires ou environnementaux associés à certains produits antiparasitaires, aux termes de l’art. 17 de la *Loi sur les produits antiparasitaires*—La demanderesse a demandé au défendeur de procéder à l’« examen spécial » du pesticide homologué glyphosate, qui contient des amines de suif polyéthoxylées (POEA) (le pesticide)—Le pesticide est pulvérisé par voie aérienne sur des forêts près du lieu de résidence de la demanderesse et celle-ci s’inquiète des risques que présente le produit pour l’environnement et la santé—L’Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire (l’Agence réglementaire), chargée d’appliquer la Loi et ses règlements, a conclu que la demanderesse n’avait pas présenté suffisamment de nouvelles données montrant des risques inacceptables pour les amphibiens pour justifier un examen spécial aux termes de l’art. 17—L’Agence a informé la demanderesse qu’une réévaluation du glyphosate en vertu de l’art. 16 de la Loi était prévue dans un avenir rapproché, ce qui donnait à penser qu’un examen spécial en vertu de l’art. 17

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

threshold required to initiate special review under s. 17; in interpreting respondent's statutory obligation to apply precautionary principle; by finding that glyphosate herbicides containing POEA not presenting unacceptable risk—Respondent obliged to consider all evidence in determining existence of whether reasonable grounds for finding risk unacceptable—Respondent understanding duty herein—However, decision repeatedly referring to re-evaluation of pesticide under Act, s. 16; thus suggesting s. 17 special review not necessary—Respondent fettering discretion under s. 17 because s. 16 re-evaluation of same environmental risks planned, erring in law by misinterpreting mandatory wording of s. 17—In present case, conflicting evidence on record that pesticide in issue presenting acceptable risk to amphibians in ephemeral wetlands—Respondent erring in interpreting evidentiary threshold required to initiate special review under Act, s. 17 regarding possible environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands from silvicultural use of pesticide in issue—Based on precautionary principle, given opinions within Regulatory Agency on both sides of question as to whether pesticide presenting unacceptable environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands, respondent would be required to initiate special review thereinto—Decision herein not transparent or intelligible because not expressly addressing narrow environmental risk at issue—Evidence regarding risk not properly documented in record such that could be relied upon as basis for decision—Argument that no practical value to applicant to refer matter back to respondent rejected—If criteria for special review under s. 17 having been met, respondent must conduct special review, which can co-exist with s. 16 re-evaluation of pesticide—Applicant entitled to proper analysis regarding pesticide issue raised thereby—Application allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

n'était pas nécessaire—Il s'agissait de savoir si le défendeur a commis une erreur en ne tenant compte que de nouvelles données au dossier, plutôt que d'examiner l'intégralité de la preuve se rapportant à l'existence d'un risque environnemental; en concluant qu'un examen spécial obligatoire au titre de l'art. 17 n'était pas requis si le défendeur avait l'intention de procéder à un examen périodique au titre de l'art. 16 dans un avenir rapproché; en interprétant le niveau de preuve exigé pour procéder à un examen spécial au titre de l'art. 17; en interprétant l'obligation du défendeur d'appliquer le principe de précaution; et en concluant que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA ne présentent pas un risque inacceptable—Le défendeur était tenu d'examiner l'ensemble des données pour établir s'il existait des motifs raisonnables de conclure à l'existence d'un risque inacceptable—Le défendeur a bien compris son obligation en l'espèce—Toutefois, la décision a mentionné à plusieurs reprises la réévaluation du pesticide en vertu de l'art. 16, laissant entendre qu'il n'était donc pas nécessaire de procéder à un examen spécial en vertu de l'art. 17—Le défendeur a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire découlant de l'art. 17 parce qu'une réévaluation des mêmes risques environnementaux au titre de l'art. 16 était prévue, et a commis une erreur en droit en interprétant mal le libellé impératif de l'art. 17—En l'espèce, les éléments de preuve au dossier étaient contradictoires quant à savoir si le pesticide en cause présente un risque acceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères—Le défendeur a commis une erreur dans son interprétation du niveau de preuve requis pour procéder, en vertu de l'art. 17 de la Loi, à un examen spécial concernant le risque environnemental possible que présente l'utilisation sylvicole du pesticide en cause pour les amphibiens dans les terres humides éphémères—D'après le principe de précaution, et compte tenu du fait que les opinions étaient partagées au sein de l'Agence réglementaire quant à savoir si le pesticide présente un risque environnemental inacceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères, le défendeur devrait être obligé de procéder à un examen spécial sur la question—La décision n'était ni transparente, ni intelligible, puisqu'elle n'abordait pas expressément le risque environnemental limité dont il était question en l'espèce—La preuve se rapportant au risque n'était pas correctement documentée dans le dossier de manière à pouvoir étayer la décision—L'argument selon lequel la demanderesse ne retirera aucun bénéfice pratique du renvoi de l'affaire au défendeur a été rejeté—Si les critères relatifs à l'examen spécial prévu à l'art. 17 sont remplis, le défendeur doit procéder à cet examen, qui peut coïncider avec une réévaluation du pesticide au titre de l'art. 16—La demanderesse a droit à une analyse convenable de la question relative au pesticide soulevée en l'espèce—Demande accueillie.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Slansky v. Canada (Attorney General)*, T-716-06, 2011 FC 1467, has been affirmed on appeal (A-497-11, 2013 FCA 199), reasons for judgment handed down September 9, 2013. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, has been affirmed on appeal (2013 SCC 47). The reasons for judgment, handed down on September 19, 2013, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Envision Credit Union v. Canada*, A-479-10, 2011 FCA 321, has been affirmed on appeal (2013 SCC 48). The reasons for judgment, handed down September 26, 2013, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Boutin v. Air Canada*, A-561-12, 2013 FCA 82, Mainville J.A., judgment dated March 14, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused August 22, 2013.

*Chaudhry v. Canada (Attorney General)*, A-383-11, 2012 FCA 113, Evans J.A., judgment dated April 13, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused September 19, 2013.

*Lessard v. Canada*, T-1973-12, de Montigny J., order dated February 14, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused August 22, 2013.

*Meredith v. Canada (Attorney General)*, A-268-11, 2013 FCA 112, Dawson J.A., judgment dated April 26, 2013, leave to appeal to S.C.C. granted September 19, 2013.

*National Gallery of Canada v. Canadian Artists' Representation*, A-84-12, 2013 FCA 64, Noël and Pelletier J.J.A., judgment dated March 4, 2013, leave to appeal to S.C.C. granted August 15, 2013.

*Nautical Data International, Inc. v. C-Map USA Inc.*, A-115-12, A-116-12, 2013 FCA 63, Nadon and Sharlow J.J.A., judgment dated March 1, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused August 15, 2013.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Slansky c. Canada (Procureur général)*, T-716-06, 2011 CF 1467, a été confirmée en appel (A-497-11, 2013 CAF 199), les motifs du jugement ayant été prononcés le 9 septembre 2013. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, a été confirmé en appel (2013 CSC 47). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 19 septembre 2013, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Envision Credit Union c. Canada*, A-479-10, 2011 CAF 321, a été confirmé en appel (2013 CSC 48). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 septembre 2013, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Boutin c. Air Canada*, A-561-12, 2013 CAF 82, le juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 14 mars 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 août 2013.

*Chaudhry c. Canada (Procureur général)*, A-383-11, 2012 CAF 113, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 13 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 septembre 2013.

*Lessard c. Canada*, T-1973-12, le juge de Montigny, ordonnance en date du 14 février 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 août 2013.

*Meredith c. Canada (Procureur général)*, A-268-11, 2013 CAF 112, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 26 avril 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 19 septembre 2013.

*Musée des beaux-arts du Canada c. Le Front des artistes canadiens*, A-84-12, 2013 CAF 64, les juges Noël et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 4 mars 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 15 août 2013.

*Nautical Data International, Inc. c. C-Map USA Inc.*, A-115-12, A-116-12, 2013 CAF 63, les juges Nadon et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 1<sup>er</sup> mars 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 août 2013.

APPEALS NOTED

*Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, A-295-12, 2013 FCA 78, Dawson J.A., judgment dated March 13, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused September 12, 2013.

*Taylor v. Canada*, A-204-10, 2012 FCA 148, Dawson J.A., judgment dated May 23, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused August 15, 2013.

*Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, A-295-12, 2013 CAF 78, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 13 mars 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 septembre 2013.

*Taylor c. Canada*, A-204-10, 2012 CAF 148, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 23 mai 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 août 2013.



**Federal Courts  
Reports**

**2013, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



IMM-4752-10  
2011 FC 1383

IMM-4752-10  
2011 CF 1383

**Rabiul Mohammed Ashraf, Mohammed Ali Ashraf, Rahima Ashraf, Ireen Akter** (*Applicants*)

**Rabiul Mohammed Ashraf, Mohammed Ali Ashraf, Rahima Ashraf, Ireen Akter** (*demandeurs*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: ASHRAF v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : ASHRAF c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Mandamin J.—Toronto, April 12; Ottawa, December 13, 2011.

Cour fédérale, juge Mandamin—Toronto, 12 avril; Ottawa, 13 décembre 2011.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review seeking order of mandamus to compel respondent to render decision with respect to sponsored application for permanent residence under family class; order to prohibit respondent from pursuing allegations of medical inadmissibility or fraud; direction that respondent issue permanent residence — Applicant (Rabiul Mohammed Ashraf) sponsoring Bangladeshi family members — Visa officer refusing application because applicant's mother inadmissible on health grounds, suffering from renal failure — Immigration Appeal Division (IAD) concluding visa officer's decision not valid, allowing appeal on humanitarian, compassionate grounds, directing visa officer to continue to process application — Medical examinations revealing higher creatinine levels for mother than initially reported by applicants' doctor — Respondent requesting further medical tests — Applicants denying initial doctor's report fraudulent, challenging relevance of medical reports — Visa officer refusing application for permanent residence because applicants not complying with Immigration and Refugee Protection Act, ss. 16(1), 16(2)(b) — At issue extent to which visa officer bound by IAD decision — Within visa officer's discretion to evaluate facts before him, determine whether IAD decision applicable or not — Visa officer not required to limit factual findings to those before IAD — IAD not substituting own determination — Visa officer entitled to consider higher creatinine levels — However, new facts having to be raised with regard to context — Visa officer bound by IAD decision if satisfied with opinion of applicants' doctor mother's health stable — Obligated to provide fairness letter if accepting designated medical practitioner's view mother's health deteriorating — Visa officer not making required decision — Applications for mandamus, prohibition dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance de mandamus obligeant le défendeur à rendre une décision au sujet d'une demande parrainée de résidence permanente au titre du regroupement familial, une ordonnance interdisant au défendeur de donner suite à des allégations d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ou pour fraude, et une directive ordonnant au défendeur d'accorder la résidence permanente — Le demandeur parrainait des membres de sa famille bangladaise — L'agent des visas a rejeté la demande parce que la mère du demandeur était interdite de territoire pour motifs sanitaires, en raison d'une insuffisance rénale — La Section d'appel de l'immigration (SAI) a conclu que la décision de l'agent des visas n'était pas valide, et a accueilli l'appel pour des motifs d'ordre humanitaire, en donnant à l'agent des visas la directive de reprendre la demande — Les examens médicaux ont révélé que le taux de créatinine de la mère était supérieur à ce qu'avait indiqué le médecin des demandeurs antérieurement — Le défendeur a demandé d'autres analyses médicales — Les demandeurs ont nié que le rapport médical initial était frauduleux, et ils ont contesté la pertinence des rapports médicaux — L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente parce que les demandeurs n'avaient pas respecté les art. 16(1) et 16(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il s'agissait de savoir dans quelle mesure l'agent des visas était lié par la décision de la SAI — Il incombe à l'agent des visas d'apprécier les faits qui lui sont soumis et de décider si la décision de la SAI est applicable ou non — L'agent des visas n'était pas obligé de s'en tenir aux conclusions de fait que la SAI a tirées dans un premier temps — La SAI n'a pas substitué sa propre décision à la décision attaquée — L'agent des visas a le droit de prendre en compte le taux de créatinine plus élevé — Toutefois, on ne peut prendre en compte des faits nouveaux en faisant abstraction du contexte — L'agent des visas est tenu*

*de suivre la décision de la SAI s'il accepte l'opinion du médecin des demandeurs, selon laquelle l'état de santé de la mère est stable — L'agent des visas est tenu d'envoyer une lettre d'équité aux demandeurs s'il accepte l'opinion du médecin désigné, selon laquelle l'état de santé de la mère se détériore — L'agent des visas ne s'est jamais prononcé sur la question en jeu — Les demandes d'ordonnance de mandamus et de prohibition sont rejetées.*

This was an application for judicial review seeking an order of *mandamus* to compel the respondent to render a decision with respect to the applicants' sponsored application for permanent residence under the family class; an order to prohibit the respondent from pursuing allegations of medical inadmissibility or fraudulent misrepresentation; and a direction that the respondent issue permanent residence without requiring further documents apart from valid passports.

The applicant Rabiul Mohammed Ashraf applied to sponsor the members of his Bangladeshi family. A visa officer refused the applications for permanent residence because the applicant's mother was found inadmissible on health grounds related to chronic renal failure, and her health condition might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services as set out in paragraph 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD) found that neither the medical officer nor the visa officer had conducted an individualized assessment of the mother's medical costs other than considering the costs for two immunosuppressive drugs, and that the cost of those drugs did not constitute excessive demand. The IAD concluded that the visa officer's decision was not valid in law, allowed the appeal on humanitarian and compassionate (H&C) grounds, and directed the visa officer to continue to process the application in accordance with the reasons of the IAD. However, an error resulted in a request by the visa section for further medical examinations for all family members. The designated medical practitioner (DMP) reported higher creatinine levels for the applicant's mother than those initially reported by her doctor. Further medical tests were requested to clarify the differing creatinine levels. The applicants advised that the mother would attend a further medical examination but denied that their doctor's initial report was fraudulent and challenged the relevance of medical reports on the basis that the IAD had allowed their appeal on H&C grounds. The visa officer refused the application for permanent residence because the applicants did not comply with the requirements of subsection 16(1) and paragraph 16(2)(b) of the IRPA.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire introduite par les demandeurs en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* obligeant le défendeur à rendre une décision au sujet de leur demande parrainée de résidence permanente au titre du regroupement familial, une ordonnance interdisant au défendeur de donner suite à des allégations d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ou de déclarations inexactes et frauduleuses, et une directive ordonnant au défendeur d'accorder la résidence permanente sans demander d'autres documents que des passeports valides.

Le demandeur, Rabiul Ashraf, a demandé de parrainer les membres de sa famille bangladaise. Un agent des visas a rejeté les demandes de résidence permanente parce que la mère du demandeur était interdite de territoire pour motifs sanitaires en raison d'une insuffisance rénale chronique et que son état de santé risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé, au sens de l'alinéa 38(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). La Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a jugé que ni le médecin, ni l'agent des visas n'avaient procédé à une évaluation personnalisée des coûts médicaux reliés à l'état de santé de la mère du demandeur, si ce n'est qu'ils avaient tenu compte du coût de deux médicaments immunodépresseurs, et que le coût de ces médicaments ne représentait pas un fardeau excessif. La SAI a conclu que la décision de l'agent des visas n'était pas valide en droit, a fait droit à l'appel pour des motifs d'ordre humanitaire (motifs CH), et a obligé l'agent des visas à reprendre le traitement de la demande, conformément aux motifs de la SAI. Toutefois, une erreur a été commise, à la suite de laquelle la Section des visas a demandé que tous les membres de la famille passent un examen médical. Le médecin désigné (MD) a indiqué que la mère du demandeur présentait un taux de créatinine supérieur à celui qu'avait indiqué le médecin des demandeurs. D'autres analyses médicales ont été demandées afin de clarifier la différence des taux de créatinine. Les demandeurs ont annoncé que la mère subirait un autre examen médical, mais ont nié que le premier rapport médical était frauduleux et ont contesté la pertinence des rapports médicaux, étant donné qu'il avait été fait droit à l'appel pour des motifs CH. L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente parce que les demandeurs ne respectaient pas les conditions du paragraphe 16(1) et de l'alinéa 16(2)b) de la LIPR.

The principal issue was the extent to which a visa officer is bound by a decision of the IAD.

*Held*, the applications for *mandamus* and prohibition should be dismissed.

It lies within the visa officer's discretion to evaluate the facts before him and determine whether the IAD decision is applicable or not. The IAD decision did not require the visa officer to limit the factual findings to those that were before the IAD in the first instance. As in *Ayertey v. Canada (Citizenship and Immigration)*, the IAD did not exercise its discretion to substitute its own determination but directed the visa officer to continue to process the application in accordance with its reasons. The higher creatinine levels was new information that the visa officer was entitled to consider. However, new facts cannot be raised without regard to the context, otherwise a continuous cycle of refusal and appeal can arise to frustrate applicants. The IAD considered the situation where the mother's condition was stable and her medical requirements did not vary. If the visa officer was satisfied with the opinion of the applicants' doctor that the mother's condition was stable, then the visa officer was bound by the IAD decision. If the visa officer accepted the DMP's view that the state of the mother's health was deteriorating because of kidney failure, then the visa officer was obligated to provide a fairness letter to the applicants. The visa officer never made the decision he was required to make, requesting instead a further medical report and subsequently denying the application for permanent residence. Finally, the fraud allegation distracted the parties from addressing the question of whether the different creatinine readings represented a new adverse turn in the state of the mother's health or were merely a fluctuation due to a transitory factor.

The application for *mandamus* became moot with the decision of the visa officer to refuse the application for permanent residence and was dismissed. The application for a prohibition was also dismissed since it was held that the visa officer was entitled to consider the new medical information. No further orders were made given that the applicants appealed the visa officer's decision to the IAD.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 77 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 16(1),(2)(b), 38(1)(c), 42(a), 67(1),(2), 70, 72.

La question principale était de savoir dans quelle mesure l'agent des visas est lié par une décision de la SAI.

*Jugement* : les demandes d'ordonnance de *mandamus* et de prohibition doivent être rejetées.

Il incombe à l'agent des visas d'apprécier les faits qui lui sont soumis et de décider si la décision de la SAI est applicable ou non. La décision de la SAI n'obligeait pas l'agent des visas à s'en tenir aux conclusions de fait que la SAI a tirées dans un premier temps. Comme dans la décision *Ayertey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, la SAI n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de substituer sa propre décision à la décision attaquée, mais a plutôt renvoyé l'affaire à l'agent des visas pour qu'il reprenne la demande conformément aux motifs de la SAI. Le taux de créatinine plus élevé constituait un renseignement nouveau dont l'agent des visas pouvait tenir compte. Toutefois, on ne peut, sans risquer d'entamer un cycle sans fin de refus et d'appels qui ne peut que frustrer les demandeurs, prendre en compte des faits nouveaux en faisant abstraction du contexte. Suivant le dossier devant la SAI, l'état de santé de la mère du demandeur et ses besoins sur le plan médical étaient stables. Si l'agent des visas accepte l'opinion du médecin des demandeurs, selon laquelle l'état de santé de la mère est stable, alors l'agent des visas est tenu de suivre la décision de la SAI. Par contre, si l'agent des visas accepte l'opinion du MD, selon laquelle l'état de santé de la mère se détériore en raison d'une insuffisance rénale, il est alors tenu d'envoyer une lettre d'équité aux demandeurs. L'agent des visas ne s'est jamais prononcé sur la question en jeu; il a plutôt demandé un autre examen médical et a, par la suite, rejeté la demande de résidence permanente. Enfin, l'allégation de fraude a amené les parties à ignorer la question en jeu, à savoir si les différentes mesures de la créatinine constituaient un nouvel élément négatif touchant l'état de santé de la mère, ou une simple fluctuation due à un facteur temporaire.

La demande de *mandamus* est devenue dépourvue d'effets pratiques étant donné le rejet, par l'agent des visas, de la demande de résidence permanente, et elle a donc été rejetée. La demande de prohibition a également été rejetée, étant donné qu'il a été conclu que l'agent des visas avait le droit de prendre en compte des renseignements médicaux nouveaux. Aucune autre ordonnance n'a été rendue, étant donné que les demandeurs ont interjeté appel de la décision de l'agent des visas devant la SAI.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 16(1),(2), 38(1)c), 42a), 67(1),(2), 70, 72.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Ayertey v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 599.

## CONSIDERED:

*Ashraf v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 CanLII 53855 (I.R.B.); *Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 8, [2002] 3 F.C. 257, 19 Imm. L.R. (3d) 304, 286 N.R. 328.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Firouz-Abadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 835, 393 F.T.R. 236, 99 Imm. L.R. (3d) 346.

APPLICATION for judicial review seeking an order of *mandamus* to compel the respondent to render a decision with respect to the applicants' sponsored application for permanent residence under the family class; an order to prohibit the respondent from pursuing allegations of medical inadmissibility or fraudulent misrepresentation; and a direction that the respondent issue permanent residence without requiring further documents apart from valid passports. Applications for *mandamus* and prohibition dismissed.

## APPEARANCES

*Matthew Jeffery* for applicants.  
*Margherita Braccio* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Matthew Jeffery*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MANDAMIN J.: This application was initially brought by the applicants for an order of *mandamus* compelling the respondent to render a decision with

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Ayertey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 599.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ashraf c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CanLII 53855 (C.I.S.R.); *Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 8, [2002] 3 C.F. 257.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Firouz-Abadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 835.

DEMANDE de contrôle judiciaire introduite par les demandeurs en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* obligeant le défendeur à rendre une décision au sujet de leur demande parrainée de résidence permanente au titre du regroupement familial, une ordonnance interdisant au défendeur de donner suite à des allégations d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ou de déclarations inexactes et frauduleuses, et une directive ordonnant au défendeur d'accorder la résidence permanente sans demander d'autres documents que des passeports valides. Demandes d'ordonnance de *mandamus* et de prohibition rejetées.

## ONT COMPARU

*Matthew Jeffery* pour les demandeurs.  
*Margherita Braccio* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Matthew Jeffery*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MANDAMIN : La présente demande a été initialement introduite par les demandeurs en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* obligeant le

respect to the applicants' sponsored application for permanent residence as a member of the family class. The applicants also sought an order prohibiting the respondent from pursuing allegations of medical inadmissibility or fraudulent misrepresentation relating to the medical condition of the applicant, Mrs. Rahima Ashraf. Finally, the applicants also sought a direction from the Court that the respondent issue permanent residence without requiring further documents apart from valid passports.

[2] The applicants' application for permanent residence has not followed the usual course for such applications. It involves an initial denial of permanent residence due to medical inadmissibility, a successful appeal to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IAD), a further request for medical information contrary to the usual practice of not revisiting medical reports following a successful IAD appeal on medical inadmissibility, another finding of medical inadmissibility on receipt of new medical reports, an allegation of fraudulent medical misrepresentation, and a third request for medical information which was not complied with culminating in a decision denying the application for permanent residence because the visa officer was not satisfied the applicants met the requirements for immigration. All this occurred over a period of eight years.

[3] I find judicial review was warranted but I decline to grant the requested remedies of *mandamus* and prohibition for the reasons that follow.

#### Background

[4] Mr. Rabiul Mohammed Ashraf is a Canadian citizen who sponsored his parents, Mr. Mohammed Ali Ashraf and Mrs. Rahima Ashraf, and his younger sister,

défendeur à rendre une décision au sujet de leur demande parrainée de résidence permanente au titre du regroupement familial. Les demandeurs sollicitaient également une ordonnance interdisant au défendeur de donner suite à des allégations d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ou de déclarations inexactes et frauduleuses concernant l'état de santé de la demanderesse, M<sup>me</sup> Rahima Ashraf. Enfin, les demandeurs demandaient à la Cour d'ordonner au défendeur d'accorder la résidence permanente sans demander d'autres documents que des passeports valides.

[2] La demande de résidence permanente des demandeurs n'a pas suivi le cours habituel de traitement des demandes. Il y a d'abord eu refus de leur accorder la résidence permanente pour des motifs sanitaires, suivi d'un appel devant la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (SAI) à l'égard duquel ils ont eu gain de cause, puis, contrairement à la pratique habituelle — de ne pas revenir sur les rapports médicaux après un jugement favorable de la SAI en appel d'une interdiction de territoire pour motifs sanitaires —, une autre demande de renseignements médicaux et, par la suite, une autre déclaration d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires après réception de nouveaux rapports médicaux, une allégation de déclaration inexacte frauduleuse en matière médicale, une troisième demande de renseignements médicaux à laquelle il n'a pas été donné suite, et pour terminer une décision rejetant la demande de résidence permanente parce que l'agent des visas n'était pas convaincu que les demandeurs répondaient aux conditions à remplir en matière d'immigration. Tout cela s'est déroulé sur une période de huit ans.

[3] J'estime que la demande de contrôle judiciaire était fondée, mais pour les motifs exposés ci-dessous je suis d'avis de rejeter les demandes de prohibition et de *mandamus*.

#### Contexte

[4] M. Rabiul Mohammed Ashraf est un citoyen canadien qui a parrainé ses parents, M. Mohammed Ali Ashraf et M<sup>me</sup> Rahima Ashraf, et sa jeune sœur,

Ms. Ireen Akter, for permanent resident status as members of the family class. All three applicants are citizens of Bangladesh.

[5] Mr. Rabiul Ashraf applied to sponsor his parents and sister in July 2002. His sponsorship was given initial approval and the applicants (Ali Ashraf, Rahima Ashraf and Ireen Akter) submitted their permanent resident applications on April 25, 2003 to the High Commission of Canada to Singapore.

[6] On December 18, 2006, the visa officer refused the applications for permanent residence because the mother, Mrs. Rahima Ashraf, was medically inadmissible. The visa officer found Mrs. Ashraf was inadmissible on health grounds because of chronic renal failure. She previously had had a kidney transplant and the visa officer concluded that her health condition might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services as set out in paragraph 38(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[7] Mr. Rabiul Ashraf, the sponsor, appealed the visa officer's decision to the IAD. On May 19, 2009 [2009 CanLII 53855], the IAD allowed the appeal.

[8] The IAD found that neither the medical officer nor the visa officer had conducted an individualized assessment of Mrs. Ashraf's medical costs other than considering the costs for two immunosuppressive drugs. The cost of those drugs did not constitute excessive demand. The IAD concluded that the visa officer's decision was not valid in law.

[9] The IAD addressed the question of humanitarian and compassionate (H&C) grounds. The IAD considered the fact that the appellant had demonstrated that he has continually supported his parents and was willing to continue to do so once they arrived in Canada as weighing in the appellant's favour. The IAD found that the parents owned property in Bangladesh and had funds of approximately \$90 000 to use as required. The IAD member was satisfied they would not become a burden on the Canadian public.

M<sup>me</sup> Ireen Akter, pour qu'ils obtiennent la résidence permanente au titre du regroupement familial. Les trois demandeurs sont des citoyens bangladais.

[5] M. Rabiul Ashraf a demandé de parrainer ses parents et sa sœur en juillet 2002. Son parrainage a initialement été approuvé et les demandeurs (Ali Ashraf, Rahima Ashraf et Ireen Akter) ont présenté leur demande de résidence permanente le 25 avril 2003 auprès du Haut-commissariat du Canada à Singapour.

[6] Le 18 décembre 2006, l'agent des visas a rejeté les demandes de résidence permanente parce que la mère, M<sup>me</sup> Rahima Ashraf, était interdite de territoire pour motifs sanitaires en raison d'une insuffisance rénale chronique. Elle avait subi, par le passé, une greffe de rein et l'agent des visas a conclu que son état de santé risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé au sens de l'alinéa 38(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[7] M. Rabiul Ashraf, le répondant, a interjeté appel de la décision de l'agent des visas devant la SAI. La SAI a fait droit à l'appel le 19 mai 2009 [2009 CanLII 53855].

[8] La SAI a jugé que ni le médecin ni l'agent des visas n'avaient procédé à une évaluation personnalisée des coûts médicaux reliés à l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf, si ce n'est qu'ils avaient tenu compte du coût de deux médicaments immunodépresseurs. Le coût de ces médicaments ne représentait pas un fardeau excessif. La SAI a conclu que la décision de l'agent des visas n'était pas valide en droit.

[9] La SAI a examiné la question des motifs d'ordre humanitaire (motifs CH). Elle a pris en compte le fait que l'appellant avait démontré qu'il avait toujours subvenu aux besoins de ses parents, qu'il était disposé à continuer à le faire après leur arrivée au Canada et que cet élément était favorable à l'appellant. La SAI a constaté que les parents de l'appellant possédaient des biens au Bangladesh et qu'ils disposaient d'économies s'élevant à environ 90 000 \$. La commissaire de la SAI a estimé qu'ils ne seraient pas un fardeau pour le public canadien.



[10] The IAD also considered the appellant's concern to have his parents in Canada so that his children and his brother's child would grow up knowing their grandparents. The IAD concluded there were sufficient H&C grounds to warrant special consideration, taking into account the best interests of the children affected by the decision.

[11] In result, the IAD concluded that the visa officer's refusal to grant permanent resident status on grounds of medical inadmissibility was wrong in law. The IAD also allowed the appeal on H&C grounds, taking into consideration the additional cost for the immunosuppressive drugs, the resources of the family, and the best interests of the children directly affected by the decision.

[12] The IAD directed:

The appeal is allowed. The officer's decision to refuse a permanent resident visa is set aside, and the officer must continue to process the application in accordance with the reasons of the Immigration Appeal Division.

[13] The visa officer employed at the High Commission of Canada to Singapore continued processing the applicants' application for permanent residence as members of the family class. On June 25, 2009, the visa officer entered the following notation in the CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes: "Spouse's medical inadmissibility has been set aside by IAD". The visa officer provided an affidavit concerning the events that occurred with respect to the processing of this application for permanent residence. He declared:

In cases of medical admissibility where appeals to the IAD are allowed, the policy at the High Commission in Singapore is that when medicals are obtained, they are stamped "appeal allowed" so that the medical section does not request a furtherance. However in this particular case, the medicals were not stamped in error.

[14] On November 25, 2009, the visa section in Singapore requested medicals for all family members.

[10] La SAI a également tenu compte du fait que l'appelant souhaitait que ses parents vivent au Canada pour que ses enfants ainsi que l'enfant de son frère grandissent avec leurs grands-parents. La SAI a conclu que, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants directement touchés, il existait suffisamment de motifs CH pour justifier des mesures spéciales.

[11] En bout de ligne, la SAI a conclu que le refus, de la part de l'agent des visas, d'accorder la résidence permanente pour motifs sanitaires était mal fondé en droit. La SAI a fait droit à l'appel pour des motifs CH, après avoir pris en compte les frais supplémentaires devant être supportés pour les médicaments immunodépresseurs, les ressources de la famille, et l'intérêt supérieur des enfants directement touchés par la décision.

[12] La SAI a déclaré :

Il est fait droit à l'appel. La décision de l'agent de refuser de délivrer un visa de résident permanent est cassée, et l'agent doit reprendre le traitement de la demande conformément aux motifs de la Section d'appel de l'immigration.

[13] L'agent des visas qui travaillait au Haut-commissariat du Canada à Singapour a continué à traiter la demande de résidence permanente au titre du regroupement familial présentée par les demandeurs. Le 25 juin 2009, il a inscrit la mention suivante dans le STIDI [Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration] : [TRADUCTION] « Interdiction de territoire pour motifs sanitaires de la conjointe annulée par la SAI ». L'agent des visas a fourni un affidavit qui relate ce qui s'est passé au cours du traitement de la demande de résidence permanente. Il a déclaré ceci :

[TRADUCTION] Dans les cas où un appel devant la SAI visant une interdiction de territoire pour motifs sanitaires est accueilli, le Haut-commissariat à Singapour a pour politique d'apposer un tampon, « appel accueilli », sur les rapports médicaux pour que la section médicale ne demande pas un suivi. Cependant, dans cette affaire, une erreur a été commise et le tampon n'a pas été apposé sur les rapports médicaux.

[14] Le 25 novembre 2009, la Section des visas de Singapour a demandé que tous les membres de la famille passent un examen médical.

[15] On January 25, 2010, the designated medical practitioner (DMP), Dr. Wahab, concluded medical examinations of the applicants. Dr. Wahab reported Mrs. Ashraf's creatinine level to be 2.1 mg/dl. He noted that she provided him with a report dated January 19, 2010 from her doctor, Dr. Khan, which showed her creatinine level at 1.2 mg/dl. Creatinine is a waste product generated in the body and the creatinine level is an indicator of kidney function.

[16] On February 4, 2010, the regional medical officer sent a request (via the visa officer) to Dr. Khan to explain the difference between the results of the creatinine levels he reported on January 19, 2010 and those reported by Dr. Wahab on January 25, 2010.

[17] On February 9, 2010, the visa section sent a letter requesting further medical tests in accordance with the medical officer's request to the DMP for a recent report from Dr. Khan to include details of current clinical status or any relevant investigation performed as well as clarification of the differing creatinine levels.

[18] On February 18, 2010, the applicants' counsel advised that Mrs. Ashraf would attend a further medical examination but reminded the visa officer of the IAD decision and requested the processing not be delayed due to considerations related to Mrs. Ashraf's medical condition.

[19] On February 23, 2010, the visa officer provided a copy of the IAD decision to the medical section. In the CAIPS notes is the following notation:

Copy of IAD decision regarding medical condition provided to medical section today to overt [sic] another furtherance for the condition identified in the appeal.

That same day the visa officer advised counsel for the applicants by email that the next medical determination will not be delayed due to the specific condition identified in the ruling.

[15] Le 25 janvier 2010, le médecin désigné (MD), le D<sup>r</sup> Wahab, a procédé à l'examen médical des demandeurs. Le D<sup>r</sup> Wahab a indiqué que M<sup>me</sup> Ashraf présentait un taux de créatinine de 2,1 mg/dl. Il a noté qu'elle lui avait remis un rapport de son médecin, le D<sup>r</sup> Khan, daté du 19 janvier 2010, qui indiquait que son taux de créatinine était de 1,2 mg/dl. La créatinine est une substance fabriquée par le corps dont la concentration est un indicateur de la fonction rénale.

[16] Le 4 février 2010, le médecin régional a envoyé au D<sup>r</sup> Khan (par l'intermédiaire de l'agent des visas) une lettre dans laquelle il lui demandait d'expliquer la différence entre les taux de créatinine qu'il avait signalés le 19 janvier 2010 et ceux qui avaient été indiqués par le D<sup>r</sup> Wahab le 25 janvier 2010.

[17] Le 9 février 2010, la section des visas a envoyé une lettre demandant d'autres analyses médicales conformément à la demande transmise par le médecin régional au MD, invitant le D<sup>r</sup> Khan à préparer un rapport récent contenant des renseignements sur l'état clinique actuel de sa patiente ou sur toute autre analyse pertinente ainsi que des précisions sur la différence des taux de créatinine.

[18] Le 18 février 2010, le conseil des demandeurs a informé la section des visas du fait que M<sup>me</sup> Ashraf subirait un autre examen médical, mais a rappelé à l'agent des visas l'existence de la décision de la SAI et a demandé que le traitement de la demande ne soit pas retardé en raison d'éléments reliés à l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf.

[19] Le 23 février 2010, l'agent des visas a fourni une copie de la décision de la SAI à la section médicale. On trouve l'inscription suivante dans le STIDI :

[TRADUCTION] Copie de la décision de la SAI concernant l'état de santé remise aujourd'hui à la section médicale pour éviter une autre demande de suivi concernant le problème de santé dont il a été fait état en appel.

Ce même jour, l'agent des visas a informé le conseil des demandeurs par courriel que la prochaine décision médicale ne serait pas retardée à cause du problème de santé dont il était fait état dans la décision d'appel.

[20] On March 2, 2010, the visa officer was advised that Mrs. Ashraf may have received a request for medical follow-up from the medical section and this notice should be ignored.

[21] Also on March 2, 2010, the medical section sent a report to the visa officer finding Mrs. Ashraf to be medically inadmissible because of renal (relating to the kidneys) failure. The medical report concluded that Mrs. Ashraf was in stage 4 of chronic renal failure. The prognosis of renal failure is that it was reasonable to expect progressive deterioration of the applicant's kidney function "as has been already seen" and she would require ongoing assessment and management by specialists in the field of renal disease as well as diabetes and hypertension. The report stated "Further deterioration of her already impaired renal function will require access to specialized hospital facilities and services for diagnosis and treatment including pre-dialysis and renal transplantation".

[22] The medical officer offered the opinion that Mrs. Ashraf had a health condition that might reasonably be expected to cause excessive demand on health services the costs of which will exceed the Canadian per capita costs over 5 to 10 years and opined that applicant was therefore inadmissible under paragraph 38(1)(c) of the IRPA.

[23] On March 4, 2010, the medical section sent an email to the visa officer reiterating concerns over the large discrepancy between Dr. Wahab's (2.1 mg/dl) and Dr. Khan's (1.2 mg/dl) creatinine findings. The email states:

Paul as discussed re Appeal Allowed case Ashraf find two medical reports written by the same doctor almost three years apart. I note that the content of the Jan 2010 letter is much less, but what IS there is almost identical to that written in March 07. Of interest to Dr. Dobie and the reason for the furtherance before we learned that this was an Appeal Allowed file was the doctor's reference to a serum creatinine of 1.2

[20] Le 2 mars 2010, l'agent des visas a été informé du fait que M<sup>me</sup> Ashraf avait peut-être reçu une demande de suivi médical provenant de la section médicale et, le cas échéant, qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de cet avis.

[21] Le 2 mars 2010 également, la section médicale a envoyé un rapport à l'agent des visas qui concluait que M<sup>me</sup> Ashraf était interdite de territoire pour motifs sanitaires en raison d'une insuffisance rénale. Le rapport médical concluait que M<sup>me</sup> Ashraf souffrait d'une insuffisance rénale chronique au stade 4. Suivant le pronostic relatif à l'insuffisance rénale, il était raisonnable de s'attendre à une détérioration progressive de la fonction rénale de la demanderesse [TRADUCTION] « déjà constatée » et que celle-ci exigerait des évaluations et un suivi continu de la part de néphrologues et de spécialistes du diabète et de l'hypertension. Le rapport indiquait en outre que [TRADUCTION] « la détérioration progressive d'une fonction rénale déjà réduite exigera un accès à des hôpitaux spécialisés ainsi que des services de diagnostic et de traitement, y compris la pré-dialyse et la greffe rénale ».

[22] Le médecin se disait d'avis que l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé et que les coûts des services requis excéderaient la moyenne par habitant au Canada des dépenses pour les services de santé sur une période de 5 à 10 ans; il a conclu que la demanderesse était par conséquent interdite de territoire pour motifs sanitaires aux termes de l'alinéa 38(1)c) de la LIPR.

[23] Le 4 mars 2010, la section médicale a envoyé un courriel à l'agent des visas dans lequel elle faisait à nouveau état de ses préoccupations au sujet de l'écart important existant entre les taux de créatinine relevés par le D<sup>r</sup> Wahab (2,1 mg/dl) et le D<sup>r</sup> Khan (1,2 mg/dl). Le courriel mentionne :

[TRADUCTION] Paul, comme nous en avons parlé au sujet du dossier Ashraf appel accueilli, il y a deux rapports médicaux écrits par le même médecin à près de trois ans d'intervalle. Je note que la lettre de janvier 2010 est moins détaillée, mais que ce qui s'y trouve EFFECTIVEMENT est presque identique au contenu de la lettre du 7 mars. Le fait que le médecin ait fait mention d'un taux de créatinine sérique de 1,2 alors qu'en fait

when in fact the recent report we had in hand showed it o (sic) be 2.1.

I might have considered that a simple reversal of numbers in the report except that 1) the report is almost identical to the previous one and 2) a Nephrologist would NEVER say a graft function is normal if he actually saw the 2.1 result.

[24] On April 12, 2010, the visa officer then requested a site visit to Dr. Khan's office in Dhaka. He attached the medical report dated March 2, 2010, which was at variance with Dr. Khan's January 19, 2010 report and asking the site visitor to ask for an explanation of this "gross error".

[25] On April 30, 2010, the visa officer informed applicants' counsel they were investigating possible fraud on the file. On May 3, 2010, the visa officer further advised applicants' counsel that they were looking into the medical report provided by Dr. Khan with regard to Mrs. Ashraf's renal transplant. Counsel for the applicants responded on May 5, 2010 and submitted that the H&C ruling made medical inadmissibility no longer an issue and also contended the IAD was cognizant of Mrs. Ashraf's medical problems. Counsel also denied any fraud.

[26] On May 26, 2010, a representative from the Immigration Section at the Canadian High Commission in Dhaka visited Dr. Khan. The site visitor reported Dr. Khan stated the serum creatinine level was 1.20 mg/dl not gm/dl (correcting a typographical error in the January 19, 2010 report) and advised that the last visit by Mrs. Ashraf was on May 18, 2010. He provided a printout of the report of that visit. The May 18, 2010 printout indicated Mrs. Ashraf presented with: "Raised Creatinine. Cough. Renal check up". The report also had a handwritten notation "now up to 1.4 luc". Dr. Khan pointed out the patient was suffering from an infection which is why the creatinine level was higher, registering at 1.4 mg/dl that day she visited. The site

le rapport récent que nous avons en main indiquait qu'il était de 2,1 a retenu l'attention du D<sup>r</sup> Dobie et suscité un suivi avant que nous apprenions qu'il s'agissait d'un dossier ayant fait l'objet d'un appel favorable.

J'aurais pu penser qu'il y avait eu une simple interversion des chiffres inscrits dans le rapport n'eût été des faits suivants : 1) le rapport est pratiquement identique au rapport précédent; 2) un néphrologue ne dirait JAMAIS que le fonctionnement du greffon est normal s'il voyait un taux de 2,1.

[24] Le 12 avril 2010, l'agent des visas a demandé qu'une rencontre avec le D<sup>r</sup> Khan soit organisée à son cabinet de Dhaka. Il a joint le rapport médical daté du 2 mars 2010 qui différait de son rapport daté du 19 janvier 2010 et demandait à la personne chargée de rencontrer le médecin pour lui demander des explications au sujet de cette [TRADUCTION] « grossière erreur ».

[25] Le 30 avril 2010, l'agent des visas a informé le conseil des demandeurs que la section faisait enquête sur une possibilité de falsification dans le dossier. Le 3 mai 2010, l'agent des visas a également informé le conseil des demandeurs qu'ils allaient examiner le rapport médical fourni par le D<sup>r</sup> Khan au sujet de la greffe rénale qu'avait subie M<sup>me</sup> Ashraf. Le conseil des demandeurs a répondu le 5 mai 2010 en mentionnant qu'en raison de la décision sur la demande CH, la question de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ne se posait plus et en précisant que la SAI était au courant des problèmes médicaux de M<sup>me</sup> Ashraf. Le conseil niait également qu'il y ait eu fraude.

[26] Le 26 mai 2010, un représentant de la section de l'immigration du haut-commissariat du Canada à Dhaka a rencontré le D<sup>r</sup> Khan. La personne chargée de le rencontrer sur place a rapporté que le D<sup>r</sup> Khan avait déclaré que le taux de créatinine sérique était de 1,20 mg/dl et non gm/dl (corrigeant une erreur typographique figurant dans le rapport du 19 janvier 2010) et avait précisé que la dernière visite de M<sup>me</sup> Ashraf remontait au 18 mai 2010. Il a fourni une copie papier du rapport de cette visite, dans lequel figurent les renseignements suivants : [TRADUCTION] « Augmentation du taux de créatinine. Toux. Vérification de la fonction rénale ». Le rapport contenait également une note manuscrite [TRADUCTION] « s'élève maintenant à 1,4 ». Le D<sup>r</sup> Khan

visitors also reported Dr. Khan said the patient may need dialysis within five years.

[27] On June 1, 2010, the visa officer followed up on the site visit report he received. He emailed Dr. Khan asking about the difference between Dr. Khan's report of 1.2 mg/dl creatinine level and the report from the designated medical practitioner that her level was 2.1 mg/dl. He also questioned the doctor's reported statement that Mrs. Ashraf will need dialysis within five years.

[28] Dr. Khan responded by email on June 2, 2010, advising that he told the site visitors that it is unlikely Mrs. Ashraf will require dialysis within five years unless she is very unlucky. Her renal function is stable since transplantation. Dr. Khan stated "however she had some fluctuation of renal function particularly during the infection as renal transplants are prone to recurrent infection. Serum creatinine level 1.2 mg/dl and 2.1 mg/dl is not a big difference for her".

[29] On June 10, 2010, the medical section requested from the DMP a recent report from Dr. Khan and serum testing of Mrs. Ashraf.

[30] On June 16, 2010, counsel for the applicants again denied the medical report was fraudulent and challenged the relevance of medical reports because the appeal was allowed on H&C grounds despite the medical inadmissibility issue.

[31] On June 25, 2010, the visa officer emailed the applicants' counsel advising that he would be away until the beginning of August. He sought to assure counsel the concerns were genuine and included his notes on CAIPS so counsel could see their reasoning. The notes read:

a fait remarquer que la patiente souffrait d'une infection qui expliquait le taux élevé de créatinine, qui s'élevait à 1,4 mg/dl le jour de sa visite. Les agents envoyés sur place ont également déclaré que le D<sup>r</sup> Khan avait affirmé que la patiente aurait peut-être besoin de se faire dialyser d'ici cinq ans.

[27] Le 1<sup>er</sup> juin 2010, l'agent des visas a donné suite au rapport qu'on lui avait fait parvenir concernant la rencontre au cabinet du D<sup>r</sup> Khan. Il a envoyé au D<sup>r</sup> Khan un courriel dans lequel il lui demandait des explications au sujet de l'écart entre le taux de créatinine de 1,2 mg/dl indiqué dans son rapport et celui de 2,1 mg/dl figurant dans le rapport du médecin désigné. Il se demandait également si le médecin avait raison de dire que M<sup>me</sup> Ashraf aurait besoin de dialyse d'ici cinq ans.

[28] Le D<sup>r</sup> Khan a répondu par courriel le 2 juin 2010 qu'il avait déclaré aux agents envoyés sur place qu'il était peu probable que M<sup>me</sup> Ashraf ait besoin de dialyse d'ici cinq ans, à moins qu'elle n'ait vraiment pas de chance. Sa fonction rénale est stable depuis la greffe. Le D<sup>r</sup> Khan a déclaré [TRADUCTION] « toutefois, il y a eu quelques variations dans sa fonction rénale, en particulier lorsqu'elle a eu une infection, les greffes du rein s'accompagnant souvent d'infections répétées. Des taux de créatinine sérique de 1,2 mg/dl et de 2,1 mg/dl ne représentent pas des écarts importants dans son cas ».

[29] Le 10 juin 2010, la section médicale a demandé au MD d'obtenir un rapport récent du D<sup>r</sup> Khan et des analyses du sérum de M<sup>me</sup> Ashraf.

[30] Le 16 juin 2010, le conseil des demandeurs a à nouveau nié que le rapport médical était frauduleux et a contesté la pertinence des rapports médicaux, étant donné qu'il avait été fait droit à l'appel pour des motifs CH malgré la question de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires.

[31] Le 25 juin 2010, l'agent des visas a envoyé au conseil des demandeurs un courriel l'informant qu'il serait absent jusqu'au début du mois d'août. Il voulait démontrer au conseil que ses préoccupations étaient fondées et il avait joint les notes qu'il avait inscrites

Discussed file with Ops Mgr.

Large discrepancy in creatinine levels in tests done by DMP (2.1) and subjects nephrologist (1.2). The DMP's results suggest that the patiente [*sic*] is very much worse than what her doctor had indicated. Tests were done less than one week apart. Site visit was conducted by Dhaka to talk with doctor. He said that patiente [*sic*] was just in a week earlier (May18) and her level was 1.4 but that this was due to an infection. He also said that she may need dialysis within 5 years. Spoke to MOF who said that if her level is 1.2 which is normal, why does he think she will need dialysis in 5 years. I asked the doctor why he thought that and why the discrepancy between his test and DMPs. First he stated that "it is very unlikely to require dialysis within 5 years unless she is very unlucky." He described the discrepancy as "not a very big difference for her". MOF states this is a very big difference and means that her kidneys are failing again.

Appeal was allowed based on the fact that the excessive demand was not that much. Also, H&C was granted but panelist stated "In considering humanitarian and compassionate grounds, I have taken into account the amount of the excessive demand. That amount as demonstrated by the appellant's counsel is \$620 over the 5-year period. This amount in my view is minimal and on a scale, I am of the view that less humanitarian and compassionate grounds are needed in order to get over the inadmissibility than if the amount of excessive demand is greater" Dr. Khan's tests etc. were used as a guide in the decision. I [*sic*] appears that his testing has now been called into question. Given that the panelists decision was based on his treatment/testing and that the H&C was granted in part due to his framing of the case as not that much above the EDSS threshold, Ops Mgr and VO are of the opinion that there is scope to continue with the medical furtherance that was abandoned earlier. Med Section is now proceeding with furtherance letter to subject via rep.

dans le STIDI pour expliquer le raisonnement des autorités de l'immigration. Les notes se lisaient ainsi :

[TRADUCTION] Parlé du dossier avec le gest. op.

Écart important entre les taux de créatinine dans les analyses effectuées par le MD (2,1) et le néphrologue (1,2). Les résultats du MD semblent indiquer que l'état de santé de la patiente est beaucoup moins bon que ce que son médecin a déclaré. Des analyses ont été effectuées à moins d'une semaine d'intervalle. La visite sur les lieux a été effectuée par des représentants de Dhaka qui ont parlé au médecin. Il a déclaré que la patiente était venue une semaine auparavant (18 mai) et que son taux était à ce moment-là de 1,4, mais que cela était dû à une infection. Il a également déclaré qu'elle aura peut-être besoin de dialyse d'ici cinq ans. Parler au médecin agréé qui a déclaré que si son taux est de 1,2, ce qui est normal, pourquoi pense-t-il qu'elle aura besoin de dialyse d'ici cinq ans. J'ai demandé au médecin pourquoi il avait pensé cela et pourquoi il y avait un écart entre les résultats de ses analyses et ceux qui ont été fournis par le MD. Il a d'abord déclaré « qu'il est très peu probable qu'elle ait besoin de dialyse d'ici cinq ans, à moins qu'elle n'ait vraiment pas de chance. » Au sujet des différences relevées quant aux taux, il a dit qu'elles ne « représentent pas des écarts très importants dans son cas ». Le médecin agréé affirme que c'est une différence très importante et que cela veut dire qu'encore une fois ses reins ne fonctionnent pas adéquatement.

Il a été fait droit à l'appel en raison du fait que le fardeau que la patiente représenterait n'était pas vraiment excessif. De plus, la demande CH a été accueillie, mais la commissaire a déclaré ce qui suit : « En examinant les motifs d'ordre humanitaire, j'ai tenu compte du montant qui constitue prétendument un fardeau excessif. Comme l'a montré le conseil de l'appelante, ce montant est de 620 \$ sur une période de cinq ans. À mon avis, il s'agit d'un montant minime, et je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire que les motifs d'ordre humanitaire soient importants pour compenser la question de l'interdiction de territoire. » Les analyses et les autres renseignements fournis par le D<sup>r</sup> Khan ont été utilisés pour guider la décision. Il semble que les analyses auxquelles il a procédé soient maintenant mises en doute. Étant donné que la décision de la SAI était fondée sur ses analyses et le traitement prodigué à sa patiente, et que c'est notamment en raison du fait qu'il a donné à penser que les taux relevés ne dépassaient guère le seuil de l'échelle Expanded Disability Status Scale que la demande CH a été accueillie, le gest. op. et l'AV estiment qu'il y a des raisons de reprendre le suivi médical, qui a été abandonné. La section médicale prépare à l'heure actuelle une lettre de suivi qui sera transmise à l'intéressée par l'intermédiaire de son représentant.

The visa officer concluded by saying he hoped this shed light on the reasoning and why Mrs. Ashraf was required to complete the medical furtherance.

[32] On July 24, 2010, Dr. Khan provided a “To Whom It May Concern” report on the site visit. He stated he first corrected a printing error in the 2007 report in that Mrs. Ashraf’s creatinine level was 1.2 mg/dl not 1.2 g/dl. Second he explained the difference of the January 19, 2010 report (creatinine was 1.20 mg/dl) and January 26, 2010 (creatinine was 2.1 mg/dl) was because of a chest infection and that it was quite possible for a transplant patient to have fluctuations in creatinine level due to infection. He added her renal function was stable since the transplant in February 2006. He stated she has had similar fluctuations several times in the past. He had reported that she had 1.4 ml/dl in May 2010. He told the site visitors he did not see any major problem with her kidney condition and it was unlikely she would require dialysis within five years.

[33] Dr. Khan concluded by stating Mrs. Ashraf visited him that day, July 24, 2010, and he assessed her renal function using two different laboratory centres. He found her serum creatinine level to test at 1.36 mg/dl (Apollo Hospitals) and 1.4 gm/dl (Square Hospitals Ltd.). Copies of the laboratory results were appended.

[34] On November 8, 2010, another request was made to complete the applicant’s further medical examination. Mrs. Ashraf did not complete a further medical examination.

[35] On January 24, 2011, the visa officer refused the application for permanent residence because the applicants had not complied with the requirements of subsection 16(1) and paragraph 16(2)(b) of the IRPA which reads:

L’agent des visas concluait en disant qu’il espérait que ses notes aideraient à comprendre le raisonnement suivi et les raisons pour lesquelles M<sup>me</sup> Ashraf devait fournir d’autres renseignements médicaux.

[32] Le 24 juillet 2010, le D<sup>r</sup> Khan a remis un rapport « à qui de droit » au sujet de la rencontre ayant eu lieu à son cabinet. Il y indique qu’il a dans un premier temps fait corriger une erreur d’impression dans le rapport de 2007 qui aurait dû indiquer que le taux de créatinine de M<sup>me</sup> Ashraf était de 1,2 mg/dl et non pas de 1,2 g/dl. Ensuite, il précise que les écarts entre les taux figurant dans le rapport du 19 janvier 2010 (un taux de créatinine de 1,20 mg/dl) et celui du 26 janvier 2010 (un taux de créatinine de 2,1 mg/dl) sont dus à une infection pulmonaire, et qu’il n’est pas rare que les taux de créatinine d’un patient ayant subi une greffe présentent des fluctuations en raison d’une infection. Il ajoute que la fonction rénale de M<sup>me</sup> Ashraf est stable depuis la greffe effectuée en février 2006. Il indique en outre que par le passé elle a à plusieurs reprises présenté des fluctuations semblables. Il a rapporté qu’elle affichait un taux de 1,4 ml/dl en mai 2010. Il a déclaré aux agents ayant procédé à la vérification sur place qu’il ne pensait pas que M<sup>me</sup> Ashraf avait un trouble rénal grave et qu’il était peu probable qu’elle ait besoin de dialyse d’ici cinq ans.

[33] Le D<sup>r</sup> Khan a conclu en disant que M<sup>me</sup> Ashraf était venue le voir ce jour-là, soit le 24 juillet 2010, et qu’il avait évalué sa fonction rénale en faisant effectuer les analyses par deux laboratoires. Les taux de créatinine sérique relevés étaient de 1,36 mg/dl (Apollo Hospitals) et de 1,4 gm/dl (Square Hospitals Ltd.). Des copies des résultats des analyses effectuées par les deux laboratoires étaient jointes au rapport.

[34] Le 8 novembre 2010, on a demandé à la demanderesse de passer un autre examen médical. M<sup>me</sup> Ashraf n’a pas donné suite à cette demande.

[35] Le 24 janvier 2011, l’agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente parce que les demandeurs ne respectaient pas les conditions des paragraphes 16(1) et de (2) de la LIPR qui se lisent :

Obligation  
— answer  
truthfully

**16.** (1) A person who makes an application must answer truthfully all questions put to them for the purpose of the examination and must produce a visa and all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires.

...

Obligation  
— relevant  
evidence

(2) ...

(b) ... the foreign national must submit to a medical examination on request.

### *Procedural History*

[36] The applicants filed this application for leave and judicial review under subsection 72(1) of IRPA on August 16, 2010.

[37] Two days later, on August 18, 2010, the applicants brought a motion for injunction preventing the respondent from refusing the application on medical or misrepresentation grounds until the application for *mandamus* is determined. That motion for injunction was dismissed on September 3, 2010.

[38] On January 13, 2011, the applicants' application for leave and judicial review, namely for *mandamus*, prohibition and direction, was granted by Justice Kelen.

[39] On February 14, 2011, the applicants filed a sponsorship appeal with the IAD relating to the visa officer's January 24, 2011 refusal of the sponsorship application for permanent residence under the family class.

[40] The respondent subsequently brought a motion to have the *mandamus* application dismissed as moot. This motion was dismissed by the Court.

### *Decision Under Review*

[41] The applicants were seeking to have a decision made on their application for permanent residence under

**16.** (1) L'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visas et documents requis.

(2) S'agissant de l'étranger, [...] il est tenu de se soumettre, sur demande, à une visite médicale.

### *Historique de la procédure*

[36] Les demandeurs ont déposé le 16 août 2010 la présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire aux termes du paragraphe 72(1) de la LIPR.

[37] Deux jours plus tard, le 18 août 2010, les demandeurs ont présenté une requête en vue d'obtenir une injonction pour empêcher le défendeur de refuser la demande pour des motifs sanitaires ou en raison de fausses déclarations jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la demande de *mandamus*. Cette demande d'injonction a été rejetée le 3 septembre 2010.

[38] Le 13 janvier 2011, la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire des demandeurs, consistant en une demande de *mandamus*, de prohibition et de directives, a été accordée par le juge Kelen.

[39] Le 14 février 2011, les demandeurs ont déposé un appel en matière de parrainage devant la SAI concernant le rejet, le 24 janvier 2011, par l'agent des visas de la demande parrainée de résidence permanente au titre du regroupement familial.

[40] Le défendeur a par la suite présenté une requête en vue de faire rejeter la demande de *mandamus*, comme étant sans portée pratique. Cette requête a été rejetée par la Cour.

### *La décision attaquée*

[41] Les demandeurs demandaient que soit prise une décision au sujet de leur demande de résidence

Obligation  
du  
demandeur

Éléments de  
preuve



the family class status. At the time they filed their application, the issue had arisen as to whether the visa officer could require a medical furtherance of Mrs. Ashraf's condition having regard to the IAD appeal decision of the IAD. Notwithstanding the applicants' objections, the visa officer required a medical furtherance of Mrs. Ashraf which was not provided.

[42] Ordinarily there would be no issue arising where a requested decision was made before the *mandamus* application could be heard. However, in this instance, the visa officer's decision is made on contentious grounds, namely the question of the validity of the medical furtherance request having regard to the IAD decision.

[43] Subsection 72(1) states judicial review under the IRPA is broadly available. An applicant may apply for judicial review "with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised" but the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted.

[44] Notwithstanding that a decision has been made and the applicants have appealed to the IAD, it seems to me that controversies remain between the applicants and respondent that this Court should address.

## Legislation

[45] The *Immigration and Refugee Protection Act* provides at paragraphs 38(1)(c), 42(a), subsections 67(1), (2) and 70(1):

Obligation  
— answer  
truthfully

**16.** (1) A person who makes an application must answer truthfully all questions put to them for the purpose of the examination and must produce a visa and all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires.

permanente au titre du regroupement familial. Au moment où ils ont déposé leur demande, la question de savoir si l'agent des visas pouvait demander un suivi médical concernant l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf, compte tenu de la décision qu'avait rendue la SAI en appel, avait été soulevée. Malgré les objections des demandeurs, l'agent des visas a demandé que M<sup>me</sup> Ashraf fasse l'objet d'un suivi médical; cette dernière n'a pas donné suite à cette demande.

[42] Habituellement, il ne subsiste pas de question à trancher lorsque la décision sollicitée est prise avant que la demande de *mandamus* soit entendue. Cependant, en l'espèce, la décision de l'agent des visas repose sur un point litigieux, à savoir la validité de la demande de suivi médical compte tenu de la décision de la SAI.

[43] Suivant le paragraphe 72(1), le recours en contrôle judiciaire de la LIPR est un recours très large. Le demandeur peut demander le contrôle judiciaire « de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire », mais la demande ne peut être présentée tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées.

[44] Malgré qu'une décision ait été prise et que les demandeurs aient interjeté appel devant la SAI, j'estime qu'il demeure entre les demandeurs et le défendeur des questions non réglées que la Cour doit examiner.

## Dispositions légales

[45] Les alinéas 38(1)c), 42a), et les paragraphes 67(1), (2) et 70(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* énoncent ce qui suit :

Obligation  
du  
demandeur

**16.** (1) L'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visas et documents requis.

Obligation — relevant evidence	(2) ...  (b) the foreign national must submit to a medical examination on request.  ...  ...	(2) S'agissant de l'étranger, [...] et la dactyloscopie et il est tenu de se soumettre, sur demande, à une visite médicale.  [...]	Éléments de preuve
Health grounds	<b>38.</b> (1) A foreign national is inadmissible on health grounds if their health condition ...  (c) might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services.  ...	<b>38.</b> (1) Emporte, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour motifs sanitaires l'état de santé de l'étranger constituant vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques ou risquant d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.  [...]	Motifs sanitaires
Inadmissible family member	<b>42.</b> A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if  (a) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; or  ...	<b>42.</b> Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :  a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas;  [...]	Inadmissibilité familiale
Appeal allowed	<b>67.</b> (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,  (a) the decision appealed is wrong in law or fact or mixed law and fact;  (b) a principle of natural justice has not been observed; or  (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.	<b>67.</b> (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :  a) la décision attaquée est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;  b) il y a eu manquement à un principe de justice naturelle;  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.	Fondement de l'appel
Effect	(2) If the Immigration Appeal Division allows the appeal, it shall set aside the original decision and substitute a determination that, in its opinion, should have been made, including the making of a removal order, or refer the matter to the appropriate decision-maker for reconsideration.  ...	(2) La décision attaquée est cassée; y est substituée celle, accompagnée, le cas échéant, d'une mesure de renvoi, qui aurait dû être rendue, ou l'affaire est renvoyée devant l'instance compétente.  [...]	Effet

Decision binding	<p><b>70.</b> (1) An officer, in examining a permanent resident or a foreign national, is bound by the decision of the Immigration Appeal Division to allow an appeal in respect of the foreign national.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>70.</b> (1) L'agent est lié, lors du contrôle visant le résident permanent ou l'étranger, par la décision faisant droit à l'appel.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Effet de la décision
Application for judicial review	<p><b>72.</b> (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.</p>	<p><b>72.</b> (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.</p>	Demande d'autorisation
Application	<p>(2) the following provisions govern an application under subsection (1):</p> <p style="padding-left: 20px;"><i>(a)</i> the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;</p>	<p>(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :</p> <p style="padding-left: 20px;"><i>a)</i> elle ne peut être présentée tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées;</p>	Application
[46]	The applicants characterize the issues as follows:	[46]	Les demandeurs formulent les questions en litige de la façon suivante :
1.	Does the visa officer have jurisdiction to reconsider the medical inadmissibility issue given the decision of the Immigration Appeal Division which decided there was no inadmissibility, and in any case, allowed the appeal on H&C grounds?	1.	L'agent des visas a-t-il le pouvoir d'examiner à nouveau la question de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires, compte tenu de la décision de la Section d'appel de l'immigration selon laquelle il n'y avait pas d'interdiction de territoire et qui de plus fait droit à l'appel pour des motifs CH?
2.	Are the visa officer's concerns about the applicant's creatinine levels unreasonable?	2.	Les préoccupations de l'agent des visas au sujet des taux de créatinine de la demanderesse sont-elles déraisonnables?
[47]	The respondent differs and has characterized the issue in part as:	[47]	Le défendeur ne souscrit pas à cette formulation; pour lui le débat tourne autour du point suivant :
1.	The respondent has not acted unlawfully and has not unreasonably delayed the processing of the applicants' application for permanent residence.	1.	Le défendeur n'a pas agi de façon illégale et n'a pas retardé de façon déraisonnable le traitement de la demande de résidence permanente des demandeurs.
[48]	I would characterize the issues as follows:	[48]	Je formulerais les questions en litige de la façon suivante :
1.	To what extent is a visa officer bound by the decision of the IAD?	1.	Dans quelle mesure l'agent des visas est-il lié par la décision de la SAI?
2.	Is the visa officer entitled to investigate fraudulent misrepresentation with respect to medical information arising after the IAD decision?	2.	L'agent des visas a-t-il le droit de faire enquête sur une déclaration inexacte frauduleuse concernant des renseignements médicaux relevés après la décision de la SAI?

3. Is it permissible for the visa officer to request a medical furtherance on the basis of new information which has subsequently become available?

3. L'agent des visas est-il autorisé à demander un suivi médical en se fondant sur de nouveaux renseignements obtenus ultérieurement?

#### Standard of Review

[49] The Supreme Court of Canada has held that there are only two standards of review: correctness for questions of law and reasonableness involving questions of mixed fact and law and fact: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 50 and 53. A review in court may consider and apply past jurisprudence which has already established standard of review in a particular case: *Dunsmuir*, at paragraph 62.

[50] The decision of a visa officer where it concerns the obligation to conform to the decision of the IAD would be a matter of correctness since it relates to the interpretation of subsection 70(1) of the IRPA. The decision of the visa officer on a question of medical inadmissibility is a question of fact or mixed law and fact which involves a standard of reasonableness: *Firouz-Abadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 835, 393 F.T.R. 236, at paragraph 10.

#### Analysis

[51] The applicants submit that the visa officer did not have jurisdiction to decide as he did in refusing the application because of the binding effect of the IAD decision by operation of section 70 of the IRPA. Section 70 provides that an officer, in examining a permanent resident or a foreign national, is bound by the decision of the Immigration Appeal Division.

[52] The applicants submit Parliament's intention in enacting subsection 70(1) of the IRPA was to achieve finality after an appeal, and that the visa officer was strictly bound by the decision of the IAD to allow the appeal and that the visa officer could not revisit the appeal decision.

#### La norme de contrôle

[49] La Cour suprême du Canada a établi qu'il n'existe que deux normes de contrôle : la norme de la décision correcte pour les questions de droit et celle de la raisonnable pour les questions mixtes de fait et de droit ainsi que les questions de fait : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 50 et 53. La cour de révision peut suivre la jurisprudence qui a déterminé la norme de contrôle applicable à une catégorie de questions en particulier : *Dunsmuir*, au paragraphe 62.

[50] La décision d'un agent des visas dans la mesure où elle concerne l'obligation de suivre la décision de la SAI appelle l'application de la norme de la décision correcte puisqu'elle touche l'interprétation du paragraphe 70(1) de la LIPR. Par contre, la décision d'un agent des visas sur une question d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires est une question mixte de fait et de droit qui est assujettie à la norme de la raisonnable : *Firouz-Abadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 835, au paragraphe 10.

#### Analyse

[51] Les demandeurs soutiennent que l'agent des visas n'avait pas le pouvoir de rejeter la demande parce qu'il était lié par la décision de la SAI en raison de l'article 70 de la LIPR. L'article 70 énonce que l'agent est lié, lors du contrôle visant le résident permanent ou l'étranger, par la décision faisant droit à l'appel.

[52] Les demandeurs soutiennent que le paragraphe 70(1) de la LIPR reflète l'intention du législateur d'assurer le caractère définitif des appels, que l'agent des visas était lié par la décision de la SAI faisant droit à l'appel et qu'il ne pouvait modifier la décision d'appel.

[53] The respondent emphasizes that it is open to the visa officer to consider new material facts that were not before the IAD when it rendered its decision on appeal. The IAD decision does not prohibit a refusal based on new and relevant information, even if the statutory basis of the refusal remains the same.

[54] The respondent cites *Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 8, [2002] 3 F.C. 257, where the appellant was first refused permanent residence in 1995 by a visa officer on the grounds that he was inadmissible to Canada due to his criminal convictions. The IAD found that while the refusal was valid, special relief was warranted based on H&C grounds, including the fact that the criminal convictions were quite old. When the matter was sent back to a second visa officer, this visa officer discovered new information of criminal convictions in the previous years that had not been disclosed to the IAD. The second visa officer therefore denied the appellant's application on the basis of criminal inadmissibility. The appellant sought judicial review on the basis that the second visa officer was precluded from refusing admission on a requirement that the IAD had already dealt with. The Federal Court of Appeal considered section 77 [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] (the predecessor of section 70 of the IRPA), and found that it was open to a visa officer to consider new material facts not before the IAD in deciding whether to approve an application. The Federal Court of Appeal held (at paragraphs 15–16):

Under subsection 77(5), the visa officer must determine whether the sponsor and the individual being sponsored meet the requirements of the Act. That is both a legal and factual inquiry. When the IAD has found that an individual does not meet the requirements of the Act on the facts before it, but nevertheless grants humanitarian and compassionate relief, a visa officer under subsection 77(5) cannot deny the individual that relief on the basis of those same facts. The words “those requirements” that describe the requirements that the visa officer is prohibited from considering must have the same meaning as the immediately preceding words “meet the requirements of this Act and the regulations”. The visa officer cannot consider the same facts that have been considered by

[53] Le défendeur soutient qu'il est toujours loisible à l'agent des visas d'examiner des faits nouveaux importants qui n'ont pas été présentés à la SAI lorsqu'elle a rendu sa décision en appel. La décision de la SAI n'interdit pas un refus lorsque celui-ci est fondé sur de nouveaux renseignements pertinents, même si le fondement légal du refus demeure le même.

[54] Le défendeur cite l'arrêt *Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 8, [2002] 3 C.F. 257, dans lequel l'appelant s'était vu refuser une première fois la résidence permanente en 1995 par un agent des visas au motif qu'il était interdit de territoire au Canada en raison de ses condamnations pénales. La SAI a jugé que le refus était valide, mais qu'il y avait lieu de prendre des mesures spéciales pour des motifs CH, notamment en raison du fait qu'il s'agissait de condamnations anciennes. Lorsque l'affaire a été renvoyée à un deuxième agent des visas, celui-ci a découvert l'existence d'autres condamnations au criminel prononcées au cours des années antérieures qui n'avaient pas été divulguées à la SAI. Le deuxième agent des visas a donc refusé la demande de l'appelant pour cause d'interdiction de territoire pour criminalité. L'appelant a sollicité le contrôle judiciaire de cette décision au motif que le deuxième agent des visas ne pouvait refuser l'admission en raison d'une exigence dont la SAI avait déjà tenu compte. La Cour d'appel fédérale a examiné l'article 77 [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (la version antérieure de l'article 70 de la LIPR), et a jugé que l'agent des visas avait la possibilité de tenir compte de faits nouveaux importants qui n'avaient pas été soumis à la SAI pour statuer sur une demande. La Cour d'appel fédérale a déclaré (aux paragraphes 15 et 16) :

En vertu du paragraphe 77(5), l'agent des visas doit décider si le répondant et la personne parrainée satisfont aux exigences de la Loi. C'est une enquête juridique et factuelle à la fois. Lorsque la SAI a conclu qu'une personne ne satisfait pas aux exigences de la Loi selon les faits portés à sa connaissance, mais qu'elle accorde néanmoins une mesure d'ordre humanitaire, un agent des visas ne peut pas, en vertu du paragraphe 77(5), refuser cette mesure à cette personne en se fondant sur les mêmes faits. Les mots « ces exigences » décrivant les exigences dont il est interdit à l'agent des visas de tenir compte doivent avoir le même sens que les mots précédant immédiatement « satisfont aux exigences de la présente loi et de ses règlements ». L'agent des visas ne peut

the IAD and come to a different decision than the IAD. As the appellant points out, the visa officer does not, under subsection 77(5), sit in appeal or review of a decision of the IAD. That is the reason for the words “other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given”.

However, the relief granted by the IAD is predicated on the facts presented to the IAD. Where new facts come to the attention of the visa officer, the visa officer is required to consider whether the sponsor and the person being sponsored meet the requirements of the Act, having regard to those new facts. Of course, the facts must be new in the sense that they arose after the IAD hearing or, as in this case, were within the knowledge of the sponsoree but were withheld from the IAD and were discovered subsequently. Also, the new facts considered by the visa officer must be material. A visa officer cannot seize on insignificant facts. To do that would, in effect, mean that the visa officer was considering whether the individual met the requirements of the Act on virtually the same material facts considered by the IAD. [Emphasis added.]

[55] The respondent also cites the recent *Ayertey v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 599, where the applicant’s application to sponsor her 22-year-old son who was a student was denied on the basis that the applicant was in receipt of social assistance. The IAD allowed the appeal on H&C grounds and returned the matter to the visa officer with the same instructions to “continue to process the application in accordance with the reasons of the IAD”. During the interview with a second visa officer, the son admitted that he was not a full-time student. As a result, the sponsorship application was rejected as the visa officer was not satisfied the son met the definition of a dependent child.

[56] The issue before the Federal Court in *Ayertey* was whether the second visa officer was bound to accept that the son was in full-time studies. The Federal Court noted that the IAD did not exercise its discretion to substitute its own determination, but rather returned the matter to the visa officer with the section 70 instructions. The Court noted, “Had the IAD meant, in its 2006 decision, that the only matter for consideration in the subsequent visa officer review was ‘special relief’, the IAD would have substituted a determination that, in its opinion,

pas tenir compte des mêmes faits dont la SAI a tenu compte et en venir à une décision différente de celle de la SAI. Comme le signale l’appelant, l’agent des visas, selon le paragraphe 77(5), ne siège pas en appel ou en révision de la décision de la SAI. C’est la raison pour laquelle ont été utilisés les mots « autres que celles sur lesquelles la section d’appel a rendu sa décision ».

Cependant, la mesure accordée par la SAI se fonde sur les faits présentés à cette dernière. Lorsque des faits nouveaux sont portés à l’attention de l’agent des visas, celui-ci doit tenir compte de la question de savoir si le répondant et la personne parrainée satisfont aux exigences de la Loi, étant donné ces faits nouveaux. Naturellement, les faits doivent être nouveaux en ce sens qu’ils ont pris naissance après l’audience de la SAI ou, comme en l’espèce, étaient connus de la personne parrainée, mais avaient été cachés à la SAI et ont été découverts par la suite. De plus, les faits nouveaux dont l’agent des visas tient compte doivent être pertinents. Un agent des visas ne peut pas sauter sur des faits non pertinents. Agir ainsi, cela voudrait dire, en effet, que l’agent des visas examinait si la personne satisfaisait aux exigences de la Loi sur pratiquement les mêmes faits pertinents dont la SAI a tenu compte. [Non souligné dans l’original.]

[55] Le défendeur cite également la décision récente *Ayertey c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 599. Dans cette affaire, la demande de parrainage du fils de 22 ans de la demanderesse, qui était étudiant, a été rejetée parce que la demanderesse était bénéficiaire d’assistance sociale. La SAI a fait droit à l’appel pour des motifs CH et a renvoyé le dossier à l’agent des visas avec les directives aussi données en l’espèce, à savoir « reprendre la demande conformément aux motifs de la SAI ». Pendant l’entrevue avec un deuxième agent des visas, le fils a admis qu’il n’était pas étudiant à temps plein. La demande de parrainage a donc été rejetée parce que l’agent des visas n’a pas estimé que le fils était visé par la définition d’enfant à charge.

[56] La question en litige devant la Cour fédérale dans l’affaire *Ayertey* était de savoir si le deuxième agent des visas était tenu d’accepter que le fils étudiait à temps plein. La Cour fédérale a constaté que la SAI n’avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de substituer sa propre décision à la décision attaquée, mais avait plutôt renvoyé l’affaire à un agent des visas avec les directives prévues à l’article 70. La Cour a fait remarquer ce qui suit : « Si la SAI voulait, dans sa décision de 2006, que le seul point à examiner dans l’évaluation subséquente

should have been made — as allowed for in s. 67(2) of *IRPA*”: *Ayertey*, at paragraph 12. The Court concluded that the first IAD decision did not mandate that the second visa officer accept the earlier findings of the first officer.

[57] I agree with the respondent. Like *Ayertey*, the IAD concluded its decision in Mrs. Ashraf’s case with the words “the officer must continue to process the application in accordance with the reasons of the Immigration Appeal Decision.” I conclude the IAD decision did not require the visa officer to limit the factual findings to that which was before the IAD in the first instance.

#### *Fraud Allegation*

[58] The applicants further submit the visa officer’s decision was unreasonable. The applicants say the visa officer stated they were inquiring into a possible fraud allegation. They did not find any evidence to that effect.

[59] The fraud allegation arises following the discrepancy in the two reports of Mrs. Ashraf’s creatinine levels in January 2010 by Dr. Khan and Dr. Wahab. Their genesis appears to be the email from the medical section on March 4, 2010, where the writer vigorously disputes Dr. Khan’s reports. To repeat, that email states:

Paul as discussed re Appeal Allowed case Ashraf find two medical reports written by the same doctor almost three years apart. I note that the content of the Jan 2010 letter is much less, but what IS there is almost identical to that written in March 07. Of interest to Dr. Dobie and the reason for the furtherance before we learned that this was an Appeal Allowed file was the doctor’s reference to a serum creatinine of 1.2 when in fact the recent report we had in hand showed it o (sic) be 2.1.

effectuée par un autre agent des visas était les “mesures spéciales”, elle aurait substitué la décision de l’agent par une autre qui, à son avis, aurait dû être rendue — tel que prévu au paragraphe 67(2) de la LIPR » : *Ayertey*, au paragraphe 12. La Cour a conclu que la première décision de la SAI n’obligeait pas le second agent des visas à accepter les conclusions auxquelles était auparavant arrivé le premier agent.

[57] Je souscris à l’argument du défendeur. Tout comme dans la décision *Ayertey*, en l’espèce la SAI a précisé en terminant que « l’agent doit reprendre le traitement de la demande conformément aux motifs de la Section d’appel de l’immigration ». Je conclus que la décision de la SAI n’obligeait pas l’agent des visas à s’en tenir aux conclusions de fait que la SAI a tirées dans un premier temps.

#### *L’allégation de fraude*

[58] Les demandeurs soutiennent également que la décision de l’agent des visas était déraisonnable. Les demandeurs soulignent que l’agent des visas a affirmé qu’il y avait une enquête sur une allégation de fraude. Or, aucune preuve n’a été recueillie à cet effet.

[59] L’allégation de fraude découle des différences relevées dans les deux rapports concernant le taux de créatinine que présentait M<sup>me</sup> Ashraf, rédigés en janvier 2010 par les D<sup>rs</sup> Khan et Wahab. Ces allégations semblent découler du courriel envoyé par la section médicale le 4 mars 2010, dans lequel l’auteur conteste vivement les rapports du D<sup>r</sup> Khan, dont je reprends à nouveau le contenu :

[TRADUCTION] Paul, comme nous en avons parlé au sujet du dossier Ashraf appel accueilli, il y a deux rapports médicaux écrits par le même médecin à près de trois ans d’intervalle. Je note que la lettre de janvier 2010 est moins détaillée, mais que ce qui s’y trouve EFFECTIVEMENT est presque identique au contenu de la lettre du 7 mars. Le fait que le médecin ait fait mention d’un taux de créatinine sérique de 1,2 alors qu’en fait le rapport récent que nous avons en main indiquait qu’il était de 2,1 a retenu l’attention du D<sup>r</sup> Dobie et suscité un suivi avant que nous apprenions qu’il s’agissait d’un dossier ayant fait l’objet d’un appel favorable.

I might have considered that a simple reversal of numbers in the report except that 1) the report is almost identical to the previous one and 2) a Nephrologist would NEVER say a graft function is normal if he actually saw the 2.1 result.

[60] I begin by saying that this is not a medical report. Nor is it well grounded. The two reports of Dr. Khan from 2007 and 2010 are similar, not surprising given the forms used, but not “almost identical”. The email makes reference to the IAD appeal which is not part of any medical assessment. Finally, it speculatively and loudly opines “a Nephrologist would NEVER say a graft function is normal if he actually saw the 2.1 result.”

[61] As a result of the email, the visa officer ordered a site visit, advised the applicants’ counsel they were investigating a possible fraud, and required a medical furtherance of Mrs. Ashraf. However, at the hearing of this matter, the respondent disclaimed any reliance on a medical fraud claim. Nor was there any further inquiry following the receipt of Dr. Khan’s emailed response to the site visit on June 2, 2010. However, the visa officer indirectly uses the allegation to question the reliability of Dr. Khan’s testing before the IAD.

[62] In my view, the fraud allegation unnecessarily complicated the processing of the applicants’ application for permanent residence and distracted the parties from addressing the matter at hand, namely the March 2, 2010 medical officer’s report which interpreted the 2.1 mg/dl creatinine test result as being an indication that Mrs. Ashraf’s kidneys were failing and concluding she was medically inadmissible. Despite a careful review of the certified tribunal record, there is no indication this finding was put to the applicants by way of a fairness letter.

[63] As a result, the question of whether the different creatinine readings represented a new adverse turn in the

J’aurais pu penser qu’il y avait eu une simple interversion des chiffres inscrits dans le rapport n’eût été des faits suivants : 1) le rapport est pratiquement identique au rapport précédent; 2) un néphrologue ne dirait JAMAIS que le fonctionnement du greffon est normal s’il voyait un taux de 2,1.

[60] En premier lieu, il me faut souligner qu’il ne s’agit pas d’un rapport médical. De plus, ce document n’est pas bien étayé. Les deux rapports du Dr Khan de 2007 et de 2010 sont semblables, ce qui n’est pas surprenant, compte tenu des formulaires utilisés, mais ils ne sont pas « presque identiques ». Le courriel fait référence à l’appel devant la SAI, aspect qui ne fait pas partie de l’examen médical. Enfin, on y émet avec force un avis fondé sur une conjecture à savoir qu’« un néphrologue ne dirait JAMAIS que le fonctionnement du greffon est normal s’il voyait un taux de 2,1 ».

[61] À la suite du courriel, l’agent des visas a ordonné une vérification sur place, a informé le conseil des demandeurs qu’il y avait une enquête sur une fraude possible et demandé que M<sup>me</sup> Ashraf fasse l’objet d’un suivi médical. Cependant, à l’audience, le défendeur a nié que les mesures avaient été prises sur le fondement d’une allégation de fraude médicale. Il n’y a pas non plus eu d’autre enquête à la suite de la réception de la réponse envoyée par le Dr Khan par courriel, qui faisait suite à la vérification effectuée sur place le 2 juin 2010. L’agent des visas a toutefois indirectement utilisé cette allégation pour remettre en question devant la SAI la fiabilité des résultats d’analyse fournis par le Dr Khan.

[62] À mon avis, l’allégation de fraude a inutilement compliqué le traitement de la demande de résidence permanente des demandeurs et a amené les parties à ignorer la question en jeu, à savoir le rapport du médecin agréé du 2 mars 2010 qui concluait que le taux de créatinine de 2,1 mg/dl indiquait que les reins de M<sup>me</sup> Ashraf fonctionnaient mal et qu’elle était en conséquence interdite de territoire pour motifs sanitaires. J’ai examiné avec soin le dossier certifié du tribunal et je n’ai pas trouvé d’élément indiquant que cette conclusion ait été communiquée aux demandeurs au moyen d’une lettre d’équité.

[63] Par conséquent, la question de savoir si les différentes mesures de la créatinine constituaient un nouvel



state of Mrs. Ashraf's health or were merely a fluctuation due to a transitory factor such as a respiratory illness was never addressed.

#### *New Information*

[64] I have found the visa officer is not limited to the factual findings that were before the IAD. In considering whether the visa officer is entitled to have regard to the 2.1 mg/dl creatinine level reported in the January DMP testing I note first the request for medical reports was the result of an error by visa officials in failing to note the IAD decision on file. I also note that the applicants through their counsel consented to the medical examination to be done with the IAD appeal decision in mind.

[65] I consider the 2.1 reading to be new information that the visa officer is entitled to consider. However, new facts cannot be raised without regard to the context, otherwise a continuous cycle of refusal and appeal can arise to frustrate applicants.

[66] The visa officer made his inquiries via the site visit and the email follow-up. Dr. Khan responded to both. On July 24, 2010, Dr. Khan also provided a report "To Whom It May Concern". On that day he had assessed Mrs. Ashraf's renal function using two different laboratory centres. He found her serum creatinine level to test at 1.36 mg/dl (Apollo Hospitals) and 1.4 gm/dl (Square Hospitals Ltd.). Copies of the laboratory results were appended. It does not appear Dr. Khan's report was ever provided to the visa officer.

[67] The IAD considered the situation where Mrs. Ashraf's condition was stable and her medical requirements did not vary. If the visa officer is satisfied with Dr. Khan's opinion that Mrs. Ashraf's condition is stable, then I should think the visa officer is bound by the IAD decision. If the visa officer accepts the

élément négatif touchant l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf ou une simple fluctuation due à un facteur temporaire comme un problème respiratoire n'a jamais été tranchée.

#### *Nouveaux renseignements*

[64] J'ai conclu que l'agent des visas n'est pas tenu de se limiter aux conclusions de fait tirées par la SAI. En vue de déterminer si l'agent des visas a le droit de prendre en compte le taux de créatinine de 2,1 mg/dl relevé lors de l'analyse effectuée en janvier par le MD, je note tout d'abord que la demande d'examen médical découle d'une erreur commise par les fonctionnaires des visas qui n'ont pas mentionné au dossier la décision de la SAI. Je note également que les demandeurs ont consenti, par l'intermédiaire de leur conseil, à ce qu'il soit procédé à un examen médical tout en mentionnant l'existence de la décision d'appel prononcée par la SAI.

[65] J'estime que le taux de 2,1 est un renseignement nouveau dont l'agent des visas pouvait tenir compte. Toutefois, on ne peut, sans risquer d'entamer un cycle sans fin de refus et d'appels qui ne peut que frustrer les demandeurs, prendre en compte des faits nouveaux en faisant abstraction du contexte.

[66] L'agent des visas a fait enquête en faisant procéder à une vérification sur place et en effectuant un suivi par courriel. Dans les deux cas, le D<sup>r</sup> Khan a fourni des explications. Le 24 juillet 2010, le D<sup>r</sup> Khan a également communiqué un rapport adressé « à qui de droit ». Il avait évalué, ce jour-là, la fonction rénale de M<sup>me</sup> Ashraf en utilisant deux laboratoires différents. Il a constaté que les taux de créatinine sérique relevés étaient de 1,36 mg/dl (Apollo Hospitals) et de 1,4 gm/dl (Square Hospitals Ltd.). Des copies des résultats des analyses étaient jointes à son rapport. Il ne semble pas que le rapport du D<sup>r</sup> Khan ait jamais été communiqué à l'agent des visas.

[67] Suivant le dossier devant la SAI, l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf et ses besoins sur le plan médical étaient stables. Si l'agent des visas accepte l'opinion du D<sup>r</sup> Khan selon laquelle l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf est stable, alors je pense qu'il est tenu de suivre la décision de la SAI. Par contre, si l'agent des visas accepte

medical section view that the state of Mrs. Ashraf's health is deteriorating because of kidney failure, then the visa officer is obligated to provide a fairness letter to the applicants.

[68] I conclude the visa officer never made the decision he was required to make. Instead he requested a further medical report and subsequently denied the application for permanent residence on the basis that the applicants had not complied with subsection 16(1) and paragraph 16(2)(b) of the IRPA.

### Conclusion

[69] I consider the application for *mandamus* as moot as events have overtaken this application with the decision of the visa officer dismissing the application for permanent residence. The application for *mandamus* is dismissed.

[70] I am dismissing the application for a prohibition since I have held the visa officer is entitled to consider the new medical information. It lies within the visa officer's discretion to evaluate the facts before him and determine whether the IAD decision is applicable or not.

[71] I decline to make any further order given that the applicants have appealed the visa officer's decision to the IAD. Section 72 provides for an application for judicial review with respect to any matter except where any right of appeal has not been exhausted.

[72] Finally, this matter has arisen because of the actions of the respondent in failing to properly record the IAD on the record in a timely manner, in raising a fraud allegation which it then abandoned, and in failing to act when the facts and information were before it when the occasion arose. As a result, there has been an application for leave and judicial review (the *mandamus* and prohibition applications), an injunction motion, and a motion for dismissal due to mootness.

l'opinion de la section médicale selon laquelle l'état de santé de M<sup>me</sup> Ashraf se détériore en raison d'une insuffisance rénale, il est tenu d'envoyer une lettre d'équité aux demandeurs.

[68] Je conclus que l'agent des visas ne s'est jamais prononcé sur la question en jeu. Il a plutôt demandé un autre examen médical et a, par la suite, rejeté la demande de résidence permanente au motif que les demandeurs n'avaient pas respecté les paragraphes 16(1) et (2) de la LIPR.

### Conclusion

[69] J'estime que la demande de *mandamus* est dépourvue d'effets pratiques en raison des événements qui se sont produits dans le dossier, le point culminant étant le rejet par l'agent des visas de la demande de résidence permanente. La demande de *mandamus* est donc rejetée.

[70] Je rejette la demande de prohibition étant donné que j'ai conclu que l'agent des visas a le droit de prendre en compte des renseignements médicaux nouveaux. Il incombe à l'agent des visas d'apprécier les faits qui lui sont soumis et de décider si la décision de la SAI est applicable ou non.

[71] Je m'abstiens de rendre toute autre ordonnance étant donné que les demandeurs ont interjeté appel de la décision de l'agent des visas devant la SAI. L'article 72 autorise le contrôle judiciaire de toute mesure, pourvu que les voies d'appel soient épuisées.

[72] Enfin, la présente affaire découle des actes et omission du défendeur en ce qu'il n'a pas correctement et en temps utile consigné dans le dossier la décision de la SAI, il a formulé une allégation de fraude qu'il a abandonnée par la suite, et il a omis d'agir lorsque, compte tenu des faits et des renseignements dont il disposait, la situation s'y prêtait. Il en est résulté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire (les demandes de *mandamus* et de prohibition), une requête en injonction et une requête en rejet de la demande pour absence d'effet pratique.

[73] The applicants seek costs in the amount of \$20 000. In the circumstances of this application, I award the applicants costs in the amount of \$4 000.

[74] The applicants sought to propose a certified question of general importance. The respondent opposed the application on the basis that the issues are fact based. I do not see a question of general importance arising on the circumstances of this case.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. the application for *mandamus* is dismissed;
2. the application for a prohibition is dismissed;
3. no further order is made; and
4. costs are awarded to the applicants in the amount of \$4 000;
5. no question of general importance is certified.

[73] Les demandeurs sollicitent des dépens pour un montant de 20 000 \$. Dans les circonstances de la présente demande, j'attribuerais aux demandeurs des dépens de 4 000 \$.

[74] Les demandeurs souhaitaient proposer la certification d'une question de portée générale. Le défendeur s'est opposé à cette demande parce que les questions en jeu en l'espèce sont de nature factuelle. J'estime que les circonstances de la présente affaire ne soulèvent pas de question de portée générale.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La demande de *mandamus* est rejetée;
2. La demande de prohibition est rejetée;
3. Aucune autre ordonnance n'est rendue;
4. Les demandeurs ont droit à des dépens de 4 000 \$;
5. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

IMM-6618-10  
2011 FC 1319

IMM-6618-10  
2011 CF 1319

**Mark Alistair Stables** (*Applicant*)

**Mark Alistair Stables** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: STABLES v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : STABLES c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, June 7; Ottawa, November 17, 2011.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto, 7 juin; Ottawa, 17 novembre 2011.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID), finding applicant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(a) because of membership in criminal organization, i.e. Hells Angels — Deportation order issued against applicant — Applicant applying for ministerial relief under IRPA, s. 37(2) but no answer yet received — ID concluding Hells Angels criminal organization, applicant having all indicia of membership therein pursuant to IRPA, s. 37(1)(a) — Whether legislative scheme of s. 37 violating Canadian Charter of Rights and Freedoms — Applicant not permitted to advance constitutional arguments for first time before Federal Court as those argument should have been made before ID — That finding sufficient to dismiss application — IRPA, s. 37 withstanding constitutional scrutiny — S. 37(2) ensuring that “innocent” members of criminal organizations not caught by s. 37(1) — Right to freedom of association not infringed — S. 37(1) not unconstitutionally vague, overbroad — Applicant’s deportation not triggering s. 7 Charter rights — Effective ministerial relief system not essential requirement to constitutional validity of inadmissibility provisions — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de l’immigration (la SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur était interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)a de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle, à savoir les Hells Angels — Une mesure d’expulsion a été prise contre le demandeur — Le demandeur a fait une demande de dispense ministérielle aux termes de l’art. 37(2) de la LIPR, mais il attend toujours une réponse — La SI a conclu que les Hells Angels étaient une organisation criminelle, et que tout indiquait que le demandeur en était membre, aux termes de l’art. 37(1)a de la LIPR — Il s’agissait de savoir si le régime législatif de l’art. 37 viole la Charte canadienne des droits et libertés — Le demandeur n’a pas été autorisé à présenter des arguments constitutionnels pour la première fois devant la Cour fédérale, car cette question aurait dû être soulevée devant la SI — Cette conclusion était suffisante pour rejeter la demande — L’art. 37 de la LIPR résiste à un examen constitutionnel — L’art. 37(2) fait en sorte que les membres « innocents » des organisations criminelles soient exclus de l’application de l’art. 37(1) — Il n’est pas porté atteinte au droit à la liberté d’association — Les termes de l’art. 37(1) ne sont pas d’une imprécision inconstitutionnelle, ni d’une portée excessive — L’expulsion du demandeur ne suffit pas pour déclencher l’application des droits garantis par l’art. 7 de la Charte — Un régime de dispense ministérielle efficace ne constitue pas une exigence essentielle de la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l’interdiction de territoire — Demande rejetée.*

*Administrative Law — Judicial Review — Timeliness of constitutional challenges — Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID), finding applicant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a)*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Moment opportun de la contestation constitutionnelle — La Section de l’immigration (la SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur était interdit de*

— *ID empowered to grant Canadian Charter of Rights and Freedoms remedies arising in course of carrying out statutory mandate — Applicant’s constitutional arguments before Federal Court ignoring ID’s jurisdiction, antithetical to purpose of judicial review — Applicant not permitted to advance constitutional arguments for first time before Federal Court.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Applicant found inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(a) because of membership in criminal organization — Applicant contending ministerial relief under IRPA, s. 37(2) becoming unavailable, inadmissibility provisions no longer complying with Charter — Whether IRPA, s. 37 violating applicant’s freedom of expression, association under Charter — S. 37 withstanding constitutional scrutiny — Ensuring that “innocent” members of criminal organizations not caught by s. 37(1) — Right to freedom of association thus not infringed — Charter, s. 2 not intended to protect membership in criminal organization.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Applicant found inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(a) because of membership in criminal organization — Applicant contending ministerial relief under IRPA, s. 37(2) becoming unavailable, inadmissibility provisions no longer complying with Charter — Whether IRPA, s. 37 depriving applicant of right to life, liberty, security of person — IRPA, s. 37(1) terms “member”, “organized criminality”, “pattern of criminal activity” not unconstitutionally vague, overbroad — Principles of fundamental justice not independent self-standing notions — Applicant’s deportation while awaiting ministerial relief not triggering s. 7 Charter rights — Broad application of IRPA s. 37(1) consistent with objective of ensuring security of Canadians — Effective, speedy ministerial relief system not essential requirement to constitutional validity of inadmissibility provisions.*

*territoire aux termes de l’art. 37(1)a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — La SI est habilitée à accorder des réparations fondées sur la Charte canadienne des droits et libertés, dans le cadre de l’exécution de son mandat prévu par la loi — Les arguments constitutionnels du demandeur devant la Cour fédérale font fi de la compétence de la SI et vont à l’encontre de l’objet même du contrôle judiciaire — Le demandeur n’est pas autorisé à présenter des arguments constitutionnels pour la première fois devant la Cour fédérale.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Le demandeur a été interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle — Le demandeur a soutenu qu’il est presque impossible d’obtenir une dispense ministérielle aux termes de l’art. 37(2) de la LIPR, et que les dispositions en matière d’interdiction de territoire ne sont plus conformes à la Charte — Il s’agissait de savoir si l’art. 37 de la LIPR violait les droits du demandeur à la liberté d’expression et à la liberté d’association que lui garantit la Charte — L’art. 37 résiste à un examen constitutionnel — L’art. 37(2) fait en sorte que les membres « innocents » d’organisations criminelles soient exclus de l’application de l’art. 37(1) — Il n’est pas porté atteinte au droit à la liberté d’association — L’art. 2 de la Charte ne vise pas à protéger l’appartenance à une organisation criminelle.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le demandeur a été interdit de territoire aux termes de l’art. 37(1)a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle — Le demandeur a soutenu qu’il est presque impossible d’obtenir une dispense ministérielle aux termes de l’art. 37(2) de la LIPR, et que les dispositions en matière d’interdiction de territoire ne sont plus conformes à la Charte — Il s’agissait de savoir si l’art. 37 de la LIPR privait le demandeur de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne — Les termes « membre », « criminalité organisée » et « plan d’activités criminelles » employés à l’art. 37(1) de la LIPR ne sont pas d’une imprécision inconstitutionnelle, ni d’une portée excessive — Les principes de justice fondamentale ne sont pas des notions autonomes — L’expulsion du demandeur pendant le traitement de sa demande de dispense ministérielle ne déclenche pas l’application des droits garantis par l’art. 7 de la Charte — L’application étendue de l’art. 37(1) de la LIPR s’inscrit dans la suite logique de l’objectif d’assurer la sécurité des Canadiens — Un régime de dispense ministérielle efficace et rapide ne constitue pas une exigence essentielle de la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l’interdiction de territoire.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board finding the applicant inadmissible under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) because of his membership in a criminal organization.

The applicant, a permanent resident, is a former member of the Hells Angels motorcycle group. Upon arriving at Vancouver International Airport, he was found carrying Hells Angels paraphernalia and related phone numbers. An immigration officer prepared an inadmissibility report pursuant to section 44 of the IRPA, following which the applicant was declared inadmissible and was issued a deportation order. The applicant applied for ministerial relief through subsection 37(2) of IRPA, but had not yet received an answer. The applicant admitted that he was a full member of the Hells Angels and held several high-ranking positions in the organization. However, he denied any involvement in criminal activities. In assessing the nature and quality of the applicant's involvement with the Hells Angels, the ID concluded that the applicant had all the indicia of membership pursuant to paragraph 37(1)(a) of IRPA. The ID also found the Hells Angels to be an "organization" as contemplated by subsection 37(1) of IRPA, and further concluded that it is a criminal organization.

The applicant contended that the constitutionality of the inadmissibility provisions of IRPA (i.e. sections 34, 35 and 37) were upheld in the past because of the existence of ministerial relief. The applicant argued that because ministerial relief has become unavailable given, *inter alia*, the long delays, the inadmissibility provisions ceased to comply with paragraphs 2(b), 2(d) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

At issue was whether the legislative scheme of section 37 violated the applicant's freedom of expression and of association under the Charter, and deprived the applicant of his right to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicant was not permitted to advance his arguments with respect to the constitutionality of paragraph 37(1)(a) of IRPA for the first time before the Federal Court. Such a course of action ignores the jurisdiction of the ID, which is empowered to grant Charter remedies arising in the course of

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur était interdit de séjour aux termes de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle.

Le demandeur, un résident permanent, est un ancien membre de la bande de motards Hells Angels. À son arrivée à l'aéroport international de Vancouver, il était en possession d'accessoires et de numéros de téléphone liés aux Hells Angels. Un agent d'immigration a rédigé un rapport d'interdiction, en application de l'article 44 de la LIPR, à la suite de quoi, le demandeur a été interdit de territoire au Canada, et une mesure d'expulsion a été prise contre lui. Il a demandé une dispense ministérielle en vertu du paragraphe 37(2) de la LIPR, et attend toujours une réponse. Le demandeur a admis avoir été un membre confirmé des Hells Angels et avoir occupé des postes stratégiques dans l'organisation. Il a cependant nié s'être livré à des activités criminelles. Après avoir analysé la nature et la qualité de la contribution du demandeur à l'organisation des Hells Angels, la SI a conclu que tout indiquait que le demandeur était membre d'une organisation criminelle, au sens de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR. La SI a également conclu que les Hells Angels étaient une « organisation » au sens du paragraphe 37(1) de la LIPR, et a statué par la suite qu'il s'agissait d'une organisation criminelle.

Le demandeur a soutenu que les tribunaux ont confirmé par le passé la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l'interdiction de territoire de la LIPR (à savoir, les articles 34, 35 et 37), en raison de l'existence de la dispense ministérielle. Le demandeur a affirmé qu'étant donné qu'il est devenu presque impossible d'obtenir une dispense ministérielle, en raison, notamment, de la longueur des délais, les dispositions en matière d'interdiction ne sont plus conformes aux alinéas 2b), 2d) et à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

Il s'agissait de déterminer si le régime législatif de l'article 37 viole les droits du demandeur à la liberté d'expression et à la liberté d'association que lui garantit la Charte, et s'il prive le demandeur de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Le demandeur n'a pas été autorisé à présenter ses arguments concernant la validité constitutionnelle de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR pour la première fois devant la Cour fédérale. Cette façon de procéder fait fi de la compétence de la SI, qui est habilitée à accorder des réparations fondées sur la

carrying out its statutory mandate, and is antithetical to the purpose of judicial review. While this was sufficient to dismiss the application for judicial review, the merits of the applicant's arguments were nonetheless assessed. Section 37 of IRPA withstands constitutional scrutiny on a paragraph 2(b) or (d) Charter analysis, so long as the discretion it affords is exercised in accordance with the statute. Section 37 of IRPA is sufficiently circumscribed to ensure that so-called "innocent" members of criminal organizations are not inadmissible. Subsection 37(2) of IRPA ensures that those who unwittingly become members of criminal organizations without any knowledge of the organization's criminal activities are not caught by subsection 37(1) of IRPA. To that extent, the right to freedom of association would therefore not be infringed. The Hells Angels is an organization that pursues a number of criminal activities. It thus could not be contended that section 37 of IRPA violated the applicant's freedoms of expression and association, or that section 2 of the Charter protected his right to join the Hells Angels. It was not the intent of the framers of the Charter to protect the applicant's membership in the Hells Angels through his freedom of association and expression, despite the overwhelming criminal history of the organization. The terms "member", "organized criminality" and "pattern of criminal activity" found in subsection 37(1) of IRPA are not unconstitutionally vague and overbroad. The principles of fundamental justice in section 7 of the Charter are not independent self-standing notions, and are to be considered only when it is first demonstrated that an individual is being deprived of the right to life, liberty or security of the person. The applicant's deportation while awaiting the processing of his ministerial relief application is not sufficient to trigger the application of section 7 Charter rights. The broad application of subsection 37(1) of IRPA is consistent with Parliament's objective to ensure the security of Canadians. There is no reason to draw a distinction between sections 34, 35 and 37 of IRPA for the purposes of interpreting the notions of membership and participation in an organization. The rationale underlying the broad interpretation of these concepts is the same. The case law does not support the proposition that the inadmissibility scheme put in place in sections 34, 35 and 37 of IRPA would be in violation of section 7 of the Charter, were it not for the possibility to seek ministerial relief pursuant to subsections 34(2), 35(2) and 37(2) of IRPA. An effective and speedy ministerial relief system is not an essential requirement to the constitutional validity of the inadmissibility provisions.

Charte, dans le cadre de l'exécution de son mandat prévu par loi, mais elle va aussi à l'encontre de l'objet même du contrôle judiciaire. Même si ce motif était suffisant pour rejeter la demande de contrôle judiciaire, le bien-fondé de l'argument du demandeur a toutefois été analysé. L'article 37 de la LIPR résiste à un examen constitutionnel fondé sur les alinéas 2b) ou 2d) de la Charte, dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire qu'il confère est exercé en conformité avec la loi. L'article 37 de la LIPR est suffisamment circonscrit pour faire en sorte que les prétendus membres « innocents » des organisations criminelles ne soient pas interdits de territoire. Le paragraphe 37(2) de la LIPR fait en sorte que les personnes qui sont devenues membres d'une organisation criminelle sans savoir que cette organisation se livrait à des activités criminelles soient exclues de l'application du paragraphe 37(1) de la LIPR. Dans ces conditions, il ne serait donc pas porté atteinte au droit à la liberté d'association. Les Hells Angels constituent une organisation qui se livre à nombre d'activités criminelles. Il ne peut donc être soutenu que l'article 37 de la LIPR violait les droits du demandeur à la liberté d'expression et à la liberté d'association, ou que l'article 2 de la Charte protégeait son droit de joindre les rangs des Hells Angels. Les rédacteurs de la Charte n'avaient pas l'intention de protéger l'appartenance aux Hells Angels au moyen des principes de liberté d'association et d'expression, malgré les antécédents criminels accablants de cette organisation. Les termes « membre », « criminalité organisée » et « plan d'activités criminelles » employés au paragraphe 37(1) de la LIPR ne sont pas d'une imprécision inconstitutionnelle, ni d'une portée excessive. Les principes de la justice fondamentale dont il est question à l'article 7 de la Charte ne sont pas des notions autonomes et doivent être considérés uniquement lorsqu'il est d'abord démontré que l'intéressé est privé de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. L'expulsion du demandeur pendant le traitement de sa demande de dispense ministérielle ne serait pas suffisante pour déclencher l'application des droits garantis par l'article 7 de la Charte. L'application étendue de l'article 37(1) de la LIPR s'inscrit dans la suite logique de l'objectif du législateur d'assurer la sécurité des Canadiens. Il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les articles 34, 35 et 37 de la LIPR pour l'interprétation des notions d'appartenance et de participation aux activités d'une organisation. Les raisons qui justifient l'interprétation généreuse de ces notions sont les mêmes. La jurisprudence ne vient pas appuyer la proposition selon laquelle le régime d'interdiction mis en place aux articles 34, 35 et 37 de la LIPR violerait l'article 7 de la Charte, n'eût été de la possibilité de demander une dispense ministérielle en vertu des paragraphes 34(2), 35(2) et 37(2) de la LIPR. Un régime de dispense ministérielle efficace et rapide ne constitue pas une exigence essentielle de la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l'interdiction de territoire.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Border Services Agency Act*, S.C. 2005, c. 38.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b),(d), 7, 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 83.05(1) (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4; 2005, c. 10, s. 34).  
*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, s. 4 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 118; 2008, c. 3, s. 1), 25 (as am. by S.C. 2010, c. 8, s. 4), 34, 35, 37, 44, 45, 112, 115, 162(1).  
*Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, r. 47 (as am. by SOR/2004-167, s. 12(F)).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198, 272 D.L.R. (4th) 1, 56 Imm. L.R. (3d) 161; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, 234 D.L.R. (4th) 257, 180 C.C.C. (3d) 353; *Haj Khalil v. Canada*, 2007 FC 923, [2008] 4 F.C.R. 53, 160 C.R.R. (2d) 234, 317 F.T.R. 32.

## CONSIDERED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 121, 50 Admin. L.R. 44; *Agraira v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 103, 96 Imm. L.R. (3d) 20, 415 N.R. 121; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, 190 D.L.R. (4th) 513, [2010] 10 W.W.R. 567; *Ismeal v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 198; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 114 N.S.R. (2d) 91, 93 D.L.R. (4th) 36; *Toronto Coalition to Stop the War v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 957, [2012] 1 F.C.R. 413, 17 Admin. L.R. (5th) 1, 219 C.R.R. (2d) 226; *Samad v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 324, 386 F.T.R. 126.

## 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. 2b),d), 7, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.05(1) (édité par L.C. 2001, ch. 41, art. 4; 2005, ch. 10, art. 34).  
*Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada*, L.C. 2005, ch. 38.  
*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. 4 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 118; 2008, ch. 3, art. 1), 25 (mod. par L.C. 2010, ch. 8, art. 4), 34, 35, 37, 44, 45, 112, 115, 162(1).  
*Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, règle 47 (mod. par DORS/2004-167, art. 12(F)).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Haj Khalil c. Canada*, 2007 CF 923, [2008] 4 R.C.F. 53.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Agraira c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2011 CAF 103; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 198; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Toronto Coalition to Stop the War c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957, [2012] 1 R.C.F. 413; *Samad c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 324.



## REFERRED TO:

*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217 N.S.R. (2d) 301, 231 D.L.R. (4th) 385; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94, [1991] 1 W.W.R. 643; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, (1991), 81 D.L.R. (4th) 358, 50 Admin. L.R. 1; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, 320 D.L.R. (4th) 25, 1 Admin. L.R. (5th) 163; *Yuen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16698, 195 D.L.R. (4th) 625, 12 Imm. L.R. (3d) 208, 267 N.R. 87 (F.C.A.); *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, 252 D.L.R. (4th) 316, 29 Admin. L.R. (4th) 21; *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3, (1992), 99 D.L.R. (4th) 264, 18 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, 258 D.L.R. (4th) 193, 50 Imm. L.R. (3d) 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 28, 2 Admin. L.R. (2d) 125; *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, 120 N.R. 193 (F.C.A.); *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 349, [2004] 3 F.C.R. 301; *Al Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1457, 149 C.R.R. (2d) 340, 304 F.T.R. 222, 58 Imm. L.R. (3d) 181; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, 193 D.L.R. (4th) 193, [2001] 2 W.W.R. 1.

APPLICATION for judicial review of a decision (2010 CanLII 96602) by the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, finding the applicant inadmissible under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* because of his membership in a criminal organization. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Chantal Desloges* for applicant.  
*Martin Anderson* and *Hillary Stephenson* for respondent.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Yuen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16698 (C.A.F.); *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 1096 (C.A.) (QL); *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 349, [2004] 3 R.C.F. 301; *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1457; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (2010 CanLII 96602) de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, selon laquelle le demandeur était interdit de territoire aux termes de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, en raison de son appartenance à une organisation criminelle. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Chantal Desloges* pour le demandeur.  
*Martin Anderson* et *Hillary Stephenson* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Chantal Desloges Professional Corporation*,  
Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application for judicial review of the October 22, 2010 decision [2010 CanLII 96602] by Immigration Division Board Member Ama Beecham, in which the applicant was found inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) because of his membership in a criminal organization, namely the Hells Angels. Rather than challenging the correctness or reasonability of the decision itself, however, the applicant uses this judicial review application as a forum to bring a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) to the legislative provision upon which the decision was based—section 37 of IRPA. The applicant argues that the practical unavailability of the ministerial relief supposedly provided for by this provision (and by the analogous provisions found in sections 34 and 35) renders the inadmissibility regime established by these provisions, incompatible with the Charter.

## 1. Facts

[2] The applicant is a permanent resident, who has been in Canada for over 40 years arriving from Scotland with his parents, at the age of seven. He joined the Hells Angels motorcycle group in 2000, and terminated his membership with them in December, 2009.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Chantal Desloges Professional Corporation*,  
Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
défendeur.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La demande de contrôle judiciaire vise la décision rendue le 22 octobre 2010 [2010 CanLII 96602] par laquelle la commissaire Ama Beecham, de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada aux termes de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), en raison de son appartenance à une organisation criminelle, à savoir les Hells Angels. Toutefois, au lieu de contester le bien-fondé ou le caractère raisonnable de la décision elle-même, le demandeur utilise la présente demande de contrôle judiciaire comme moyen pour attaquer la validité de la disposition législative sur laquelle la décision est fondée, l'article 37 de la LIPR, en invoquant la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Le demandeur fait valoir que le fait qu'il soit presque impossible d'obtenir la dispense ministérielle qui est en principe prévue par cette disposition (et par les dispositions analogues des articles 34 et 35) rend le régime d'interdiction de territoire ainsi établi incompatible avec la Charte.

## 1. Les faits

[2] Le demandeur est un résident permanent. Il est arrivé au Canada avec ses parents il y a plus de 40 ans en provenance de l'Écosse, alors qu'il était âgé de sept ans. Il est devenu membre de la bande de motards Hells Angels en 2000 et a cessé d'en faire partie en décembre 2009.

[3] On November 7, 2006, as he was arriving at the Vancouver International Airport, he was interviewed by immigration officials. He was found carrying some Hells Angels paraphernalia and related phone numbers. As a result of the interview, the immigration officer proceeded to write a report of inadmissibility, pursuant to section 44 of IRPA.

[4] Following an admissibility hearing, a decision was made on October 22, 2010 whereby he was found inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of IRPA, due to his membership in a criminal organization. He has been issued a deportation order, although he has not yet been removed. He has applied for ministerial relief through subsection 37(2) of IRPA, but has not yet received an answer. He has also been offered a pre-removal risk assessment (PRRA), but declined to file one.

## 2. The impugned decision

[5] In a 63-page decision, the Immigration Division found the applicant to be a member of the Hells Angels, an organization that there are reasonable grounds to believe is or has been engaged in a pattern of criminal activity, planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence.

[6] The applicant admits that he was in the Hells Angels for nine years. He held the position of treasurer of its Ontario operation for seven years, was a full member of the Hells Angels, bore Hells Angels tattoos, voluntarily joined the Toronto chapter, turned to them for assistance in paying his legal fees, served as the Sergeant-at-Arms of his local chapter and served as president of their Ontario corporation. He claims, however, that he has never been involved in any criminal activity, and has always been outspoken about not voting

[3] Le 7 novembre 2006, alors qu'il arrivait à l'aéroport international de Vancouver, il a été interrogé par des agents d'immigration. Il était en possession de certains accessoires et de numéros de téléphone liés aux Hells Angels. Par suite de l'entrevue, l'agent d'immigration a rédigé un rapport d'interdiction de territoire, en application de l'article 44 de la LIPR.

[4] À la suite d'une enquête, la Section de l'immigration a rendu une décision le 22 octobre 2010 dans laquelle elle a conclu qu'il était interdit de territoire au Canada aux termes de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR en raison de son appartenance à une organisation criminelle. Une mesure d'expulsion a été prise contre lui, mais il n'a pas encore été renvoyé. Il a demandé une dispense ministérielle en vertu du paragraphe 37(2) de la LIPR et attend toujours une réponse. De plus, on lui a offert de demander un examen des risques avant renvoi (l'ERAR), mais il a refusé de déposer une demande.

## 2. La décision contestée

[5] Dans une décision de 68 pages, la Section de l'immigration a conclu que le demandeur était un membre des Hells Angels, organisation à l'égard de laquelle il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

[6] Le demandeur admet avoir été membre des Hells Angels pendant neuf ans. Il a occupé le poste de trésorier pour l'organisation en Ontario pendant sept ans, il était un membre confirmé des Hells Angels et portait ses tatouages, il a volontairement joint les rangs du chapitre de Toronto, il a demandé de l'aide financière à l'organisation pour payer ses frais juridiques, il a occupé le poste de sergent d'armes de son chapitre et il a été président de la corporation ontarienne des Hells Angels. Il soutient toutefois ne s'être jamais livré à des activités

in favour of any person involved in such activity in joining the club.

[7] The Immigration Division assessed the nature and quality of the applicant's involvement with the Hells Angels organization. This included the circumstances surrounding his recruitment, his length of involvement, his advancement through the organization, the activities he performed on behalf of the organization, and the fact that he held a high position of trust and authority. It also noted that as of the date of his admissibility hearing, the applicant did not have any exit date on his Hells Angels tattoo. Based on all of this evidence, the Immigration Division concluded that the applicant had all the indicia of membership pursuant to paragraph 37(1)(a) (at paragraph 166):

... Mr. Stables' knowledge may very well be made out by reference to his position in the Hells Angels; he was a full patch member for 9 years, served at one time as Sergeant at Arms, and functioned as a Treasurer for about 10 Chapters for approximately 7 years in the Hells Angels Ontario Corporation, which positions would have given him a good knowledge about the organization's purpose, mandate, agenda or activities. He was very involved in many aspects of the Hells Angels activities, and it is difficult for the panel to accept the argument that he was isolated from what was going on in the organization and elsewhere, and therefore innocent of any organized crime. The reality is that Mr. Stables was fully integrated into the Hells Angels.

[8] The Immigration Division also found the Hells Angels to be an "organization" as is contemplated by subsection 37(1) of IRPA in light of the following (certified tribunal record, at pages 14–20):

- It has formal structures like corporations, and also has Chapters. The corporation maintains a separate existence from Canadian Hells Angels Chapters, and the allegations of criminality and organized criminality have been levelled, not at the corporation, but at the Chapters and their members.
- It is governed by bylaws or constitutions. There are world rules, and Chapter/Club rules setting out members' rights and obligations, punishments for infractions, and criteria for being a member, membership advancement, and symbols.

criminelles et avoir toujours affirmé sans ambages qu'il ne voterait pas en faveur d'une personne impliquée dans de pareilles activités qui voudrait joindre les rangs du club.

[7] La Section de l'immigration a analysé la nature et la qualité de la contribution du demandeur à l'organisation des Hells Angels, y compris les circonstances dans lesquelles il a été recruté, la durée de la période pendant laquelle il a été membre, son cheminement au sein de l'organisation, les fonctions qu'il a exercées au nom de l'organisation et le fait qu'il a occupé un poste stratégique de confiance et d'autorité. Elle a également souligné que, à la date de l'enquête, le tatouage des Hells Angels du demandeur n'indiquait aucune date de sortie. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, la Section de l'immigration a conclu que tout indiquait que le demandeur était membre d'une organisation criminelle au sens de l'alinéa 37(1)a) (au paragraphe 166) :

[...] la connaissance de M. Stables peut très bien être déduite du poste qu'il occupait au sein des Hells Angels; membre confirmé pendant neuf ans, il a momentanément occupé le poste de sergent d'armes et a rempli le rôle de trésorier pour environ dix chapitres pendant approximativement sept ans dans la corporation de l'Ontario, ce qui lui aurait permis d'être bien informé des objectifs, du mandat, du programme ou des activités de l'organisation. Il était très impliqué dans plusieurs aspects de ces activités, et il est difficile pour le tribunal d'accepter l'argument voulant qu'il ait été tenu à l'écart de ce qui se déroulait dans l'organisation et ailleurs, et qu'il est donc innocent de tout crime organisé. En réalité, M. Stables était pleinement intégré aux Hells Angels.

[8] La Section de l'immigration a également conclu que les Hells Angels étaient une « organisation » au sens du paragraphe 37(1) de la LIPR compte tenu de ce qui suit (dossier certifié du tribunal, aux pages 14 à 20) :

- L'organisation est dotée de structures formelles comme les corporations et aussi de chapitres. La corporation a une existence distincte des chapitres canadiens des Hells Angels et les allégations de criminalité et de criminalité organisée sont dirigées, non pas contre la corporation, mais contre les chapitres et leurs membres.
- L'organisation est régie par des règlements ou des statuts. Il existe d'une part des règles mondiales et, d'autre part, des règles de chapitre ou de club qui établissent les droits et les obligations des membres, les sanctions en cas d'infractions, les

- Each Chapter has an executive made up of a president, a vice-president, a sergeant at arms, secretary treasurer, and a road captain. Each Chapter requires at least 6 full-patch members to function.

- The Hells Angels has a distinct identity, a distinct name, and a distinct logo. It has a leadership structure as well as a recruitment pattern and a plan designed to exclude and eliminate undesirables. It is governed by rules and bylaws. The organization has a system to confirm and ensure loyalty and it has an occupied territory or chosen meeting locations. All of these facts are indicia that the Hells Angels fits the profile of an organization.

[9] Further, after considering various legal definitions of “criminal organization” and jurisprudence involving an analysis of the Hells Angels activities, the Immigration Division noted the following evidence as supporting its conclusion that the Hells Angels is indeed a criminal organization (certified tribunal record, at pages 20–47):

- The Hells Angels is a sophisticated organization which has as its primary line of business, criminal activity.
- Information provided by several police officers confirms the Hells Angels is indeed a criminal organization – a group that will commit crime for money.
- The organization is engaged in drug trafficking, importation of drugs, manufacturing and distribution of drugs, and other offences of thefts, extortions, firearms, and murder.
- The organization collects intelligence on policing, and it operates a number of clubhouses that make it safe to conduct illegal business. Chapters are usually opened for the purpose of manufacturing or distributing drugs. Members who get in trouble with the law are assisted by the club dues that are ultimately used to defray their costs. In essence, the organization exists for, and benefits its members from, the continuing criminal activity of its members.

aptitudes requises pour devenir membre, les conditions d’avancement et les symboles.

- Chaque chapitre est doté d’un corps exécutif constitué d’un président, d’un vice-président, d’un sergent d’armes, d’un secrétaire, d’un trésorier et d’un capitaine de route. Chaque chapitre a besoin d’au moins six membres confirmés pour fonctionner.

- L’organisation possède une identité particulière, ainsi qu’un nom et un logo distincts. Elle est dotée d’une structure de direction ainsi que d’un plan et d’un cycle de recrutement destiné à exclure et à éliminer les indésirables. Elle est régie par des règles et des règlements. Elle a mis au point un système qui lui permet de s’assurer de la loyauté des membres et de la mettre à l’épreuve. Elle occupe un territoire précis ou a des lieux de réunion choisis. Tous ces indices permettent d’établir que les Hells Angels présentent les caractéristiques d’une organisation.

[9] De plus, après avoir examiné les différentes définitions juridiques du terme « organisation criminelle » et des décisions comportant une analyse des activités des Hells Angels, la Section de l’immigration a souligné que les éléments de preuve suivants appuyaient sa conclusion selon laquelle les Hells Angels étaient bel et bien une organisation criminelle (dossier certifié du tribunal, aux pages 20 à 47) :

- Les Hells Angels forment une organisation criminelle sophistiquée dont la principale occupation est l’activité criminelle.
- Les renseignements fournis par plusieurs policiers confirment que les Hells Angels constituent bel et bien une organisation criminelle, à savoir une bande prête à commettre des crimes pour de l’argent.
- L’organisation se livre au trafic, à l’importation, à la fabrication et à la distribution de drogues et à d’autres infractions de vols, d’extorsion, d’armes à feu et de meurtre.
- L’organisation recueille des renseignements sur les policiers, elle exploite un certain nombre de clubs dans lesquels il est possible de mener des affaires illégales en toute quiétude. Les chapitres servent habituellement à la fabrication ou à la distribution de drogues. Les membres qui ont des démêlés avec la justice disposent d’un fonds, constitué à partir des cotisations versées au club, qui sert en fin de compte à couvrir leurs frais. Essentiellement, la raison d’être de l’organisation et le bénéfice qu’en tirent ses membres sont la poursuite des activités criminelles de ces mêmes membres.

- The group dynamic is active and present in the fact that the various characteristics and features of the organization foster the orchestration and commission of criminal acts. Its structure, membership, loyalty structures, the influence of its leadership, incumbent obligations of the members to one another, its organizational rules, colours, clubhouse, its dealings with rival gangs and criminal activities, all advance the criminal agenda.
- The Hells Angels accomplishes its criminal aims primarily through lower level associates and through puppet gang to insulate themselves from detection.
- The Hells Angels is considered the primary producer and distributor of illegal drugs in the U.S. Their criminal activity is generally conspiratorial and includes extortion, business infiltration, trafficking in drugs, illegal weapons, and stolen property. The organization is also involved in prostitution, money laundering, and vehicle-theft rings.

[10] With respect to whether the criminal activity formed part of a pattern, organized, and planned by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable by way of indictment, the Immigration Division concluded (certified tribunal record, at pages 45–46):

- The Hells Angels is engaged in concerted criminal activity, primarily the drug business. The criminal activity shows a pattern of similarity both inside and outside of Canada.
- The criminal activities (extortion, conspiracy, drug trafficking, and the importation, exportation, manufacturing, and production of illegal drugs) are all indictable offences under the Criminal Code.

### 3. Issues

[11] Before this Court, the applicant took no issue with the factual findings of the Immigration Division. He admitted that he was a full-patch member of the Hells Angels for nine years, although with no criminal charges or convictions. He did not concede that the motorcycle club is a criminal organization.

- Il y a une dynamique de groupe à l'œuvre, puisque les diverses caractéristiques et attributs de l'organisation favorisent l'orchestration et la perpétration d'actes criminels. Sa structure, ses membres, ses réseaux de loyauté, l'influence de ses chefs, les obligations réciproques des membres, les règles d'organisation, les couleurs, le club, les rapports avec les bandes rivales et les activités criminelles servent tous le programme criminel.

- Les Hells Angels remplissent leurs objectifs criminels en se servant surtout d'associés subalternes et de bandes fan-toches pour échapper à la détection.

- Les Hells Angels sont considérés comme le principal producteur et distributeur de drogues illégales aux États-Unis. Les activités criminelles auxquelles ils se livrent sont généralement de nature collusoire et incluent l'extorsion, le noyautage commercial, le trafic de drogue, le commerce illégal d'armes et la possession de biens volés. L'organisation est également impliquée dans la prostitution, le blanchiment d'argent et les réseaux de vols de véhicules.

[10] En ce qui a trait à la question de savoir si les activités criminelles faisaient partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction punissable par mise en accusation, la Section de l'immigration a tiré les conclusions suivantes (dossier certifié du tribunal, aux pages 45 et 46) :

- L'organisation des Hells Angels se livre à des activités criminelles organisées, principalement le commerce de la drogue. Ces activités criminelles présentent une certaine similarité tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada.
- Les activités criminelles (extorsion, complot, trafic de drogue et importation, exportation, fabrication et production de drogues illégales) constituent toutes des infractions punissables par mise en accusation selon le *Code criminel*.

### 3. Les questions en litige

[11] Le demandeur ne conteste pas en l'espèce les conclusions de fait de la Section de l'immigration. Il a reconnu avoir été un membre confirmé des Hells Angels pendant neuf ans, bien qu'il n'ait pas fait l'objet d'accusation criminelle ou de déclaration de culpabilité. Il n'a pas admis que le club de motards est une organisation criminelle.

[12] Instead, the applicant sought to challenge the constitutionality of subsection 37(1) of IRPA, the provision on which the decision of the Immigration Division is based. The respondent, on the other hand, is of the view that this constitutional challenge has no merit, and was not brought in a timely manner.

[13] More specifically, this application for judicial review raises the following questions:

(a) Should the applicant be permitted to proceed with his constitutional challenge, given his failure to raise these issues in the first instance before the tribunal?

(b) Does the legislative scheme of section 37 violate the applicant's Charter of rights of freedom of expression and freedom of association?

(c) Does section 37 of IRPA deprive the applicant of his right to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice?

#### 4. Analysis

[14] The inadmissibility provisions of IRPA (sections 34, 35 and 37) aim to protect the safety of Canadian society by facilitating the removal of permanent residents or foreign nationals who constitute a risk to society on the basis of their conduct (*Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198 (*Sittampalam*), at paragraph 21). A person may be declared inadmissible for being involved with espionage, subversion, or terrorism pursuant to subsection 34(1). Next, subsection 35(1) allows for a person who has violated human or international rights to be declared inadmissible. Finally, subsection 37(1) allows for a declaration of inadmissibility based on membership in a criminal organization.

[12] Le demandeur cherche plutôt à contester la validité constitutionnelle du paragraphe 37(1) de la LIPR, soit la disposition sur laquelle est fondée la décision de la Section de l'immigration. Quant à lui, le défendeur est d'avis que cette contestation constitutionnelle est dénuée de fondement et n'a pas été soulevée en temps opportun.

[13] La présente demande de contrôle judiciaire souève plus précisément les questions suivantes :

a) Le demandeur devrait-il être autorisé à poursuivre sa contestation constitutionnelle, compte tenu du fait qu'il n'a pas soulevé de questions constitutionnelles devant le tribunal de première instance?

b) Le régime législatif de l'article 37 viole-t-il les droits du demandeur à la liberté d'expression et à la liberté d'association que lui garantit la Charte?

c) L'article 37 de la LIPR prive-t-il le demandeur de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale?

#### 4. Analyse

[14] Les dispositions de la LIPR relatives à l'interdiction de territoire (articles 34, 35 et 37) visent à assurer la protection de la société canadienne en facilitant le renvoi des résidents permanents ou des étrangers qui constituent un danger pour la société en raison de leur conduite (*Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 (*Sittampalam*), au paragraphe 21). Une personne peut être déclarée interdite de territoire si elle est l'auteur d'actes d'espionnage ou se livre à la subversion ou au terrorisme au sens du paragraphe 34(1). Le paragraphe 35(1) permet de déclarer interdite de territoire une personne qui a violé des droits humains ou internationaux. Enfin, le paragraphe 37(1) permet de déclarer une personne interdite de territoire en raison de son appartenance à une organisation criminelle.

[15] Each of these provisions has a subsection (2) that provides an exemption, through “ministerial relief”, to the declarations of inadmissibility enabled by each subsection (1). That is to say that a person who is found inadmissible under subsection 34(1), 35(1) or 37(1) of IRPA may apply to the Minister through subsection 34(2), 35(2) or 37(2) respectively for relief of that inadmissibility status. According to the subsection (2) of each provision, this relief is to be granted where the Minister is satisfied that the person’s presence in Canada would not be detrimental to national security.

[16] These provisions read as follows:

Security

**34.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

Exception

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[15] Chacun de ces articles comporte un deuxième paragraphe qui prévoit une exception à la règle en matière d’interdiction de territoire énoncée au premier paragraphe, à savoir la « dispense ministérielle ». En d’autres termes, une personne déclarée interdite de territoire en vertu des paragraphes 34(1), 35(1) ou 37(1) de la LIPR peut demander au ministre une mesure d’exception à l’interdiction de territoire en vertu des paragraphes 34(2), 35(2) ou 37(2) respectivement. Suivant le deuxième paragraphe de chacun de ces articles, la dispense doit être accordée si le ministre est convaincu que la présence de cette personne au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

[16] Ces dispositions sont rédigées comme suit :

**34.** (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants: Sécurité

a) être l’auteur d’actes d’espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s’entend au Canada;

b) être l’instigateur ou l’auteur d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force;

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l’auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d’autrui au Canada;

f) être membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

(2) Ces faits n’emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l’étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national. Exception



Human or international rights violations

**35.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for

(a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; or

(c) being a person, other than a permanent resident, whose entry into or stay in Canada is restricted pursuant to a decision, resolution or measure of an international organization of states or association of states, of which Canada is a member, that imposes sanctions on a country against which Canada has imposed or has agreed to impose sanctions in concert with that organization or association.

Exception

(2) Paragraphs (1)(b) and (c) do not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

...

Organized criminality

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

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the

**35.** (1) Emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants:

a) commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

b) occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

c) être, sauf s'agissant du résident permanent, une personne dont l'entrée ou le séjour au Canada est limité au titre d'une décision, d'une résolution ou d'une mesure d'une organisation internationale d'États ou une association d'États dont le Canada est membre et qui impose des sanctions à l'égard d'un pays contre lequel le Canada a imposé — ou s'est engagé à imposer — des sanctions de concert avec cette organisation ou association.

(2) Les faits visés aux alinéas (1)b) et c) n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[...]

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

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une

Atteinte aux droits humains ou internationaux

Exception

Activités de criminalité organisée

commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

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

Application (2) The following provisions govern subsection (1):

(a) subsection (1) does not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest; and

(b) paragraph (1)(a) does not lead to a determination of inadmissibility by reason only of the fact that the permanent resident or foreign national entered Canada with the assistance of a person who is involved in organized criminal activity.

infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

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

(2) Les dispositions suivantes régissent l'application du paragraphe (1):

a) les faits visés n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

b) les faits visés à l'alinéa (1)a) n'emportent pas interdiction de territoire pour la seule raison que le résident permanent ou l'étranger est entré au Canada en ayant recours à une personne qui se livre aux activités qui y sont visées.

[17] The applicant contends that if courts have upheld the constitutionality of these provisions in the past, despite the broad, inclusive definitions of such concepts as “member” and “organization ... engaged in ... criminal activity” found in subsection 37(1), it was essentially because of the existence of ministerial relief. The thrust of Mr. Stables’ argument is that in the last five years or so, ministerial relief has become practically unavailable given the long delays, the low number of claims processed each year, and the low success rate of processed claims. As a result, he argues that the inadmissibility provisions have ceased to be in compliance with the Charter, and in particular with its paragraphs 2(b), 2(d) and section 7.

[18] To support this claim, the applicant has filed substantial affidavit evidence, attached as exhibits to the affidavit of Ori Bergman dated December 10, 2010. This affidavit sets out the research done by the applicant’s counsel with respect to the processing of ministerial relief applications. Counsel for the applicant filed an

[17] Le demandeur soutient que si les tribunaux ont confirmé la constitutionnalité de ces dispositions par le passé, malgré l’interprétation large et sans restriction des notions telles que « membre » et « organisation [...] se [livrant] [...] à des activités criminelles » dont il est question au paragraphe 37(1), c’est essentiellement à cause de l’existence de la dispense ministérielle. L’argument de M. Stables repose principalement sur le fait que, depuis cinq ans environ, il est devenu presque impossible d’obtenir une dispense ministérielle en raison de la longueur des délais, du petit nombre de demandes traitées chaque année et du faible taux d’acceptation des demandes traitées. Par conséquent, il fait valoir que les dispositions en matière d’interdiction de territoire ne sont plus conformes à la Charte, particulièrement aux alinéas 2b) et 2d) et à l’article 7 de cette loi.

[18] À l’appui de sa prétention, le demandeur a produit des éléments de preuve substantiels joints à l’affidavit d’Ori Bergman souscrit le 10 décembre 2010. Cet affidavit décrit la recherche effectuée par l’avocate du demandeur concernant le traitement des demandes de dispense ministérielle. L’avocate du demandeur a

access to information request, but did not receive a response in time to meet the deadline for filing evidence. Subsequently, counsel then sent an email request to lawyers through the Canadian Bar Association's Immigration Bar discussion group (listserv) for any information dealing with ministerial relief applications for persons inadmissible under section 34, 35 or 37. Eight responses were received, all tending to show a substantial decrease in the numbers of ministerial relief granted under subsection 34(2) since 2002, when the Supreme Court released its decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*) and more particularly since 2005.

[19] According to the affiant, an analysis of all of the data collected shows that since 2002, a total of 217 applications were made under subsection 34(2). Out of those 217 applications, 9 were decided prior to 2006, with 8 of those receiving positive decisions. After 2006, only 13 applications have been granted, although it is unclear as to how many were refused and how many are still pending.

[20] After leave was granted, on May 19, 2011, the applicant brought a motion for an extension of time to file a further affidavit, having finally received a response to his access to information request regarding ministerial relief. Applicant's counsel submitted that the inclusion of this new evidence was necessary in order to provide a full evidentiary record. It was also argued that the affidavits of Ori Bergman already filed, show that the applicant has been duly diligent in procuring evidence to bring before this Court, and that the inclusion of the new evidence would not be prejudicial to the respondent, since the exhibit in question is a government document already in the respondent's possession.

[21] The applicant sought the same information with respect to subsections 34(2), 35(2) and 37(2). With respect to subsection 37(2), which is the most relevant for the purpose of this application for judicial review, the

présenté une demande d'accès à l'information, mais elle n'a pas reçu de réponse à temps pour respecter le délai prévu pour le dépôt de la preuve. Par la suite, l'avocate a envoyé une demande par courrier électronique aux avocats inscrits à la liste de diffusion de la Section du droit de l'immigration de l'Association du Barreau canadien pour obtenir des renseignements concernant les demandes de dispense ministérielle présentées par des personnes interdites de territoire en vertu des articles 34, 35 ou 37. Elle a reçu huit réponses, toutes tendant à démontrer une diminution importante du nombre de dispenses accordées sous le régime du paragraphe 34(2) depuis 2002, soit depuis que la Cour suprême a rendu l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.S.C. 3 (*Suresh*) et, plus particulièrement depuis 2005.

[19] Selon l'auteure de l'affidavit, une analyse de toutes les données recueillies révèle que, depuis 2002, 217 demandes ont été présentées en vertu du paragraphe 34(2). De ces 217 demandes, 9 ont fait l'objet d'une décision avant 2006 et, de celles-ci, 8 ont reçu une réponse positive. Après 2006, seules 13 demandes ont été acceptées, mais on ne sait pas trop combien de demandes ont été refusées et combien sont toujours pendantes.

[20] Après avoir obtenu l'autorisation requise, le demandeur a, le 19 mai 2011, présenté une requête en prolongation de délai pour lui permettre de déposer un autre affidavit, puisqu'il avait finalement reçu une réponse à sa demande d'accès à l'information concernant la dispense ministérielle. L'avocate du demandeur a soutenu que l'inclusion de cette nouvelle preuve était nécessaire pour fournir un dossier de preuve complet. Elle a également fait valoir que les affidavits d'Ori Bergman déjà déposés démontraient que le demandeur a fait preuve de diligence raisonnable pour obtenir des éléments de preuve et les présenter devant la Cour et que l'inclusion de la nouvelle preuve ne porterait pas préjudice au défendeur, puisque la pièce en question est un document gouvernemental dont le défendeur est déjà en possession.

[21] Le demandeur a demandé les mêmes renseignements concernant les paragraphes 34(2), 35(2) et 37(2). En ce qui a trait au paragraphe 37(2), qui est la disposition la plus pertinente dans le cadre de la présente

information provided by the Canada Border Services Agency (CBSA) is to the effect that 11 ministerial relief applications have been submitted as of April 20, 2011, none of which have been granted. The result was not much different under the equivalent paragraph 19(1)(c.2) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (*Immigration Act*): between 1996 and 2002, one application had been made and none had been granted. It is interesting to note that there were 12 ministerial relief claims pending under subsection 37(2) at the time the access to information request was processed, which would tend to show that all of the applications submitted remain to be decided.

[22] For ease of reference, the following chart provides the answers to all of the questions as they pertain to each of subsections 34(2), 35(2) and 37(2):

<b>Ministerial Relief</b> ATIP request: A-2011-00189				
	<b>Request – Documents relating to:</b>	<b>Section 34(2) of the IRPA and comparable Section 19(1)(f)(iii)(B) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>	<b>Section 35(2) of the IRPA and comparable section 19(1)(l) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>	<b>Section 37(2) of the IRPA and comparable section 19(1)(c.2) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>
		<b>Response</b>	<b>Response</b>	<b>Response</b>
1) a.	The number of Ministerial relief applications that have been submitted to date since the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> (IRPA) was enacted	247	18	11

demande de contrôle judiciaire, les renseignements fournis par l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) révèlent que 11 demandes de dispense ministérielle avaient été présentées au 20 avril 2011 et qu'aucune n'avait été accordée. Le résultat n'était pas très différent au regard de la disposition équivalente de l'alinéa 19(1)c.2) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la *Loi sur l'immigration*) : entre 1996 et 2002, une seule demande a été présentée et elle n'a pas été acceptée. Il est intéressant de noter qu'il y avait 12 demandes de dispense ministérielle pendantes, présentées en vertu du paragraphe 37(2), au moment où la demande d'accès à l'information a été traitée, ce qui tend à démontrer que toutes les demandes soumises n'ont pas encore fait l'objet d'une décision.

[22] Par souci de commodité, je reproduis le tableau suivant qui présente les réponses à toutes les questions ayant trait aux paragraphes 34(2), 35(2) et 37(2) :

[TRANSLATION]

<b>Dispense ministérielle</b> Demande d'AIPRP : A-2011-00189				
	<b>Demandes – Documents concernant :</b>	<b>Le par. 34(2) de la LIPR et la div. 19(1)f)(iii)(B) correspondante de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>	<b>Le par. 35(2) de la LIPR et l'al. 19(1)l) correspondant de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>	<b>Le par. 37(2) de la LIPR et l'al. 19(1)c.2) correspondant de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>
		<b>Réponse</b>	<b>Réponse</b>	<b>Réponse</b>
1) a.	Nombre de demandes de dispense ministérielle présentées depuis la promulgation de <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> (LIPR)	247	18	11

	<b>Request – Documents relating to:</b>	<b>Section 34(2) of the IRPA and comparable Section 19(1)(f)(iii)(B) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>	<b>Section 35(2) of the IRPA and comparable section 19(1)(l) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>	<b>Section 37(2) of the IRPA and comparable section 19(1)(c.2) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>		<b>Demandes – Documents concernant :</b>	<b>Le par. 34(2) de la LIPR et la div. 19(1)f(iii)(B) correspondante de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>	<b>Le par. 35(2) de la LIPR et l'al. 19(1)l) correspondant de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>	<b>Le par. 37(2) de la LIPR et l'al. 19(1)c.2) correspondant de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>
		<b>Response</b>	<b>Response</b>	<b>Response</b>		<b>Réponse</b>	<b>Réponse</b>	<b>Réponse</b>	
	b. The number of Ministerial relief applications that have been granted to date	24	3	0		b. Nombre de demandes de dispense ministérielle acceptées	24	3	0
2)	a. The number of Ministerial relief applications that have been submitted from 1992 up until when the IRPA was enacted ( <i>Information on record with the CBSA includes the timeframe from 1996 until IRPA was enacted</i> )	37	3	1	2)	a. Nombre de demandes de dispense ministérielle présentées entre 1992 et la date de promulgation de la LIPR ( <i>Les renseignements dont dispose l'ASFC visent la période comprise entre 1996 et la date de promulgation de la LIPR.</i> )	37	3	1
	b. The number of IRPA Ministerial relief applications that have been granted in this time frame ( <i>Information on record with the CBSA includes the timeframe from 1996 until IRPA was enacted</i> )	115	0	0		b. Nombre de demandes de dispense ministérielle acceptées dans cette période ( <i>Les renseignements dont dispose l'ASFC visent la période comprise entre 1996 et la date de promulgation de la LIPR.</i> )	115	0	0

	<b>Request – Documents relating to:</b>	<b>Section 34(2) of the IRPA and comparable Section 19(1)(f)(iii)(B) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>	<b>Section 35(2) of the IRPA and comparable section 19(1)(l) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>	<b>Section 37(2) of the IRPA and comparable section 19(1)(c.2) of the former Immigration Act, R.S.C. 1985 –</b>		<b>Demandes – Documents concernant :</b>	<b>Le par. 34(2) de la LIPR et la div. 19(1)f(iii)(B) correspondante de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>	<b>Le par. 35(2) de la LIPR et l'al. 19(1)l) correspondant de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>	<b>Le par. 37(2) de la LIPR et l'al. 19(1)c.2) correspondant de l'ancienne Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985 –</b>
		<b>Response</b>	<b>Response</b>	<b>Response</b>			<b>Réponse</b>	<b>Réponse</b>	<b>Réponse</b>
3)	The number of Ministerial relief requests submitted PER year since IRPA was enacted	2002 – 20 2003 – 34 2004 – 32 2005 – 25 2006 – 20 2007 – 15 2008 – 16 2009 – 37 2010 – 37 2011 – 11	2002 – 0 2003 – 3 2004 – 1 2005 – 1 2006 – 2 2007 – 0 2008 – 4 2009 – 2 2010 – 5 2011 – 0	2002 – 0 2003 – 1 2004 – 1 2005 – 0 2006 – 0 2007 – 0 2008 – 1 2009 – 4 2010 – 2 2011 – 2	3)	Nombre de demandes de dispense ministérielles présentées par année depuis la promulgation de la LIPR	2002 – 20 2003 – 34 2004 – 32 2005 – 25 2006 – 20 2007 – 15 2008 – 16 2009 – 37 2010 – 37 2011 – 11	2002 – 0 2003 – 3 2004 – 1 2005 – 1 2006 – 2 2007 – 0 2008 – 4 2009 – 2 2010 – 5 2011 – 0	2002 – 0 2003 – 1 2004 – 1 2005 – 0 2006 – 0 2007 – 0 2008 – 1 2009 – 4 2010 – 2 2011 – 2
4)	The number of Ministerial relief requests granted by the Minister PER year since the IRPA was enacted up to the present day	2002 – 0 2003 – 0 2004 – 0 2005 – 2 2006 – 5 2007 – 8 2008 – 7 2009 – 0 2010 – 1 2011 – 1	2002 – 0 2003 – 0 2004 – 1 2005 – 0 2006 – 0 2007 – 0 2008 – 1 2009 – 0 2010 – 0 2011 – 1	0	4)	Nombre de demandes de dispense ministérielle acceptées par année depuis la promulgation de la LIPR	2002 – 0 2003 – 0 2004 – 0 2005 – 2 2006 – 5 2007 – 8 2008 – 7 2009 – 0 2010 – 1 2011 – 1	2002 – 0 2003 – 0 2004 – 1 2005 – 0 2006 – 0 2007 – 0 2008 – 1 2009 – 0 2010 – 0 2011 – 1	0
5)	The number of Ministerial relief claims currently pending	223	15	12	5)	Nombre de demandes de dispense ministérielle actuellement pendantes	223	15	12

[23] The respondent opposed the motion for an extension of time, arguing that the proposed evidence, which concerns the acceptance rates of ministerial relief applications, is not relevant to the present application since each application for ministerial relief is different. Further, the respondent submits that the new evidence is unreliable as it is incomplete, giving only limited information about the number of applications approved rather than more fulsome statistics, including

[23] Le défendeur s'est opposé à la requête en prolongation de délai, faisant valoir que la preuve proposée, qui porte sur le taux d'acceptation des demandes de dispense ministérielle, n'est pas pertinente dans le cadre de la présente demande étant donné que chaque demande de dispense ministérielle est différente. De plus, le défendeur soutient que la nouvelle preuve n'est pas fiable, car elle est incomplète; elle ne renseigne que partiellement sur le nombre de demandes acceptées, au lieu de

the number of applications not granted or the details of the approved applications.

[24] On June 6, 2011, Justice Near directed that this motion be dealt with as a preliminary motion before the judge hearing the application for judicial review. The matter was therefore argued before me at the outset of the hearing. After hearing counsel for both sides, I indicated that I would grant the motion and allow the applicant to file the additional affidavit of Ms. Bergman, essentially for two reasons. First, I accept that counsel for the applicant showed due diligence in obtaining official statistics in support of their case, and that the delay in obtaining the information sought, resulted only from the difficulty of tracking down the correct institution in charge of the relevant information. Second, I am also of the view that there is no hardship to the respondent if the motion is allowed, and that it is best to have a more fulsome evidentiary record. As for the respondent's argument with respect to the weight to be given to that evidence, it is best left to the discussion of the merits raised by the application for judicial review.

[25] As part of my decision, I also granted the respondent permission to file an additional affidavit within ten days of the hearing. On June 16, 2011, counsel for the respondent wrote to the Court advising that it would not be filing any further evidence in relation to the supplementary affidavit of Ms. Bergman.

(a) Should the applicant be permitted to proceed with his constitutional challenge, given his failure to raise these issues in the first instance before the tribunal?

[26] Counsel for the respondent contends that the applicant is prevented from raising constitutional arguments before this Court because he failed to advance any of these arguments before the Immigration Division.

donner des statistiques plus complètes, qui incluraient le nombre de demandes refusées ou les détails des demandes acceptées.

[24] Le 6 juin 2011, le juge Near a ordonné que la requête soit traitée comme une requête préliminaire devant le juge chargé d'entendre la demande de contrôle judiciaire. La question a donc été débattue devant moi au début de l'audience. Après avoir entendu les avocats des deux parties, j'ai indiqué que j'étais d'avis d'accueillir la requête et de permettre au demandeur de produire l'affidavit additionnel de M<sup>me</sup> Bergman, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, je conviens que l'avocate du demandeur a fait preuve de diligence raisonnable pour l'obtention des statistiques officielles à l'appui de sa cause et que le délai pour l'obtention des renseignements demandés était attribuable à la seule difficulté de trouver l'institution chargée de recueillir les renseignements pertinents. Deuxièmement, je suis également d'avis que, si la requête est accueillie, il n'en découlera aucune difficulté pour le défendeur et qu'il est préférable d'avoir un dossier de preuve plus complet. En ce qui concerne l'argument du défendeur concernant le poids à accorder à cette preuve, il est préférable de s'en remettre au débat sur le fond de la demande de contrôle judiciaire.

[25] Dans ma décision, j'ai également accordé au défendeur la permission de produire un affidavit additionnel dans un délai de dix jours suivant la date de l'audience. Le 16 juin 2011, l'avocat du défendeur a écrit à la Cour pour l'aviser qu'il ne présenterait pas d'autre preuve en rapport avec l'affidavit supplémentaire de M<sup>me</sup> Bergman.

a) Le demandeur devrait-il être autorisé à poursuivre sa contestation constitutionnelle, compte tenu du fait qu'il n'a pas soulevé de questions constitutionnelles devant le tribunal de première instance?

[26] L'avocat du défendeur soutient que le demandeur ne peut soulever d'arguments constitutionnels devant la Cour parce qu'il n'en a soulevé aucun devant la Section de l'immigration.

[27] The Supreme Court has held that tribunals with expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide the constitutionality of their statutory provisions, and should play a primary role in determining Charter issues within their jurisdiction. Writing for the majority in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at pages 16–17, Justice La Forest captured the usefulness and the value of a tribunal’s factual findings when considering a constitutional question in the following terms (quoted with approval by Mr. Justice Gonthier, for a unanimous Court, in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 30):

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical.... The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance.

[28] As a result of the *Cuddy Chicks* trilogy (the two other cases of that trilogy being *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22) and further jurisprudential evolution (extensively summed up in *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765), there is no doubt that administrative tribunals with the power to decide questions of law have the authority to resolve constitutional questions that are inextricably linked to matters properly before them, unless such questions have been explicitly withdrawn from their jurisdiction.

[29] It is also beyond dispute that the Immigration Division has both the jurisdiction to determine Charter issues and the authority to grant relief for a Charter breach by not applying the impugned provisions. It is a

[27] La Cour suprême a statué que les tribunaux jouissant à la fois de l’expertise et de la compétence nécessaires pour trancher des questions de droit sont mieux placés pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions législatives les régissant et devraient jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la Charte relevant de leur compétence. S’exprimant au nom de la majorité dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, aux pages 16 et 17, le juge La Forest a décrit comme suit l’utilité et la valeur des conclusions de fait d’un tribunal administratif dans l’examen d’une question constitutionnelle (extrait cité avec approbation par M. le juge Gonthier, au nom des juges unanimes, dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 30) :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d’analyser des considérations de principe opposées est fondamentale [...] Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l’attention qu’elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d’une aide inestimable.

[28] En raison de la trilogie *Cuddy Chicks* (les deux autres affaires de cette trilogie étant l’arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et l’arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22) et de l’évolution de la jurisprudence (résumée en détail dans l’arrêt *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765), il ne fait aucun doute qu’un tribunal administratif possédant le pouvoir de trancher des questions de droit a compétence pour résoudre une question constitutionnelle inextricablement liée à une affaire dont il est dûment saisi, à moins que cette question n’ait été explicitement exclue de sa compétence.

[29] Il n’est également pas contesté que la Section de l’immigration a à la fois la compétence pour trancher des questions liées à la Charte et le pouvoir d’accorder une réparation à l’égard d’une violation de la Charte en



court of competent jurisdiction as described in subsection 24(1) of the Charter, and it clearly has the power to decide questions of law. Subsection 162(1) of IRPA grants each Division of the Board sole and exclusive jurisdiction to hear and determine questions of law and fact, including questions of jurisdiction, and rule 47 [as am. by SOR/2004-167, s. 12(F)] of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 specifically addresses the procedure for challenging the constitutional validity, applicability, or operability of any legislative provision under IRPA. Since Charter jurisdiction has not been excluded from that jurisdiction, the Immigration Division is therefore empowered to grant Charter remedies arising in the course of carrying out its statutory mandate.

[30] I agree with the respondent, therefore, that the applicant should not be permitted to advance his arguments with respect to the constitutionality of paragraph 37(1)(a) of IRPA for the first time before this Court. Not only would such a course of action ignore the jurisdiction of the Immigration Division, it would also be antithetical to the purpose of judicial review—that is, that the Federal Court should be assessing the propriety of administrative tribunals' determinations on Charter issues, not making those determinations afresh or on their behalf.

[31] The only justification provided by the applicant for not bringing his constitutional challenge before the Immigration Division is that it would have been premature to do so, as neither he nor his counsel could have been aware of the effective unavailability of ministerial relief at the time of his admissibility hearing. It may well have been difficult to gain a better understanding of the practical effectiveness of the ministerial relief provisions of IRPA, as asserted by the affiant, a student at law with counsel for the applicant. However, this process could have commenced at the time a section 44 report was issued alleging that the applicant is inadmissible under paragraph 37(1)(a) due to his membership in a criminal organization or, at the very least, at the time the report

n'appliquant pas les dispositions attaquées. La Section de l'immigration est un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte et elle a manifestement le pouvoir de trancher des questions de droit. Le paragraphe 162(1) de la LIPR prévoit que chacune des sections de la Commission a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait, y compris en matière de compétence, et la règle 47 [mod. par DORS/2004-167, art. 12(F)] des *Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, établit plus précisément la procédure à suivre pour contester la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une disposition législative de la LIPR. Étant donné que la compétence en matière d'application de la Charte n'a pas été exclue de ses attributions, la Section de l'immigration est habilitée à accorder des réparations fondées sur la Charte dans le cadre de l'exécution de son mandat prévu par la loi.

[30] Par conséquent, je suis d'accord avec le défendeur pour dire que le demandeur ne devrait pas être autorisé à présenter ses arguments concernant la validité constitutionnelle de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR pour la première fois devant notre Cour. Non seulement cette façon de procéder ferait fi de la compétence de la Section de l'immigration, mais elle irait aussi à l'encontre de l'objet même du contrôle judiciaire, à savoir que la Cour fédérale devrait apprécier le bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant une question liée à la Charte, et non trancher cette question à nouveau ou à sa place.

[31] Pour justifier son omission de soulever la question de la validité constitutionnelle devant la Section de l'immigration, le demandeur s'est contenté de dire qu'il aurait été prématuré de le faire, parce que ni lui ni son avocate n'auraient pu être au courant de l'inaccessibilité réelle de la dispense ministérielle au moment où l'enquête a eu lieu. Il est peut-être vrai qu'il aurait été difficile de bien cerner l'effet pratique des dispositions de la LIPR concernant la dispense ministérielle, comme l'a affirmé l'auteur de l'affidavit, une stagiaire en droit travaillant pour l'avocate du demandeur. Toutefois, la démarche aurait pu être entreprise au moment de la transmission du rapport prévu à l'article 44 dans lequel il était allégué que le demandeur était interdit de

was referred to the Immigration Division by the Minister. After all, there was no need for the applicant to wait until he was declared inadmissible by the Immigration Division to gather that information. Since it is paragraph 37(1)(a) of IRPA that is being challenged, it was not a precondition for the applicant to apply for ministerial relief before he could challenge the constitutionality of the inadmissibility scheme.

[32] As a result, the application for judicial review could be dismissed on this very narrow ground. In the exercise of my discretion, however, I will proceed to assess the merits of the applicant's argument, if only because it has been vigorously argued by counsel on both sides. In the event that I may have erred in concluding that the issue should have first been raised before the Immigration Division, the following are my reasons for dismissing the judicial review on the merits.

(b) Does the legislative scheme of section 37 violate the applicant's Charter rights of freedom of expression and freedom of association?

[33] It is not in dispute that freedom of expression does not protect expressive activity that takes the form of violence. Violence or criminal activity do not involve any of the recognized rationales underlying the constitutional protection of freedom of expression, namely its role as an instrument of democratic government, of truth and of personal fulfilment. Similarly, freedom of association has been found to encompass only lawful activities and cannot protect a person who chooses to belong to a criminal organization. As the Supreme Court stated in *Suresh*, above, at paragraph 107:

It is established that s. 2 of the *Charter* does not protect expressive or associational activities that constitute violence: *Keegstra*, *supra*. This Court has, it is true, given a broad interpretation to freedom of expression, extending it, for example, to hate speech and perhaps even threats of violence: *Keegstra*;

territoire aux termes de l'alinéa 37(1)a) en raison de son appartenance à une organisation criminelle ou, à tout le moins, au moment où le ministre a déferé l'affaire à la Section de l'immigration. En effet, le demandeur n'avait pas besoin d'attendre d'être déclaré interdit de territoire par la Section de l'immigration pour recueillir ces renseignements. Étant donné que la disposition attaquée est l'alinéa 37(1)a) de la LIPR, la présentation d'une demande de dispense ministérielle n'était pas une condition préalable à une contestation de la validité constitutionnelle du régime d'interdiction de territoire.

[32] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire pourrait être rejetée pour ce seul motif. Toutefois, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui m'a été conféré, je vais procéder à l'analyse du bien-fondé de l'argument du demandeur pour la seule raison qu'il a été vigoureusement débattu par les avocats des deux parties. Au cas où j'aurais erronément conclu que la question aurait dû d'abord être soulevée devant la Section de l'immigration, les motifs exposés ci-dessous constituent les motifs justifiant le rejet de la demande de contrôle judiciaire sur le fond.

b) Le régime législatif de l'article 37 viole-t-il les droits du demandeur à la liberté d'expression et à la liberté d'association que lui garantit la Charte?

[33] Il n'est pas contesté que la liberté d'expression ne protège pas les formes d'expression violentes. La violence et l'activité criminelle ne font intervenir aucun principe reconnu sous-jacent à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, à savoir son rôle en tant qu'instrument de gouvernement démocratique, de vérité et d'épanouissement personnel. De la même manière, il a été jugé que la liberté d'association englobe seulement les activités licites et ne peut servir à protéger une personne qui choisit d'appartenir à une organisation criminelle. La Cour suprême a ainsi déclaré dans l'arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 107 :

Il est bien établi que l'art. 2 de la *Charte* ne protège pas les formes d'expression ou d'association violentes : *Keegstra*, précité. Certes, notre Cour a donné une interprétation large de la liberté d'expression, en étendant sa portée, par exemple, aux messages haineux et peut-être même aux menaces de

*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731. At the same time, the Court has made plain that the restriction of such expression may be justified under s. 1 of the *Charter*: see *Keegstra*, at pp. 732-33. The effect of s. 2(b) and the justification analysis under s. 1 of the *Charter* suggest that expression taking the form of violence or terror, or directed towards violence or terror, is unlikely to find shelter in the guarantees of the *Charter*.

[34] Based on the existing jurisprudence, I am therefore of the view that section 37 withstands constitutional scrutiny on a paragraph 2(b) or (d) *Charter* analysis, so long as the discretion it affords is exercised in accordance with the statute. Counsel for the applicant contends, however, that the *Charter* should protect persons who are not threats to the national interest. Relying on case law according to which mere membership in a group responsible for international crimes is not enough to constitute complicity unless the organization has a limited brutal purpose (*Yuen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16698, 195 D.L.R. (4th) 625 (F.C.A.)), the applicant further argues that freedom of association must encompass his joining of the Hells Angels, as this is an organization whose sole objective is not to commit crimes but which also pursues laudable objectives.

[35] These two arguments can be easily disposed of. When read in its entirety, it is clear that section 37 of IRPA is sufficiently circumscribed to ensure that so-called “innocent” members of criminal organizations are not inadmissible. This is precisely the purpose of ministerial relief, as set out in subsection 37(2). As the Supreme Court found in *Suresh*, above, at paragraphs 109–111, the availability of ministerial relief under subsection 37(2) ensures that those persons who may unwittingly become members of criminal organizations without any knowledge of the organization’s criminal activity, or who can establish that their participation in such an organization was coerced, are not caught by subsection 37(1) (see also *Agraira v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 103, 96 Imm. L.R. (3d) 20 (*Agraira*)). To that extent, the right to freedom of association would

violen : *Keegstra*, précité; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731. Parallèlement, la Cour a clairement indiqué que la restriction touchant cette forme d’expression peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte* : voir *Keegstra*, précité, p. 732-733. L’effet combiné de l’al. 2b) et de l’analyse de la justification au regard de l’article premier de la *Charte* laisse croire qu’une forme d’expression violente ou terroriste ou contribuant à la violence ou au terrorisme ne bénéficiera vraisemblablement pas de la protection des garanties prévues par la *Charte*.

[34] Compte tenu de la jurisprudence, je suis donc d’avis que l’article 37 résiste à un examen constitutionnel fondé sur les alinéas 2b) ou 2d) de la *Charte* dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire qu’il confère est exercé en conformité avec la loi. L’avocate du demandeur soutient cependant que la *Charte* devrait protéger les personnes qui ne constituent pas une menace pour l’intérêt national. S’appuyant sur un arrêt dans lequel il a été décidé que la simple appartenance à un groupe responsable de crimes internationaux n’est pas suffisante pour constituer de la complicité à moins que l’organisation ne poursuive des fins limitées et brutales (*Yuen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 16698 (C.A.F.)), le demandeur fait valoir en outre que la liberté d’association doit comprendre son droit d’adhérer aux Hells Angels, étant donné que cette organisation n’a pas comme seul objectif de commettre des crimes mais qu’elle poursuit également des objectifs louables.

[35] Ces deux arguments peuvent facilement être réfutés. Lorsque l’article 37 de la LIPR est considéré dans son intégralité, il est évident qu’il est suffisamment circonscrit pour faire en sorte que les prétendus membres « innocents » des organisations criminelles ne soient pas interdits de territoire. C’est précisément l’objet de la dispense ministérielle, comme l’énonce le paragraphe 37(2). Comme la Cour suprême l’a affirmé dans l’arrêt *Suresh*, précité, aux paragraphes 109 à 111, la possibilité de demander une dispense au ministre en vertu du paragraphe 37(2) fait en sorte que les personnes qui sont devenues membres d’une organisation criminelle sans savoir que cette organisation se livrait à des activités criminelles ou qui peuvent établir qu’elles ont été forcées à participer aux activités de cette organisation soient exclues de l’application du paragraphe 37(1) (voir également *Agraira c. Canada (Ministre de la*

therefore not be infringed. I shall address the applicant's argument to the effect that ministerial relief cannot salvage the inadmissibility provisions because of the dysfunctionality of that process in the context of my analysis of section 7 of the Charter.

[36] As for the argument that the Hells Angels is an organization that pursues a number of activities, some of which are not criminal in nature, this is simply not borne out by the evidence. Having carefully reviewed the evidence and case law that was before it, the Immigration Division found that the Hells Angels is an organized crime group that exists to perpetuate crime. In concluding a 25-page section on that topic, the Immigration Division wrote (at paragraph 116):

There is enough evidence to prove, on reasonable grounds, a connection between criminal offences of Hells Angels members, associates and puppet groups, and the organization. There is evidence of the criminality of its members. Their criminal acts have included drug trafficking, extortion, firearms and explosives offences, and the rampancy of such criminal acts are probative in establishing that the Hells Angels is a criminal organization. It is also apparent that the affiliation with the Hells Angels furnishes members with opportunities to be involved in crime at a depth that may not otherwise be available to them. The panel is also satisfied that the nature and existence of the hierarchy within the Hells Angels, the influence of its leadership, and the incumbent obligations of the members and associates to one another, all foster and under gird the criminal event. This is also an organization that relishes in the power and notoriety of its members, and will employ violence and intimidation to preserve its power and enhance its reputation. It maintains the sanctuary or fortress of a Hells Angels clubhouse to minimize criminal exposure and infiltration.

[37] The applicant has not even tried to challenge this finding, let alone endeavour to demonstrate that it is unreasonable. In those circumstances, it cannot seriously and credibly be contended that section 37 violates the applicant's freedoms of expression and association, or that section 2 protects his right to join the Hells Angels,

*Sécurité publique et de la Protection civile*), 2011 CAF 103 (*Agraira*). Dans ces conditions, il ne serait donc pas porté atteinte au droit à la liberté d'association. Je vais répondre à l'argument du demandeur selon lequel la dispense ministérielle ne permet pas de préserver les dispositions relatives à l'interdiction de territoire en raison du dysfonctionnement de ce processus dans le cadre de mon analyse de l'article 7 de la Charte.

[36] En ce qui a trait à l'argument selon lequel les Hells Angels constituent une organisation qui se livre à nombre d'activités, dont certaines qui ne sont pas de nature criminelle, on peut dire qu'il n'est tout simplement pas corroboré par la preuve. Après avoir examiné en détail la preuve et la jurisprudence dont elle disposait, la Section de l'immigration a conclu que les Hells Angels constituent un groupe criminel organisé dont le but est de commettre des crimes. Pour clore une section d'une trentaine de pages sur le sujet, la Section de l'immigration a déclaré ce qui suit (au paragraphe 116) :

Il existe suffisamment d'éléments de preuve pour établir, sur la foi de motifs raisonnables, un lien entre l'organisation et les infractions criminelles commises par des membres, associés et groupes fantoches des Hells Angels. La criminalité de ses membres est également étayée par des preuves. Leurs actes criminels incluent le trafic de la drogue, l'extorsion, les infractions relatives à des armes à feu et à des explosifs [et] le caractère endémique de ces actes établit de manière probante que les Hells Angels forment une organisation criminelle. Il est aussi manifeste que, n'eût été leur affiliation aux Hells Angels, les membres ne bénéficieraient pas d'opportunités criminelles si vastes. Le tribunal est également convaincu que la nature et l'existence de la hiérarchie au sein des Hells Angels, l'influence des dirigeants et les obligations réciproques qui incombent aux membres et associés, encouragent et confortent l'acte criminel. Cette organisation se délecte du pouvoir et de la notoriété dont jouissent ses membres, et elle emploiera la violence ainsi que l'intimidation pour conserver ce pouvoir et raffermir sa réputation. Les clubs des Hells Angels sont des sanctuaires ou des forteresses destinés à réduire au minimum le risque d'être démasqué ou infiltré.

[37] Le demandeur n'a même pas essayé de contester cette conclusion et encore moins de démontrer qu'elle est déraisonnable. Dans ces circonstances, il ne peut être soutenu de manière sérieuse et crédible que l'article 37 viole les droits du demandeur à la liberté d'expression et à la liberté d'association ou que l'article 2 protège son

given the violent and criminal activities of that organization. Nor can the applicant claim that he was an innocent member of that organization. This is not a case where the applicant did not know the nature of the organization until it was too late—either he did not care or chose to be wilfully blind to its activities. Clearly, the framers of the Charter could not have intended that the applicant’s membership in the Hells Angels could be protected through his freedom of association and expression, despite the overwhelming criminal history of the organization.

(c) Does section 37 of IRPA deprive the applicant of his right to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice?

[38] Counsel for the applicant submitted that the terms “member”, “organized criminality” and “pattern of criminal activity” found in subsection 37(1) of IRPA are unconstitutionally vague and overbroad, and are therefore not in accordance with the principles of fundamental justice as required by section 7 of the Charter. Since he is not a refugee, the applicant claims that he could be deported while he is waiting for his ministerial application to be processed.

[39] This argument is flawed and cannot be sustained. It is well established that the principles of fundamental justice in section 7 of the Charter are not independent self-standing notions, and are to be considered only when it is first demonstrated that an individual is being deprived of the right to life, liberty or security of the person. As Justice Bastarache stated, on behalf of the majority of the Supreme Court in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), at paragraph 47:

... before it is even possible to address the issue of whether the respondent’s s. 7 rights were infringed in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, one must

droit de joindre les rangs des Hells Angels, compte tenu des activités violentes et criminelles auxquelles se livre cette organisation. Le demandeur ne saurait non plus prétendre qu’il était un membre innocent de cette organisation. Il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire où le demandeur n’a appris que trop tard la nature des activités de l’organisation — soit qu’il ne s’en souciait pas ou qu’il a volontairement choisi de fermer les yeux sur les activités auxquelles cette organisation se livrait. De toute évidence, les rédacteurs de la Charte ne pouvaient avoir l’intention de protéger l’appartenance aux Hells Angels au moyen des principes de liberté d’association et d’expression, malgré les antécédents criminels accablants de cette organisation.

c) L’article 37 de la LIPR prive-t-il le demandeur de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d’une manière non conforme aux principes de justice fondamentale?

[38] L’avocate du demandeur a soutenu que les termes « membre », « criminalité organisée » et « plan d’activités criminelles » employés au paragraphe 37(1) de la LIPR sont d’une imprécision inconstitutionnelle et d’une portée excessive et qu’ils ne sont donc pas en conformité avec les principes de justice fondamentale comme l’exige l’article 7 de la Charte. Le demandeur allègue qu’il pourrait être expulsé alors qu’il attend toujours une réponse à sa demande de dispense ministérielle, car il n’est pas un réfugié.

[39] Cet argument n’est pas valable et ne peut être retenu. Il est bien établi que les principes de justice fondamentale dont il est question à l’article 7 de la Charte ne sont pas des notions autonomes et doivent être considérés uniquement lorsqu’il est d’abord démontré que l’intéressé est privé de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Le juge Bastarache a ainsi affirmé, au nom de la majorité de la Cour suprême dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.S.C. 307 (*Blencoe*), au paragraphe 47 :

[...] avant même que l’on puisse se demander si les droits garantis à l’intimé par l’art. 7 ont fait l’objet d’une atteinte non conforme aux principes de justice fondamentale, il faut

first establish that the interest in respect of which the respondent asserted his claim falls within the ambit of s. 7.

[40] It has been held, time and again, that a finding of inadmissibility does not, in and of itself, engage an individual's section 7 interests (see, for example, *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487 (*Poshteh*), at paragraph 63; *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3 (C.A.), at pages 15–16). Even if it is true that the applicant, not being a refugee, could be deported while he awaits the processing of his ministerial relief application, it would still not be sufficient to trigger the application of section 7 rights (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 46; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 728; *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 235 (F.C.A.)).

[41] Such a finding is consistent with the basic constitutional foundation of Canadian immigration law, to wit, that only Canadian citizens have the absolute right to enter and remain in Canada. Non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada, and their ability to do so is strictly dependant on their satisfaction of the admissibility criteria decided by Parliament.

[42] It is true that in *Suresh*, above, the Supreme Court determined that the removal of a Convention refugee from Canada to a country where a person would face a risk of torture engages the rights protected under section 7 of the Charter and cannot proceed unless it is consistent with the principles of fundamental justice. It was the risk of torture on removal, though, and not the fact of removal itself, that engage the applicant's section 7 interests in that case. In the present case, the applicant has raised no argument that his life, liberty or security is in danger if he is returned to Scotland, and he has declined the offer to file an application for a pre-removal risk

d'abord prouver que le droit visé par l'allégation de l'intimé relève de l'art. 7.

[40] Il a été confirmé à maintes reprises qu'une conclusion d'interdiction de territoire ne met pas en soi en cause les droits conférés par l'article 7 (voir, par exemple, *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487 (*Poshteh*), au paragraphe 63; *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.), aux pages 15 et 16). Même s'il est vrai que le demandeur, du fait qu'il n'est pas un réfugié, pourrait être expulsé pendant le traitement de sa demande de dispense ministérielle, cela ne se serait pas suffisant pour déclencher l'application des droits garantis par l'article 7 (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 46; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 728; *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 1096 (C.A.)(QL)).

[41] Pareille conclusion est compatible avec le fondement constitutionnel du droit canadien en matière d'immigration, à savoir que seuls les citoyens canadiens disposent du droit absolu d'entrer au Canada et d'y demeurer. Les non-citoyens ne disposent pas d'un droit absolu d'entrer au Canada ou d'y demeurer et leur capacité à le faire dépend strictement de la question de savoir s'ils satisfont aux critères d'admissibilité prévus par le législateur.

[42] Il est vrai que, dans l'arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême a statué que le renvoi d'un réfugié au sens de la Convention vers un pays où cette personne serait exposée à un risque de torture met en jeu les droits garantis par l'article 7 de la Charte et que la mesure de renvoi ne peut être exécutée à moins que le renvoi ne soit fait en conformité avec les principes de justice fondamentale. C'est donc le risque de torture en cas de renvoi, et non le fait du renvoi lui-même, qui a fait entrer en jeu les droits garantis par l'article 7 dans cette affaire. Dans la présente espèce, le demandeur n'a soulevé aucun argument suivant lequel sa vie, sa liberté ou sa sécurité

assessment. In those circumstances, and in the absence of any demonstration of risk in the United Kingdom for which there is no adequate state protection, his potential removal cannot engage his section 7 rights. Even accepting that the applicant may be stressed by his impending removal, this would not be sufficient to engage his right to security of the person. The Supreme Court made it clear in *Blencoe*, above (at paragraph 82), that “only serious psychological incursions resulting from state interference with an individual interest of fundamental importance” will qualify as a violation of security of the person. There is no such evidence in the case at bar.

[43] Even if I were to assume, for the sake of the argument, that the applicant’s right to liberty or security are infringed by a declaration of inadmissibility, he would still have to demonstrate that he has been deprived of these rights in a way that is inconsistent with the principles of fundamental justice. As already mentioned, according to the applicant, subsection 37(1) breaches these principles, because of the vagueness of its key concepts such as “member”, “organized criminality” and “pattern of criminal activity”. The applicant submits that because of the broad interpretation that has been given to these terms, it does not permit to distinguish between members who have as their purpose in joining a group the furtherance of the criminal goals of the organization, as opposed to those who join for many possible alternative purposes. Nor does it allow to differentiate between organizations which have as their main purpose criminal activity, and those whose primary goals are non-violent in nature. Similarly, a newly recruited member in an organization currently committed to peaceful means of conduct, could be barred from admissibility because of the past conduct of that organization.

[44] I hasten to say that the applicant has no personal basis to argue that the range of application of section 37

serait en danger s’il était renvoyé en Écosse et il n’a pas voulu demander un examen des risques avant renvoi. Dans ces circonstances, et en l’absence de toute démonstration de l’existence au Royaume-Uni d’un risque pour lequel la protection offerte par l’État n’est pas suffisante, son possible renvoi ne peut mettre en jeu les droits qui lui sont garantis par l’article 7. Même en acceptant que le demandeur pourrait être perturbé par un renvoi imminent, cela ne serait pas suffisant pour mettre en jeu le droit à la sécurité de sa personne. La Cour suprême a bien précisé dans l’arrêt *Blencoe*, précité (au paragraphe 82), que seule « l’atteinte grave à l’intégrité psychologique résultant de l’atteinte de l’État à un droit individuel d’importance fondamentale » constituera une atteinte à la sécurité de la personne. Aucune preuve n’a été présentée en ce sens en l’espèce.

[43] Même si je devais présumer, pour les besoins de l’argument, que les droits du demandeur à la liberté ou à la sécurité de sa personne ont été violés par une déclaration d’interdiction de territoire, il lui faudrait encore démontrer qu’il a été privé de ces droits d’une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. Tel qu’il a déjà été mentionné, selon le demandeur, le paragraphe 37(1) porte atteinte à ces principes en raison de l’imprécision de ses notions essentielles, notamment des termes « membre », « criminalité organisée » et « plan d’activités criminelles ». Le demandeur soutient que, étant donné que ces termes ont reçu une interprétation large, il n’est pas permis d’établir une distinction entre les membres qui joignent les rangs d’une organisation avec l’intention de poursuivre les objectifs criminels de cette organisation et les membres qui joignent les rangs de cette organisation pour de nombreuses autres raisons possibles. Cette interprétation ne permet pas non plus d’établir une distinction entre les organisations qui ont pour principal intérêt de se livrer à des activités criminelles et les organisations dont les objectifs principaux sont de nature non violente. De même, un membre nouvellement recruté dans une organisation qui poursuit maintenant des objectifs pacifiques pourrait être déclaré interdit de territoire en raison de la conduite passée de cette organisation.

[44] Je m’empresse d’ajouter que le demandeur n’a aucun motif personnel de prétendre que le champ

is overly broad. He is an admitted member of the Hells Angels, he spent nine years in the organization, and held senior positions in both its local chapter and at the regional level. Moreover, the evidence is overwhelmingly to the effect that the Hells Angels is first and foremost a criminal organization, and no evidence has been led that this organization committed no crimes during the applicant's nine years of full-patch membership.

[45] That being said, it is undeniable that courts have often upheld a very broad application of subsection 37(1), on the basis that such an interpretation was consistent with Parliament's objective to ensure the security of Canadians. Illustrative of that trend is the decision of my colleague, Justice Boivin, in *Ismeal v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 198 (*Ismeal*). Having reviewed the jurisprudence on the subject, he stated (at paragraph 20):

This notion of membership has been given an unrestricted and broad interpretation in Canadian case law, particularly where issues of Canada's national security are involved. An individual need not be an actual card-carrying or formal member of an organization, nor is it necessary that the person concerned to have an obligation to participate in acts of terrorism. In *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, 265 N.R. 121 at par. 25, 55-62, the Federal Court of Appeal stated that being a member means simply "belonging" to an organization (see also *Poshteh* at par. 27 to 32; *Suresh (Re)*, (1997), 140 F.T.R. 88, 75 A.C.W.S. (3d) 887 at par. 21-23; *Ahani (Re)*, (1998), 146 F.T.R. 223, 79 A.C.W.S. (3d) 601 at par. 21; *Qureshi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 7, 78 Imm. L.R. (3d) 8 at par. 19-25; *Kanendra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 923, 47 Imm. L.R. (3d) 265 at par. 21-26; *Denton-James v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1548, 262 F.T.R. 198 at par. 12-16; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Owens*, (2000), 191 F.T.R. 119, 100 A.C.W.S. (3d) 639 at par. 16-18).

[46] It is true that most of the case law on this subject has evolved in the context of section 34. Contrary to the applicant's submission, there is no reason to draw a distinction between sections 34, 35 and 37 for the

d'application de l'article 37 est trop étendu. Il est un membre confirmé des Hells Angels, il a passé neuf ans au sein de l'organisation et il a occupé des postes supérieurs tant au niveau de son chapitre local qu'au niveau régional. De plus, la preuve démontre de façon accablante que les Hells Angels constituent d'abord et avant tout une organisation criminelle. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer que cette organisation n'a commis aucun crime durant les neuf années où il en a été un membre confirmé.

[45] Cela dit, il est incontestable que les cours ont souvent confirmé l'application très étendue du paragraphe 37(1) parce que pareille interprétation s'inscrivait dans la suite logique de l'objectif du législateur d'assurer la sécurité des Canadiens. La décision de mon collègue le juge Boivin dans *Ismeal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 198 (*Ismeal*), illustre bien cette tendance. Après avoir examiné la jurisprudence en la matière, il a affirmé ce qui suit (au paragraphe 20) :

Cette notion d'appartenance a reçu dans la jurisprudence canadienne une interprétation large et sans restriction, en particulier lorsqu'il s'agit de la sécurité nationale du Canada. Pour être membre d'une organisation, il n'est pas nécessaire que l'intéressé détienne une carte d'adhérent ou soit membre en règle, et il n'est pas nécessaire non plus qu'il soit tenu de participer à des actes terroristes. Dans l'arrêt *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297, 265 N.R. 121, aux paragraphes 25 et 55 à 62, la Cour d'appel fédérale écrivait qu'être membre signifie simplement « appartenir » à une organisation (voir aussi *Poshteh*, précité, aux paragraphes 27 à 32; *Suresh (Re)*, (1997), 140 F.T.R. 88, 75 A.C.W.S. (3d) 887, aux paragraphes 21 à 23; *Ahani (Re)*, (1998), 146 F.T.R. 223, 79 A.C.W.S. (3d) 601, au paragraphe 21; *Qureshi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 7, 78 Imm. L.R. (3d) 8, aux paragraphes 19 à 25; *Kanendra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 923, 47 Imm. L.R. (3d) 265, aux paragraphes 21 à 26; *Denton-James c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1548, 262 F.T.R. 198, aux paragraphes 12 à 16; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Owens*, (2000), 191 F.T.R. 119, 100 A.C.W.S. (3d) 639, aux paragraphes 16 à 18).

[46] Il est vrai que la majeure partie de la jurisprudence en la matière a évolué en ce qui touche l'article 34. Contrairement à ce que fait valoir le demandeur, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les



purposes of interpreting the notions of membership and participation in an organization. I agree with the Immigration Division that the rationale underlying the broad interpretation of these concepts is the same. The fact that the Government holds a list of terrorist organizations while there is no such list in relation to criminal organizations is of no consequence. Membership in both kinds of organizations attract criminal liability in Canada, both pose a threat to the national interest, and the prohibition to belong to both types of organization furthers the overriding objective of providing for the safety and security of Canadians.

[47] Indeed, no authority was cited by counsel for the applicant in support for her proposition that a more restrictive approach should be adopted in delineating membership for the purposes of section 37. Nor would she be likely to find any. In *Sittampalam*, above, the Court of Appeal came to the opposite conclusion and determined that the same “unrestricted and broad” interpretation of the word “organization” espoused in the context of terrorism and espionage, should also govern when applying subsection 37(1). Since the Court based that finding on the objective of IRPA to prioritize security, there is no reason to believe that a different reasoning should apply when interpreting membership.

[48] For the applicant to succeed in asserting that the terms “member” and “criminal organization” are impermissibly vague, he must meet a very high threshold. As the Supreme Court stated in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, a law will only be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. Absolute certainty is not necessary, so long as citizens have a broad understanding of what is permissible and what is not. Writing for the Court, Justice Gonthier wrote (at pages 638–639):

articles 34, 35 et 37 pour l’interprétation des notions d’appartenance et de participation aux activités d’une organisation. Je souscris à l’opinion de la Section de l’immigration selon laquelle les raisons qui justifient l’interprétation généreuse de ces notions sont les mêmes. Le fait que le gouvernement tienne une liste des organisations terroristes mais non des organisations criminelles n’a aucune incidence. L’appartenance à ces deux types d’organisation entraîne une responsabilité criminelle au Canada, les deux constituent une menace pour l’intérêt national et l’interdiction d’appartenir à ces deux types d’organisation concourt à la réalisation de l’objectif primordial d’assurer la sécurité des Canadiens.

[47] En fait, l’avocate du demandeur n’a invoqué aucune décision à l’appui de sa proposition suivant laquelle une démarche plus restrictive devrait être adoptée pour circonscrire la notion d’appartenance aux fins de l’article 37. Il est d’ailleurs peu probable qu’elle en trouve. Dans l’arrêt *Sittampalam*, précité, la Cour d’appel est parvenue à la conclusion inverse et a établi que la même interprétation « libérale, sans restriction aucune » du mot « organisation », adoptée dans le contexte du terrorisme et de l’espionnage, devrait également être adoptée pour l’application du paragraphe 37(1). Puisque la Cour d’appel a fondé cette conclusion sur l’objectif de la LIPR de donner la priorité à la sécurité, il n’y a pas lieu de croire qu’un raisonnement différent devrait être appliqué pour interpréter la notion d’appartenance.

[48] Pour que l’argument suivant lequel les termes « membre » et « organisation criminelle » sont d’une imprécision inacceptable soit retenu, le demandeur doit satisfaire à un critère très exigeant. Comme la Cour suprême l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. La certitude absolue n’est pas nécessaire, du moment que les citoyens comprennent bien ce qui est permis et ce qui ne l’est pas. S’exprimant au nom de la Cour suprême, le juge Gonthier a affirmé ce qui suit (aux pages 638 et 639) :

Legal rules only provide a framework, a guide as to how one may behave, but certainty is only reached in instant cases, where law is actualized by a competent authority. In the meanwhile, conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a narrow set of options, sometimes in a broader one. Legal dispositions therefore delineate a risk zone, and cannot hope to do more, unless they are directed at individual instances.

[49] As McLachlin C.J.C. explained in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76 (*Canadian Foundation for Children*), a vague law prevents a person from realizing when he or she is entering an area of risk for sanction. On this basis, I agree with the respondent that it is an untenable position for the applicant to argue that he was not aware of the risk, or possible immigration or criminal sanction, by entering into his long-standing and high-level association with the Hells Angels.

[50] Be that as it may, various Courts have repeatedly been able to define the meaning of the terms “membership”, “organization” and “criminal organization”, which would tend to demonstrate that these terms do give sufficient guidance for legal debate (see, for example, *Sittampalam*, above; *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 349, [2004] 3 F.C.R. 301).

[51] The recent decision of Justice Mosley in *Toronto Coalition to Stop the War v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 957, [2012] 1 F.C.R. 413, further confirms that the term “membership” is capable of being rather clearly ascertained in the immigration law context, despite the Court’s confirmation that a broad and unrestrictive approach should be afforded to the terms “membership” and “organization”. In that case, Justice Mosley acknowledged that the phrase “member of an organization” in subsection 34(1) of IRPA is to be given an unrestricted and broad definition, but added that “an unrestricted and broad definition is not a licence to classify anyone who has had any dealings with a terrorist organization as a member of the

Les règles juridiques ne fournissent qu’un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n’existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. Entre temps, la conduite est guidée par l’approximation. Le processus d’approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d’options, parfois à un ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels.

[49] Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué dans l’arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76 (*Canadian Foundation for Children*), une règle de droit imprécise empêche une personne de se rendre compte qu’elle s’aventure sur un terrain où elle s’expose à des sanctions. Pour ce motif, je suis d’accord avec le défendeur pour dire que le demandeur ne peut soutenir avec succès qu’il n’était pas au courant du risque ou des sanctions possibles en matière d’immigration ou pénale, en entreprenant son association de longue date et à un échelon élevé avec les Hells Angels.

[50] Quoi qu’il en soit, diverses cours ont à maintes reprises été en mesure de définir les termes « appartenance », « organisation » et « organisation criminelle », ce qui tend à démontrer que ces termes constituent un guide suffisant pour un débat juridique (voir, par exemple, *Sittampalam*, précité; *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 349, [2004] 3 R.C.F. 301).

[51] La récente décision du juge Mosley *Toronto Coalition to Stop the War c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957, [2012] 1 R.C.F. 413, confirme d’ailleurs que le terme « appartenance » peut être établi plutôt clairement dans le contexte du droit de l’immigration, malgré la confirmation de la Cour qu’une interprétation large et sans restriction devrait être donnée aux termes « appartenance » et « organisation ». Dans cette affaire, le juge Mosley a reconnu que l’expression « membre d’une organisation » au paragraphe 34(1) de la LIPR doit recevoir une interprétation large et libérale, mais il a ajouté qu’une « interprétation large et libérale ne donne pas carte blanche au décideur pour considérer quiconque ayant déjà eu affaire à une organisation

group” (at paragraph 118). Accordingly, he found that Mr. Galloway’s participation in a convoy which delivered financial and material assistance to Gaza in an effort to break the Israeli blockade, could not make him a party to any terrorist crimes committed by Hamas, a listed terrorist entity under subsection 83.05(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4; 2005, c. 10, s. 34] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In other words, the delivery of a convoy of humanitarian aid could not be construed as providing a support function or financial backing amounting to an agreement to participate in the affairs of a terrorist organization. To conclude otherwise would overreach the parliamentary intent and the legislative language. This decision illustrates that the operating concepts found in sections 34, 35 and 37 of IRPA, though quite broad and open-ended, are not without limit and do provide sufficient guidance for a legal debate, whatever decision the Federal Court of Appeal may reach on this issue as a result of the questions certified by Justice Mosley.

[52] It is the applicant’s main thesis that the courts have previously upheld the inadmissibility provisions only because their otherwise unconstitutional nature was saved by the availability of ministerial relief. Indeed, the courts have given a broad, inclusive definition to the terms “member” and “organization” on the basis that ministerial relief under subsection (2) would be available to those who were caught in the overly wide net of subsection (1). The courts have also taken a broad temporal analysis (finding individuals inadmissible even if they became a member of an impugned organization after that organization’s questionable activities have ceased) on the basis that such alleviating factors would be taken into account at the ministerial relief stage. Now that the circumstances have changed, it is argued, section 37 can no longer be considered constitutional.

terroriste comme étant membre de cette organisation » (au paragraphe 118). Par conséquent, il a conclu que la participation de M. Galloway à un convoi qui apportait une aide financière et matérielle à Gaza afin de mettre fin à l’embargo d’Israël ne pouvait faire de lui une partie aux crimes terroristes commis par le Hamas, qui figure sur la liste des entités terroristes visées au paragraphe 83.05(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4; 2005, ch. 10, art. 34] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En d’autres termes, l’organisation d’un convoi d’aide humanitaire ne peut être interprétée comme étant du soutien général ou du soutien financier qui témoigne de la volonté de participer aux activités d’une organisation terroriste. Conclure autrement irait au-delà de l’intention du législateur et du libellé du texte législatif. Cette décision illustre que les notions essentielles des articles 34, 35 et 37 de la LIPR, quoique très larges et se prêtant à diverses interprétations, ne sont pas sans limite et constituent effectivement un guide suffisant pour un débat juridique, quelle que soit la décision de la Cour d’appel fédérale sur cette question en réponse aux questions certifiées par le juge Mosley.

[52] La thèse principale du demandeur veut que les tribunaux aient confirmé précédemment la validité des dispositions relatives à l’interdiction de territoire pour la seule raison que, malgré leur nature autrement inconstitutionnelle, il existait une possibilité d’obtenir une dispense ministérielle. En fait, les tribunaux ont donné une interprétation large et sans restriction aux termes « membres » et « organisation » parce que ceux qui étaient visés par le premier paragraphe d’application très large pouvaient prétendre au bénéfice d’une dispense ministérielle en vertu du deuxième paragraphe. Les tribunaux ont également adopté une démarche temporelle générale (en déclarant des personnes interdites de territoire même si elles étaient devenues membres de l’organisation contestée après que celle-ci eut cessé ses activités douteuses) parce que ces facteurs atténuants seraient pris en compte à l’étape de la demande de dispense ministérielle. Maintenant que la situation a changé, allègue le demandeur, l’article 37 ne peut plus être considéré comme étant valide sur le plan constitutionnel.

[53] This argument is flawed for a number of reasons. First of all, none of the cases cited by the applicant in support of his proposition clearly states that the inadmissibility scheme put in place in sections 34, 35 and 37 would be in violation of section 7 of the Charter, were it not for the possibility to seek ministerial relief pursuant to subsections 34(2), 35(2) and 37(2). In the context of *Suresh*, above, the overbreadth argument was raised in the context of freedom of association and expression, and the Supreme Court was quick to point out that violent activity does not attract constitutional protection. The Court added that it was not the intention of Parliament to include in the class of suspect persons, those who innocently contribute to or become members of terrorist organizations. They went on to say that such an interpretation is “supported” by the ministerial relief provision that was found in section 19 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*, essentially to the same effect as subsection 34(2). This is a far cry from saying that the inadmissibility provision found in paragraphs 19(1)(e) and (f) of the *Immigration Act*, now replaced by subsection 34(1) of IRPA, would have been found unconstitutional had it not been for the presence of the discretion given to the Minister to grant relief from that inadmissibility. Quite to the contrary, the Court found that so long as the Minister exercises his discretion in accordance with the Act, there can be no violation of paragraph 2(b) or (d) of the Charter (*Suresh*, above, at paragraph 108).

[54] None of the other cases cited by the applicant to bolster his position are conclusive either. The applicant relied, in particular on *Poshteh*, above; *Ismeal*, above, and *Al Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 1457, 149 C.R.R. (2d) 340. A careful reading of these decisions does not lend itself to the conclusion that an effective and speedy ministerial relief system is an essential requirement to the constitutional validity of the inadmissibility provisions. They merely support the view that Parliament never intended innocent persons who were ignorant of the criminal or terrorist activities of an organization with which they have been associated, to be caught by the

[53] Cet argument n’est pas valable pour un certain nombre de raisons. Premièrement, aucune des décisions invoquées par le demandeur à l’appui de sa proposition n’indique clairement que le régime d’interdiction de territoire mis en place aux articles 34, 35 et 37 violerait l’article 7 de la Charte n’eût été de la possibilité de demander une dispense ministérielle en vertu des paragraphes 34(2), 35(2) et 37(2). Dans l’arrêt *Suresh*, précité, l’argument concernant la portée excessive a été soulevé dans le contexte de la liberté d’association et d’expression, et la Cour suprême n’a pas tardé à souligner que la violence ne bénéficie pas d’une protection constitutionnelle. Elle a ajouté que le législateur n’avait pas l’intention d’inclure dans la catégorie des personnes suspectes celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres. Elle a poursuivi en disant qu’une telle interprétation « trouve appui » dans la disposition relative à la dispense ministérielle à l’article 19 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l’immigration*, qui a essentiellement le même effet que le paragraphe 34(2). Cela ne veut pas du tout dire que les dispositions relatives à l’interdiction de territoire aux alinéas 19(1)e) et f) de la *Loi sur l’immigration*, remplacés par le paragraphe 34(1) de la LIPR, auraient été déclarées inconstitutionnelles n’eût été de l’existence du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre de faire exception à l’interdiction de territoire. Bien au contraire, la Cour a conclu que, dans la mesure où le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Loi, il ne peut y avoir violation des alinéas 2b) ou 2d) de la Charte (*Suresh*, précité, au paragraphe 108).

[54] Aucune des autres décisions invoquées par le demandeur à l’appui de sa thèse n’est déterminante. Le demandeur s’est fondé en particulier sur l’arrêt *Poshteh*, précité, et les décisions *Ismeal*, précitée, et *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 1457. Une lecture attentive de ces décisions ne mène pas à la conclusion qu’un régime de dispense ministérielle efficace et rapide constitue une exigence essentielle de la validité constitutionnelle des dispositions relatives à l’interdiction de territoire. Ces décisions étayaient simplement l’idée que le législateur n’a jamais voulu que des personnes innocentes qui ne savaient pas que l’organisation dont elles

inadmissibility provisions, and that subsection 34(2) provides further assurance to that effect.

[55] To accept the applicant's argument would amount to stating that the availability of ministerial relief is an element of fundamental justice in the context of an inadmissibility regime. Such a contention does not meet the three criteria for recognition as a principle of fundamental justice set out by the jurisprudence (see *Canadian Foundation for Children*, above, at paragraph 8 for a useful summary of these principles). There is no support for the contention that pre-removal access to the ministerial relief process is a legal principle, that this legal principle is fundamental to our societal notion of justice (in fact, the status afforded to permanent residents under the Constitution and IRPA suggests otherwise), and it has not been demonstrated that the principle is capable of being identified with some precision. Indeed, this Court found in *Samad v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 324, 386 F.T.R. 126, at paragraphs 13–15 that there is no legitimate expectation to the postponement of an inadmissibility proceeding while a ministerial relief petition remains outstanding. This is further confirmation that the notion of a pre-removal access to an effective ministerial relief process is not a principle of fundamental justice.

[56] I agree with the respondent that when considered as a whole, the process by which an applicant could face a finding of inadmissibility and consequent enforcement of a removal order, reveals that the process is consistent with the principles of fundamental justice:

- The applicant is afforded the opportunity to advance submissions why a section 44 report should not be prepared or referred to the Immigration Division for assessment;
- The applicant is afforded with a hearing before the Immigration Division on the merits of the inadmissibility allegation (section 45 of IRPA). The Immigration

avaient joint les rangs se livrait à des activités criminelles ou terroristes soient visées par les dispositions relatives à l'interdiction de territoire, et que le paragraphe 34(2) offre davantage de garantie à cet égard.

[55] Si l'argument du demandeur était retenu, cela reviendrait à dire que la possibilité d'obtenir une dispense ministérielle est un élément de justice fondamentale dans le cadre d'un régime d'interdiction de territoire. Cette prétention ne satisfait pas aux trois critères de reconnaissance d'un principe de justice fondamentale exposés dans la jurisprudence (voir *Canadian Foundation for Children*, précité, au paragraphe 8, pour obtenir un résumé utile de ces principes). Rien n'étaye la prétention voulant que l'accès au processus de dispense ministérielle avant le renvoi soit un principe juridique et que ce principe juridique soit un élément fondamental de la notion de justice de notre société (en fait, le statut accordé aux résidents permanents en vertu de la Constitution et de la LIPR tend à indiquer le contraire), et il n'a pas été démontré que ce principe peut être discerné avec une certaine précision. En fait, notre Cour a conclu dans la décision *Samad c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 324, aux paragraphes 13 à 15, qu'il n'existe pas d'attente légitime quant au report de l'enquête lorsqu'il y a une demande de dispense ministérielle pendante. Cette conclusion confirme également que la notion d'accès à un processus efficace de dispense ministérielle avant le renvoi n'est pas un principe de justice fondamentale.

[56] Je souscris à l'opinion du défendeur qu'il ressort de l'examen de l'ensemble du processus par lequel un demandeur pourrait se voir déclarer interdit de territoire et imposer l'exécution consécutive d'une mesure de renvoi que le processus est compatible avec les principes de justice fondamentale :

- Le demandeur se voit accorder la possibilité de présenter des observations expliquant pourquoi le rapport prévu à l'article 44 ne devrait pas être établi ou déféré à la Section de l'immigration pour examen.
- Le demandeur se voit accorder le droit d'être entendu par la Section de l'immigration pour qu'elle décide du bien-fondé de l'allégation d'interdiction de territoire

Division process affords the applicant a hearing, before an impartial arbiter, a decision on the facts and the law, and the right to know and answer the case against him, the very things that fundamental justice would require in the circumstances;

- Prior to removal, the applicant is afforded an opportunity to apply for PRRA to assess any alleged risks in his or her country of origin (section 112 of IRPA);
- Should the PRRA determine that the applicant is a person in need of protection, his or her removal cannot proceed unless he or she is found to be a danger to the public (subsection 115(2) of IRPA);
- Each of the above processes is subject to this Court's oversight by way of judicial review.

[57] In *Haj Khalil v. Canada*, 2007 FC 923, [2008] 4 F.C.R. 53, the plaintiffs made the exact same argument as in the present case. They contended that the Minister's discretion to determine whether an inadmissible person's presence is detrimental to national interest pursuant to subsection 34(2) is so broad, that the remedy is largely illusory. They also relied on the testimony of a departmental official, according to whom the policy regarding the use of the ministerial exemption has changed and is being used in a more restrictive fashion, to show that the relief is not being applied constitutionally. Relying on the decision of the Supreme Court in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, Justice Layden-Stevenson determined that the complaint had more to do with the administration of the statute by officials, rather than with the statute itself. While maladministration of legislation undoubtedly can infringe upon an individual's Charter rights, it does not afford a basis for striking down the underlying legislation. As she put it, "legislation that is constitutionally valid should not be struck down because it is being applied in an unconstitutional manner" (at paragraph 344).

(article 45 de la LIPR). La procédure devant la Section de l'immigration permet au demandeur d'avoir droit à une enquête devant un arbitre impartial et à une décision fondée sur les faits et le droit et lui reconnaît le droit d'être informé de la preuve produite contre lui et d'y répondre, soit tout ce que la justice fondamentale exigerait dans les circonstances.

- Avant le renvoi, le demandeur se voit accorder la possibilité de demander un ERAR pour faire évaluer les risques allégués auxquels il serait exposé dans son pays d'origine (article 112 de la LIPR).
- Si l'ERAR permet d'établir que le demandeur est une personne à protéger, son renvoi ne pourra avoir lieu à moins qu'on estime qu'il constitue un danger pour le public (paragraphe 115(2) de la LIPR).
- Chacun de ces processus est assujéti à la surveillance de notre Cour par voie de contrôle judiciaire.

[57] Dans la décision *Haj Khali c. Canada*, 2007 CF 923, [2008] 4 R.C.F. 53, les demandeurs ont avancé exactement le même argument que celui qui a été présenté dans la présente affaire. Ils ont prétendu que le pouvoir discrétionnaire dont le ministre est investi aux termes du paragraphe 34(2) pour déterminer si la présence d'une personne interdite de territoire est préjudiciable à l'intérêt national est si étendu que le recours est largement illusoire. Les demandeurs se sont également appuyés sur le témoignage d'un fonctionnaire qui était d'avis que la politique touchant l'octroi de la dispense ministérielle a évolué et est utilisée avec plus de retenue, pour démontrer que la dispense n'est pas appliquée d'une manière constitutionnelle. S'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, la juge Layden-Stevenson a conclu que la plainte concernait l'application de la loi par les fonctionnaires plutôt que la disposition législative en tant que telle. Il ne fait aucun doute que la mauvaise application d'un texte de loi peut porter atteinte aux droits garantis par la Charte, mais elle ne constitue pas une raison de déclarer ce texte inconstitutionnel. Comme elle l'a mentionné, « une loi qui est valide sur le plan

[58] In my view, this is a complete answer to the applicant's argument. Counsel tried to distinguish that case on the basis that Mrs. Haj Khalil, the main applicant, was a Convention refugee and could therefore not be removed, contrary to Mr. Stables' situation, and that it rested on the delay in processing the application of ministerial relief as opposed to the diminishing rate of approval. These distinctions are of no consequence in assessing the persuasiveness of that case for our purpose.

[59] I have already outlined the various steps that must be satisfied by the respondent before an applicant can be removed for reason of inadmissibility. It is true that Mr. Stables, not being a Convention refugee, would have to demonstrate that he is a person in need of protection to benefit from the principle of non-refoulement set out at section 115 of IRPA. That does not, however, detract from the fact that he will not be removed to a country where his life, liberty or security would be imperiled, and those are the very rights that section 7 of the Charter is meant to protect.

[60] As for the statistics themselves, they do not bear out the applicant's thesis. According to the figures released as a result of the access to information request submitted by the applicant, it appears that none of the 11 applications for ministerial relief filed pursuant to subsection 37(2) since 2002 have been granted so far. This certainly points to long delays in processing these requests, but it cannot be inferred that these requests will be dismissed or that the rate of success has been dramatically altered since 2002. The same can be said with respect to the statistics related to subsections 34(2) and 35(2). A huge proportion of these requests are still pending, and it is therefore difficult to determine whether the rate of success has significantly diminished since the coming into force of IRPA. These delays are no doubt troubling, but there may be a number of valid and compelling explanations for each and every case. The evidence concerning the timeliness or acceptance rates

constitutionnel ne doit pas être déclarée inconstitutionnelle simplement parce qu'elle est appliquée d'une manière inconstitutionnelle » (au paragraphe 344).

[58] À mon avis, cela répond complètement à l'argument du demandeur. L'avocate a tenté d'écarter l'application de cette affaire en faisant valoir que la demanderesse principale, M<sup>me</sup> Haj Khalil, était une réfugiée au sens de la Convention et ne pouvait donc faire l'objet d'un renvoi, contrairement à M. Stables, et que cette affaire portait sur le retard dans le traitement de la demande de dispense ministérielle plutôt que sur le taux d'acceptation qui décline. Ces distinctions n'ont aucune incidence sur le poids à accorder à cette décision relativement au cas qui nous intéresse.

[59] J'ai déjà décrit les différentes étapes qui doivent être franchies par le défendeur avant qu'un demandeur puisse faire l'objet d'un renvoi pour raison d'interdiction de territoire. Certes, M. Stables, du fait qu'il n'est pas un réfugié au sens de la Convention, aurait à démontrer qu'il est une personne à protéger pour bénéficier du principe du non-refoulement énoncé à l'article 115 de la LIPR. Or, cela n'enlève rien au fait qu'il ne sera pas renvoyé dans un pays où sa vie, sa liberté ou sa sécurité seraient compromises, et ce sont précisément ces droits que l'article 7 de la Charte vise à protéger.

[60] En ce qui a trait aux statistiques elles-mêmes, elles ne confirment pas la thèse du demandeur. Il semble, d'après les chiffres communiqués à la suite de la demande d'accès à l'information présentée par le demandeur, qu'aucune des 11 demandes de dispense ministérielle déposées depuis 2002 sous le régime du paragraphe 37(2) n'ait été acceptée jusqu'à maintenant, ce qui tend certainement à indiquer que le traitement de ces demandes est long. Toutefois, il ne peut être inféré que ces demandes seront rejetées ou que le taux des demandes acceptées a considérablement diminué depuis 2002. On peut dire la même chose à propos des statistiques concernant les paragraphes 34(2) et 35(2). La vaste majorité de ces demandes sont toujours pendantes et il est donc difficile de déterminer si le taux des demandes acceptées a diminué de façon significative depuis l'entrée en vigueur de la LIPR. Il ne fait aucun doute que ces délais sont préoccupants, mais il peut

of ministerial relief cannot equate to a finding that relief under these provisions is illusory. As each ministerial relief application is unique and assessed on its individual merits, no conclusion can be drawn from those statistics without knowing the context of the specific case. If there is a concern regarding delay, the proper recourse would be to seek *mandamus* from the Court, not to argue that the provision is somehow unfair or unconstitutional.

[61] Finally, the decline in the acceptance rates of ministerial relief may well be explained by the transfer of responsibility from the Minister of Citizenship and Immigration to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness with the passage of the *Canada Border Services Agency Act*, S.C. 2005, c. 38. Among the consequential amendments following the passage of that statute, IRPA was amended to transfer the non-delegable responsibility for making the determination under subsection 34(2) from the Minister of Citizenship and Immigration to, first, “[t]he Minister as defined in section 2 of the *Canada Border Services Agency Act*” (see IRPA, section 4, as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 118) and later to the Minister of Public Safety (IRPA, section 4, as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 1). The Minister of Citizenship and Immigration retained the power to grant exemptions from the requirements of IRPA based on humanitarian and compassionate grounds pursuant to section 25 [as am. by S.C. 2010, c. 8, s. 4] of that Act.

[62] As a result of this legislative change, the Federal Court of Appeal found in *Agraira*, above, that ministerial relief should be available in truly exceptional circumstances and that the principal consideration when assessing such relief applications must be national security and public safety as opposed to a wider range of factors. Writing for the Court, Justice Pelletier stated (at paragraphs 50–51):

exister bien des explications valables et impérieuses dans chacun des cas. Les éléments de preuve concernant les réponses aux demandes de dispense ministérielle en temps utile ou le taux d’acceptation de telles demandes ne veulent pas dire que la dispense prévue par ces dispositions est illusoire. Comme chaque demande de dispense ministérielle est unique et évaluée individuellement, aucune conclusion ne peut être tirée de ces statistiques sans connaître le contexte du cas particulier. Si la question du délai pose problème, la démarche appropriée consisterait à demander à la Cour un bref de *mandamus*, et non à faire valoir que la disposition est d’une manière ou d’une autre injuste ou inconstitutionnelle.

[61] Enfin, la diminution du taux d’acceptation des demandes de dispense ministérielle pourrait bien s’expliquer par le transfert de responsabilité du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile lors de l’adoption de la *Loi sur l’Agence des services frontaliers du Canada*, L.C. 2005, ch. 38. Parmi les modifications corrélatives découlant de l’adoption de cette loi, la LIPR a été modifiée pour transférer la responsabilité intransmissible de prendre la décision prévue au paragraphe 34(2) du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration premièrement au « ministre, au sens de l’article 2 de la *Loi sur l’Agence des services frontaliers du Canada* » (LIPR, article 4, mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 118), et par la suite au ministre de la Sécurité publique (LIPR, article 4, mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 1). Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a conservé le pouvoir de soustraire une personne aux obligations de la LIPR pour des considérations d’ordre humanitaire aux termes de l’article 25 [mod. par L.C. 2010, ch. 8, art. 4] de la LIPR.

[62] À la suite de ces modifications législatives, la Cour d’appel fédérale a conclu dans l’arrêt *Agraira*, précité, que la dispense ministérielle devait être accordée dans des circonstances vraiment exceptionnelles et que les principaux facteurs à prendre en considération dans l’évaluation des demandes de dispense doivent être la sécurité nationale et la sécurité publique, plutôt qu’une panoplie de facteurs. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Pelletier a déclaré ce qui suit (aux paragraphes 50 et 51) :



The Minister of Public Safety exercises his discretion under subsection 34(2) of the *IRPA* in the context of the entire legislative scheme. When that scheme is taken as a whole, it is clear that the transfer of responsibility of the processing of applications for ministerial relief to the Minister of Public Safety was intended to bring security concerns to the forefront in the treatment of those applications. As a result, the notion of “national interest” in the context of subsection 34(2) must be understood in terms of the Minister of Public Safety’s mandate. In my view, this means that the principal, if not the only, consideration in the processing of applications for ministerial relief is national security and public safety, subject only to the Minister’s obligation to act in accordance with the law and the Constitution. As a finding of inadmissibility does not necessarily result in the removal of the foreign national from Canada, the exercise of the Minister’s discretion does not raise any issue of Canada’s international obligations.

The test whether a foreign national’s presence in Canada is detrimental to the national interest is not a net-detriment test. The Minister of Public Safety is not required to balance the possible contribution to the national interest by an applicant against the possible detriment to the national interest and to refuse only those applications that result in a net detriment to the national interest. There is nothing in the statutory language which mandates such a balancing and the very specific mandate of the Minister of Public Security militates against such a balancing requirement.

[63] As the Court of Appeal further stated, this does not make subsection 34(2) illusory, even though “it is clearly intended to be exceptional” (*Agraire*, above at paragraph 65). The same can obviously be said of subsections 35(2) and 37(2). For the reasons already spelled out, this is no basis to find the inadmissibility regime unconstitutional, and there is certainly no indication in the Federal Court of Appeal decision that narrowing the scope of ministerial relief was liable to undermine the validity of these legislative provisions.

[64] This application for judicial review shall therefore be dismissed. This does not prevent the applicant from seeking a *mandamus* if he is concerned with the delay in processing his application for ministerial relief, or from filing an application for judicial review in the

Le ministre de la Sécurité publique exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 34(2) de la LIPR dans le contexte du régime législatif en entier. Lorsqu’on considère ce régime dans son ensemble, on constate que le transfert de responsabilité du traitement des demandes de dispenses ministérielles au ministre de la Sécurité publique visait à ramener à l’avant-plan les préoccupations en matière de sécurité lors de l’examen de ces demandes. Il s’ensuit que la notion d’« intérêt national » dans le contexte du paragraphe 34(2) doit s’interpréter en fonction du mandat confié au ministre de la Sécurité publique. À mon avis, cela signifie que les principaux, voire les seuls, facteurs dont on tient compte lors du traitement des demandes de dispense ministérielle sont la sécurité nationale et la sécurité publique, sous réserve uniquement de l’obligation du ministre de se conformer à la loi et à la Constitution. Comme un constat d’interdiction de territoire ne donne pas nécessairement lieu au renvoi de l’étranger du Canada, l’exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire ne soulève pas de question en ce qui concerne les obligations internationales du Canada.

Le critère consistant à vérifier si la présence du ressortissant étranger au Canada est préjudiciable à l’intérêt national ne vise pas à déterminer si les effets préjudiciables de cette présence l’emportent sur ses effets bénéfiques. Le ministre de la Sécurité publique n’est pas appelé à déterminer si la contribution positive que la présence du demandeur est susceptible d’avoir sur l’intérêt national l’emporte sur les effets préjudiciables que cette même présence risque d’avoir sur l’intérêt national. Il n’y a rien dans le libellé de la loi qui astreint le ministre à pareille pondération et le mandat bien précis du ministre de la Sécurité publique milite en fait contre une telle obligation de procéder à une pondération.

[63] Comme la Cour d’appel fédérale l’a également affirmé, cela ne rend pas la dispense prévue au paragraphe 34(2) illusoire, même si « elle est clairement exceptionnelle » (*Agraire*, précité au paragraphe 65). De toute évidence, on peut dire la même chose des paragraphes 35(2) et 37(2). Pour les motifs déjà exposés, il n’y a pas lieu de conclure que le régime d’interdiction de territoire est inconstitutionnel et il n’y a certainement rien dans la décision de la Cour d’appel fédérale qui indique que réduire la portée de la dispense ministérielle était susceptible d’ébranler la validité des dispositions législatives en cause.

[64] La présente demande de contrôle judiciaire sera donc rejetée. Cette décision n’empêche pas le demandeur de demander un bref de *mandamus* s’il est préoccupé par le délai de traitement de sa demande de dispense ministérielle ou de présenter une demande de

eventuality that his application for ministerial relief is dismissed.

[65] At the hearing, the parties sought permission to make representations with respect to proposed certified questions upon reading my reasons. The applicant shall therefore have 10 days from the release of this judgment to make submissions in that regard, and the respondent shall have an additional 10 days to respond.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application for judicial review is dismissed. The applicant may file proposed certified questions within 10 days of the release of this judgment, and the respondent shall have an additional 10 days to respond.

contrôle judiciaire advenant le rejet de sa demande de dispense ministérielle.

[65] À l'audience, les parties ont demandé la permission de présenter des observations concernant des propositions de questions à certifier après avoir pris connaissance des motifs de la présente décision. Le demandeur disposera donc de 10 jours à partir de la communication du présent jugement pour présenter des observations à cet égard et le défendeur disposera également de dix jours pour présenter sa réponse.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée. Le demandeur peut proposer des questions à certifier dans les 10 jours de la communication du présent jugement et le défendeur disposera également de 10 jours pour présenter une réponse.

IMM-1223-11  
2011 FC 1244

IMM-1223-11  
2011 CF 1244

**Arthrine Melisha Turton, Veda-Mae Dorothy Turton**  
(Applicants)

**Arthrine Melisha Turton, Veda-Mae Dorothy Turton**  
(demandereses)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: TURTON v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : TURTON c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Russell J.—Toronto, September 27; Ottawa, November 1, 2011.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 27 septembre; Ottawa, 1<sup>er</sup> novembre 2011.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Prospective generalized and personalized risk — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision refusing applicants' claims for protection as Convention refugees or persons in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97 — Applicants, Jamaican daughter (principal applicant), mother (secondary applicant) — In Jamaica, principal applicant abducted by violent gang, taken with abductors on robbery spree — Principal applicant overhearing name of one abductor during spree — Principal applicant subsequently filing police report despite gang members' death threat, travelling to Canada — Gang member whose name principal applicant overhearing later killed by police — As for secondary applicant, while in Jamaica, allegedly followed by men on two separate occasions but unharmed — Whether RPD breaching applicants' right to procedural fairness by failing to notify applicants that generalized risk at issue — Applicants given every opportunity to state nature of case, given fair indication that personalized risk at issue — Principal applicant educated, aware of legal requirements to establish Act, s. 97 risk — RPD fully understanding nature of claim, facts thereof — Sole substantive issue applicants raising: whether RPD adequately dealing with issue of prospective risks of targeting or retaliation applicants facing — Present case problematic in that no finding made that principal applicant at risk or having been specifically targeted — Evidence clear principal applicant fearing future targeting — While RPD's conclusions about past targeting not unreasonable, conclusions regarding future troubling — RPD only considering issue of future risk from perspective of someone "well-off", thereby overlooking fact that applicants fearing prospective harm by violent gang in light of principal applicant's role in assisting police, which led to gang member's death — Applicants fear of prospective*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada – Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Risque éventuel généralisé et personnalisé — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rejetant les demandes d'asile des demandereses, qui revendiquaient la qualité de réfugiés au sens de la Convention ou de personnes à protéger, sur le fondement des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les demandereses sont une femme jamaïcaine (demanderesse principale) et sa mère (demanderesse secondaire) — En Jamaïque, la demanderesse principale a été enlevée par un gang violent, et ses ravisseurs l'ont emmenée avec eux pour effectuer une équipée de cambriolages — Pendant un cambriolage, la demanderesse principale a entendu le nom de l'un de ses ravisseurs — Par la suite, la demanderesse principale a fait une dénonciation à la police, en dépit des menaces de mort qu'elle a reçues, puis elle a quitté la Jamaïque pour venir au Canada — Le membre du gang dont la demanderesse principale avait entendu le nom a par la suite été tué par la police — Quant à la demanderesse secondaire, qui était restée en Jamaïque, elle soutenait avoir été suivie par des hommes en deux occasions, mais n'avait subi aucun préjudice — Il s'agissait de savoir si la SPR a violé le droit à l'équité procédurale des demandereses en ne les avisant pas du fait que la question du risque généralisé était en cause — Toutes les possibilités ont été données aux demandereses de faire valoir la nature de leur cause, et on leur a donné une bonne indication du fait que le risque personnalisé était en cause — La demanderesse principale est une personne instruite qui savait bien ce que la loi exigeait d'elle pour établir l'existence du risque prévu à l'art. 97 de la Loi — La SPR comprenait la nature de la revendication et les faits sur lesquels celle-ci était fondée — La seule question de fond soulevée par les demandereses était de déterminer si la SPR a adéquatement traité*

*harm constituting heart of claim — Therefore, unreasonable for RPD not to address stated fear, consider whether, on facts of case, raising personalized risk — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board refusing the applicants' claims for protection as Convention refugees or persons in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicants, daughter (principal applicant) and mother (secondary applicant), are citizens of Jamaica and arrived on different dates in Canada to claim refugee status. In Jamaica, in 2008, the principal applicant was abducted on her way home from work and school. Her abductors forced her into the backseat of her own car and drove with her to their neighbourhood where they stole many of her personal effects and took her with them on a robbery spree. She heard the name of an individual mentioned in the car. While robbing a store, a security guard, who happened to be the nephew of a high-ranking police officer in the Jamaican Constabulary Force, was killed. The principal applicant was eventually released but threatened to be killed if she went to the police. Her abductors told her that she had been watched for some time. At work the next day, the principal applicant told her supervisor what had happened. She reluctantly filed a police report and was informed that her abductors were likely members of a violent gang called the Clansmen gang. For security reasons, the principal applicant's employer hired a personal bodyguard to protect her and flew her to Canada. Later, the principal applicant found out that a member of the Clansmen was killed by the police and he happened to be the same individual whose name was mentioned during her abduction. As for the secondary applicant, while still in Jamaica, she was allegedly followed by men on two separate occasions but was unharmed.

*les risques éventuels d'être ciblées ou de faire l'objet de représailles que les demanderesse pouvaient courir — Les faits en l'espèce posaient problème en ce qu'il n'avait nullement été conclu que la demanderesse principale était exposée à des risques ou qu'elle avait été expressément ciblée — Il ressort clairement de la preuve que la demanderesse principale craint d'être ciblée à l'avenir — Bien que les conclusions de la SPR sur le ciblage passé n'avaient rien de déraisonnable, ce sont les conclusions sur l'avenir qui étaient troublantes — La SPR n'a considéré les risques que dans la perspective d'une personne « bien nantie », négligeant ainsi le fait que les demanderesse craignaient qu'un gang violent ne leur inflige un préjudice éventuel, compte tenu du fait que la demanderesse principale a apporté son aide à la police, ce qui a conduit à la mort d'un membre du gang — La crainte de préjudices éventuels qu'éprouvaient les demanderesse était au cœur de leur demande — Par conséquent, il était déraisonnable, de la part de la SPR, de ne pas traiter de cette crainte, et de ne pas considérer la question de savoir si, au vu des faits de l'espèce, il existait un risque personnalisé — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rejetant les demandes d'asile des demanderesse, qui revendiquaient la qualité de réfugiées au sens de la Convention ou de personnes à protéger sur le fondement des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Les demanderesse, une femme (la demanderesse principale) et sa mère (la demanderesse secondaire), citoyennes de la Jamaïque, sont arrivées au Canada à des dates différentes et ont revendiqué le statut de réfugiées. En 2008, en Jamaïque, la demanderesse principale a été enlevée lorsqu'elle rentrait à la maison après le travail et l'école. Ses ravisseurs l'ont forcée à prendre place sur le siège arrière de sa propre voiture et l'ont conduite dans leur quartier, où ils lui ont volé des effets personnels et l'ont emmenée avec eux pour effectuer une équipée de cambriolages. Pendant qu'elle était dans la voiture, elle a entendu le nom d'un des membres du gang. Au cours du cambriolage d'un magasin, un gardien de sécurité, qui était le neveu d'un policier haut gradé de la force constabulaire jamaïcaine, a été tué. Les ravisseurs ont fini par libérer la demanderesse principale, mais ils ont menacé de la tuer si elle s'adressait à la police. Ses ravisseurs lui ont dit qu'ils avaient surveillé ses allées et venues pendant un certain temps. À son travail, le lendemain, la demanderesse principale a raconté à son superviseur ce qui lui était arrivé. À contrecœur, elle a fini par accepter de faire une dénonciation à la police, et on lui a dit que ses ravisseurs étaient probablement des membres d'un gang violent, les Clansmen. Pour des raisons de sécurité, l'entreprise où travaillait la demanderesse principale a embauché un garde du corps personnel afin de la protéger et lui a

After making their refugee claims, the applicants were given a screening form containing information about their hearing whereby a number of the issues listed were checked off. However, the issue “Generalized Risk”, under “Risk to Life or of Cruel and Unusual Treatment or Punishment s. 97(1)(b)” was not checked off, whereas many other issues on the form were. The applicants were not represented by counsel at their hearing.

The RPD rejected the applicants’ claims under section 96 and paragraph 97(1)(b). It found that they had not established a serious possibility of persecution if they were returned to Jamaica and had not established a risk to their lives or a risk of cruel and unusual treatment or punishment on return to Jamaica. The issues that had determined the claim were credibility, nexus to a convention ground and generalized risk.

The main issue was whether the RPD breached the applicants’ right to procedural fairness by failing to notify them that generalized risk was in issue.

*Held*, the application should be allowed.

As regards procedural fairness, the record showed that the applicants were given every opportunity to state the nature of their case. Lines of questioning were pursued at the hearing that gave them fair indication that personalized risk was at issue and they were asked to provide evidence that would speak thereto. The record showed that, even though she was self-represented, the principal applicant is an educated and sophisticated individual who was well aware of what the law required of her to establish section 97 risk. The RPD’s summary of the facts in the decision revealed that it fully understood the nature of the claim and the facts upon which it was based.

The one matter of substance the applicants raised regarded the prospective risks of targeting; in particular, did the RPD adequately deal with the issue of whether, although they had

acheté un billet d’avion à destination du Canada. Par la suite, la demanderesse principale a appris qu’un des membres des Clansmen avait été tué par la police et qu’il s’agissait de celui dont elle avait entendu le nom lors de son enlèvement. Quant à la demanderesse secondaire, qui était restée en Jamaïque, elle soutenait avoir été suivie par des hommes en deux occasions, mais n’avait subi aucun préjudice.

Après la présentation par les demanderesse de leurs demandes d’asile, la SPR leur a remis un formulaire d’examen initial qui contenait des renseignements concernant l’audition de leurs demandes, et des cases correspondant à certaines questions ont été cochées. Cependant, la case correspondant à « Risque généralisé », sous « Menace à la vie ou traitements ou peines cruels ou inusités al. 97(1)(b) » n’était pas cochée dans le formulaire tandis que plusieurs autres questions l’étaient. Lors de l’audience, les demanderesse n’étaient pas représentées par un avocat.

La SPR a rejeté les demandes des demanderesse en vertu de l’article 96 et de l’alinéa 97(1)(b). Elle a conclu que les demanderesse n’avaient pas établi qu’elles risquaient sérieusement d’être persécutées si elles étaient renvoyées en Jamaïque et qu’elles n’avaient pas établi qu’elles s’exposeraient à une menace à leurs vies ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si elles retournaient en Jamaïque. Les questions déterminantes relativement à la demande d’asile étaient celles de la crédibilité, celle d’un lien avec un motif prévu par la Convention et du risque généralisé.

La question principale était de savoir si la SPR a violé le droit à l’équité procédurale des demanderesse en ne les avisant pas que la question du risque généralisé était en cause.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

En ce qui concerne l’équité procédurale, l’examen du dossier a révélé que toutes les possibilités ont été données aux demanderesse de faire valoir la nature de leur cause. Des séries de questions leur ont été posées à l’audience, qui leur ont donné une bonne indication que le risque personnalisé était en cause et on leur a demandé de présenter des éléments de preuve relativement à cette question. Le dossier a montré que, bien qu’elle se soit représentée elle-même, la demanderesse principale est une personne instruite et informée qui savait bien ce que la loi exigeait d’elle pour établir l’existence du risque prévu à l’article 97. L’exposé des faits donné par la SPR dans sa décision a révélé que la SPR comprenait la nature de la revendication et les faits sur lesquels cette revendication était fondée.

La seule question de fond soulevée par les demanderesse concernait les risques éventuels d’être ciblées; il s’agissait plus particulièrement de déterminer si la SPR avait ou non

been the victims of generalized crime in the past, the risk of retaliation was not a risk faced by other Jamaicans. The principal applicant did not claim having been personally targeted by the Clansmen gang in the past; she fears that she will be targeted if returned to Jamaica because of the role she played in the events that led to the death of a gang member, in particular, by witnessing a crime and giving evidence to the police that connected her to the death of a gang member at the hands of the police. The problem on the present facts was that there was no finding that the principal applicant is at risk or that she has been specifically targeted. In fact, the evidence was clear that she had not been specifically targeted. She fears that she will be targeted in the future.

While there was nothing unreasonable about the RPD's conclusions about past targeting, it was the conclusions about the future that were troubling. On this issue, the RPD said that the applicants had not established an identifiable risk that was distinguishable from that of the population and that the claimants' fears of generalized risk was one that was faced by all citizens of Jamaica, or in the present case, by those in Jamaica perceived to be "well-off". In considering future risk to the applicants, the RPD only considered that risk from the perspective of someone who is "well-off", whereas the principal applicant's fear of targeting in the future was based on her fear that she was now associated with the death of a Clansman gang member and that she would, therefore, be specifically targeted by a powerful and vindictive gang. In focussing on the "well-off" issue, the RPD appeared to have overlooked that aspect of prospective risk. The fear of prospective harm at the hands of the Clansmen gang because of the principal applicant's role in assisting the police and the death of a gang member was really the heart of their claim; it was unreasonable for the RPD not to address this stated fear and consider whether, on the facts of this particular case, it raised a personalized risk.

Finally, the RPD also failed to consider whether, notwithstanding the secondary applicant's lack of coherent evidence, she would face a similar risk of targeting if returned because of her close association with the principal applicant and the evidence of how the Clansmen gang operate with family members of targets they cannot reach.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

adéquatement cherché à savoir si, bien que les demandereses aient été victimes d'un crime généralisé dans le passé, le risque de représailles n'était pas un risque auquel les autres Jamaïcains étaient exposés. La demanderesse principale ne prétendait pas avoir été personnellement ciblée par le gang Clansmen dans le passé; elle craint d'être ciblée si elle retourne en Jamaïque, en raison du rôle qu'elle a joué dans les événements qui ont conduit à la mort d'un membre du gang, et plus particulièrement, parce qu'elle a été témoin d'un crime et qu'elle a donné à la police un témoignage qui a eu pour effet de l'associer à la mort d'un membre du gang, abattu par la police. Le problème que posait les faits en l'espèce était qu'il n'a nullement été conclu que la demanderesse principale était exposée à des risques ou qu'elle avait été expressément ciblée. En fait, il ressortait clairement de la preuve qu'elle ne l'avait pas été. Elle craint d'être ciblée à l'avenir.

Même s'il n'y avait rien de déraisonnable dans les conclusions de la SPR sur le ciblage passé, ce sont les conclusions sur l'avenir qui étaient troublantes. À ce sujet, la SPR a déclaré que les demandereses n'ont pas établi un risque identifiable différent de celui auquel est exposée la population en général, et que la crainte d'un risque généralisé qu'éprouvent les demandeurs d'asile était le même que celui qu'éprouvent tous les citoyens de la Jamaïque ou, en l'espèce, tous ceux qui sont perçus en Jamaïque comme « bien nantis ». En examinant les risques futurs auxquels les demandereses sont exposées, la SPR n'a considéré ces risques que dans la perspective d'une personne « bien nantie », alors que la demanderesse principale craignait d'être désormais associée à la mort d'un membre du gang Clansmen et d'être, en conséquence, expressément ciblée par un gang puissant et vindicatif. En se concentrant sur la question de la qualité de personne « bien nantie », la SPR semble avoir négligé cet aspect du risque éventuel. La crainte de la demanderesse principale que le gang Clansmen ne lui inflige un préjudice éventuel en raison de l'aide apportée à la police et de la mort d'un membre du gang était réellement au cœur de la demande; il était déraisonnable, de la part de la SPR, de ne pas traiter de cette crainte et de ne pas considérer la question de savoir si, au vu des faits de l'espèce, il existait un risque personnalisé.

Enfin, la SPR a aussi fait défaut de chercher à savoir si, en dépit du manque d'éléments de preuve cohérents de la demanderesse secondaire, celle-ci serait exposée à un risque analogue d'être ciblée en raison de son lien étroit avec la demanderesse principale, et de tenir compte de la preuve selon laquelle le gang Clansmen est disposé à causer des préjudices à des membres de la famille de cibles qu'il ne peut atteindre.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589, (1993), 109 D.L.R. (4th) 682, 22 Imm. L.R. (2d) 241 (C.A.); *Gomes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 419, 52 Imm. L.R. (3d) 28; *Kaleja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 252; *Guerilus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 394; *Vilmond v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 926, 74 Imm. L.R. (3d) 94; *Walcott v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 505.

## DISTINGUISHED

*Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 831; *Ibnmogdad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 321; *Husein v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 7802 (F.C.T.D.); *Balkhi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 419.

## CONSIDERED:

*Vickram v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 457; *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 331, 70 Imm. L.R. (3d) 128; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44, [1986] 1 W.W.R. 577; *Maimba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 226, 70 Imm. L.R. (3d) 305; *Lin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 108; *Velauthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 141 N.R. 239 (F.C.A.); *Kaldeen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1033 (T.D.) (QL); *Augustine v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8187 (F.C.T.D.); *Aguilar Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187; *Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302, (1979), 31 N.R. 34 (C.A.); *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1146 (T.D.) (QL); *Talukder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 668; *Madi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1062; *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8438 (F.C.T.D.); *Pierre-Louis v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589 (C.A.); *Gomes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 419; *Kaleja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 252; *Guerilus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 394; *Vilmond c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 926; *Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 505.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 831; *Ibnmogdad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 321; *Husein c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 7802 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Balkhi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 419.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Vickram c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 457; *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 331; *Cardinal et autre c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Maimba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 226; *Lin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 108; *Velauthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 425 (C.A.) (QL); *Kaldeen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1033 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Augustine c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8187 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62; *Maldonado c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.); *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1146 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Talukder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 668; *Madi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1062; *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8438 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Pierre-Louis c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 420 (C.A.) (QL); *Barrios Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

No. 420 (C.A.) (QL); *Barrios Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 403; *Kelly v. Nova Scotia (Police Commission)*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, 43 Admin. L.R. (4th) 260; *Nemeth v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 590, 233 F.T.R. 301, 28 Imm. L.R. (3d) 262; *Pineda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365, 65 Imm. L.R. (3d) 275; *Santos Mancía v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 949; *Diaz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 705.

REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Bastien v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 982; *Jean Gilles Michel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 159; *Ayimadu-Antwi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1116 (T.D.) (QL); *Adams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 529; *Agri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 349; *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1183; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993) 103 D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555, 222 D.L.R. (4th) 265, 24 Imm. L.R. (3d) 34; *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 94, [2003] 3 F.C. 172, 228 F.T.R. 19, 27 Imm. L.R. (3d) 114; *Lima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1138; *Viafara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1526.

AUTHORS CITED

Amnesty International. *Jamaica: "Let them kill each other": Public security in Jamaica's inner cities*, April 2008, online: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR38/001/2008/en/c7546d91-ff39-11dc-b092-bdb020617d3d/amr380012008eng.pdf>>.

Immigration and Refugee Board of Canada. *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*. Ottawa : Immigration and Refugee Board, 1996.

2011 CF 403; *Kelly v. Nova Scotia (Police Commission)*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, 43 Admin. L.R. (4th) 260; *Nemeth c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 590; *Pineda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 365; *Santos Mancía c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 949; *Diaz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 705.

DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bastien c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 982; *Jean Gilles Michel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 159; *Ayimadu-Antwi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1116 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Adams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 529; *Agri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 349; *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1183; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555; *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 94, [2003] 3 C.F. 172; *Lima c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1138; *Viafara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1526.

DOCTRINE CITÉE

Amnesty International. *Jamaica: « Let them kill each other »: Public security in Jamaica's inner cities*, avril 2008, en ligne : <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR38/001/2008/en/c7546d91-ff39-11dc-b092-bdb020617d3d/amr380012008eng.pdf>>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.



APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision (*X (Re)*, 2011 CanLII 95089) refusing the applicants' claims for protection as Convention refugees or persons in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## APPEARANCES

*Vasanthi Venkatesh* for applicants.  
*Maria Burgos* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Vasanthi Venkatesh*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] RUSSELL J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board [IRB], dated 4 February 2011 [*X (Re)*, 2011 CanLII 95089] (decision), which refused the applicants' claims for protection as Convention refugees or persons in need of protection under sections 96 and 97 of the Act.

## BACKGROUND

[2] The applicants, Arthrine Melisha Turton (principal applicant) and her mother Veda-Mae Dorothy Turton (secondary applicant) are citizens of Jamaica. The principal applicant arrived in Canada on 26 July 2008. The secondary applicant arrived in Canada on 15 November 2008. The applicants claimed refugee status on 22 January 2009.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2011 CanLII 95089), rejetant les demandes d'asile des demanderesse, qui revendiquaient la qualité de réfugiées au sens de la Convention ou de personnes à protéger, sur le fondement des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Vasanthi Venkatesh* pour les demanderesse.  
*Maria Burgos* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Vasanthi Venkatesh*, Toronto, pour les demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE RUSSELL : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), visant la décision en date du 4 février 2011 [*X (Re)*, 2011 CanLII 95089] (la décision) par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté les demandes d'asile des demanderesse, qui revendiquaient la qualité de réfugiées au sens de la Convention ou de personnes à protéger sur le fondement des articles 96 et 97 de la Loi.

## LE CONTEXTE

[2] Les demanderesse, Arthrine Melisha Turton (la demanderesse principale) et sa mère Veda-Mae Dorothy Turton (la demanderesse secondaire), sont des citoyennes de la Jamaïque. La demanderesse principale est arrivée au Canada le 26 juillet 2008 et la demanderesse secondaire, le 15 novembre 2008. Elles ont revendiqué le statut de réfugié le 22 janvier 2009.

[3] On 21 July 2008, the principal applicant was abducted on her way home from work and school. Her abductors forced her into the backseat of her own car and drove with her to their neighbourhood. While there, she was seen by a number of people in the neighbourhood. Her abductors stole her ID, BlackBerry, laptop computer, and other items. After dropping off one person in the neighbourhood, her abductors took the principal applicant with them on a robbery spree. While she was in the car with the gang members, she heard the name “Lance” mentioned.

[4] While robbing a store, the abductors shot and killed a security guard. As the principal applicant later found out, the guard who was killed was John Amos, the nephew of Senior Superintendent Newton Amos, a high-ranking police officer in the Jamaican Constabulary Force. After they completed their crime spree, the robbers took the principal applicant back to their neighbourhood. After giving her directions on how to return to her home, they told her they had been watching her for a while and, if she went to the police, they would find her and kill her. They then let her drive home.

[5] After returning home that night, the principal applicant was distraught. When she went into work the next day, she explained what had happened to her supervisor. Her supervisor contacted the company’s head of security who encouraged her to report the incident to the police. Although she was initially reluctant to report the incident because she had been threatened and she believed the police to be corrupt, the principal applicant agreed to file a police report. Her reluctance to report the incident was overcome when her company’s head of security told her that her licence plate had likely been observed and, if she did not report to the police, she would likely be implicated in the shooting.

[6] Because the principal applicant was afraid of being recognized by gang contacts at the police station, the head of security arranged a meeting with three detectives

[3] Le 21 juillet 2008, alors qu’elle rentrait chez elle après le travail et l’école, la demanderesse principale a été enlevée. Ses ravisseurs l’ont forcée à prendre place sur le siège arrière de sa propre voiture et l’ont conduite dans leur quartier. Pendant qu’elle était dans ce quartier, un certain nombre de personnes l’ont vue. Ses ravisseurs lui ont volé ses pièces d’identité, son BlackBerry, son ordinateur portable et d’autres objets. Après avoir déposé une personne dans le voisinage, ses ravisseurs l’ont emmenée avec eux pour effectuer une équipée de cambriolages. Pendant qu’elle était dans la voiture avec les membres du gang, elle a entendu le nom « Lance ».

[4] Au cours du cambriolage d’un magasin, les ravisseurs ont tiré sur un gardien de sécurité et l’ont tué. Selon ce que la demanderesse principale a ensuite découvert, le gardien tué était John Amos, le neveu du surintendant principal Newton Amos, un policier haut gradé de la force constabulaire jamaïcaine. Après avoir terminé leur équipée criminelle, les cambrioleurs ont ramené la demanderesse principale dans leur quartier. Ils lui ont expliqué comment rentrer chez elle et lui ont dit qu’ils avaient surveillé ses allées et venues pendant un certain temps et que, si elle s’adressait à la police, ils la retrouveraient et la tueraient. Ils l’ont ensuite laissée retourner chez elle en voiture.

[5] De retour chez elle la nuit, la demanderesse principale était affolée. À son travail le lendemain, elle a raconté ce qui lui était arrivé à son superviseur. Celui-ci s’est adressé au directeur de la sécurité de l’entreprise, qui l’a encouragée à rapporter l’incident à la police. D’abord réticente à cette idée en raison des menaces qu’elle avait reçues et de sa croyance que la police était corrompue, la demanderesse principale a accepté de faire une dénonciation à la police. Elle a surmonté sa réticence à déclarer l’incident lorsque le directeur de la sécurité de l’entreprise lui a dit que sa plaque d’immatriculation avait probablement été notée et que, si elle ne faisait pas une dénonciation à la police, elle serait sans doute considérée comme une complice du meurtre par balle.

[6] Comme la demanderesse principale craignait d’être reconnue par des relations du gang au poste de police, le directeur de la sécurité a organisé une réunion

at the Hilton Hotel in Kingston. At the hotel, she told them her story. The police told the principal applicant that she was likely targeted at random because she drove a nice car, lived in an upscale neighbourhood, and was a single woman travelling alone. She did not entirely agree, as her assailants had told her that they had been watching her for some time. At this meeting, the detectives told her that the security guard who was killed was the nephew of Senior Superintendent Amos. They also told her that her abductors were likely members of the Clansmen gang, well known for its tactics of violence and intimidation.

[7] After she reported the incident to the police, the principal applicant and her company remained concerned for her safety. The company hired a personal bodyguard to protect her around the clock. Her company also bought her a plane ticket to come to Canada, where she would be safe from reprisals. On 26 July 2008, the principal applicant departed Jamaica and landed in Toronto.

[8] On 28 September 2008, a member of the Clansmen was killed by the police. The principal applicant later testified that she found out from the police that the gang member who was killed was the same Lance she had heard mentioned in the course of the robbery spree.

[9] In October of 2008, after the principal applicant had left Jamaica, the secondary applicant was followed by three men on her way to church. When the men were approximately 50 meters away from her she cried out for help. The men fled. The secondary applicant also testified to an event in Kingston where she was followed while hailing a taxi. At neither of these times were the secondary applicant's assailants identified.

[10] After the applicants made their refugee claim, the RPD gave them a screening form which contained information about their hearing. Under the section marked "Issues", boxes next to the following issues were ticked:

avec trois détectives à l'hôtel Hilton à Kingston. Là, elle leur a raconté son histoire. Les policiers lui ont dit qu'elle avait probablement été prise pour cible au hasard et parce qu'elle conduisait une bonne voiture, qu'elle vivait dans un quartier huppé et qu'elle était une femme célibataire qui se déplaçait seule. Elle n'était pas entièrement d'accord, car ses assaillants lui avaient dit qu'ils l'avaient surveillée pendant un certain temps. À la réunion, les détectives lui ont dit que le gardien de sécurité tué était le neveu du surintendant principal Amos. Ils lui ont également dit que ses ravisseurs étaient probablement des membres du gang Clansmen, bien connu pour ses tactiques de violence et d'intimidation.

[7] Après avoir rapporté l'incident à la police, la demanderesse principale et le personnel de l'entreprise où elle travaillait sont demeurés préoccupés quant à sa sécurité. L'entreprise a embauché un garde du corps personnel pour la protéger jour et nuit et lui a également acheté un billet d'avion pour le Canada, où elle serait à l'abri des représailles. Le 26 juillet 2008, la demanderesse principale a quitté la Jamaïque à destination de Toronto.

[8] Le 28 septembre 2008, un membre du Clansmen a été tué par la police. La demanderesse principale a par la suite témoigné avoir appris de la police que le membre du gang qui avait été tué était Lance, celui-là même dont elle avait entendu parler lors de l'équipée de cambriolages.

[9] En octobre 2008, après le départ de la demanderesse principale de la Jamaïque, la demanderesse secondaire a été suivie par trois hommes alors qu'elle se rendait à l'église. Lorsqu'ils se sont trouvés à environ 50 mètres d'elle, elle a appelé au secours et ils ont fui. La demanderesse secondaire a également fait état d'un incident à Kingston au cours duquel elle a été suivie alors qu'elle hélait un taxi. Les agresseurs de la demanderesse secondaire lors de ces deux incidents n'ont pas été identifiés.

[10] Après la présentation par les demanderesse de leurs demandes d'asile, la SPR leur a remis un formulaire d'examen initial qui contenait des renseignements concernant l'audition de leurs demandes. Dans la section

intitulée « Questions », des cases correspondant aux questions suivantes étaient cochées :

- |  |  |
|--|--|
| - Subjective Fear  | - Crainte subjective   |
| - Delay in Claiming  | - Demande d'asile tardive  |
| - State Protection   | - Protection de l'État   |
| - Internal Flight Alternative  | - Possibilité de refuge intérieur  |
| - Credibility  | - Crédibilité  |
| - Convention Refugee Definition s. 96                                      | - Définition de réfugié au sens de la Convention, art. 96                  |
| - Nexus  | - Lien   |
| - Agent of Persecution   | - Agent de persécution   |
| - Victim of Crime  | - Victime d'un crime   |
| - Risk to Life or Of Cruel and Unusual Treatment Or Punishment s. 97(1)(b) | - Menace à la vie ou traitements ou peines cruels ou inusités al. 97(1)(b) |
| - Risk to Life   | - Menace à la vie  |
| - Agent of Harm  | - Auteur du préjudice  |

The box next to “Generalized Risk” under “Risk to Life or of Cruel and Unusual Treatment or Punishment s. 97(1)(b)” (italics in original) was not ticked on the form.

La case correspondant à « Risque généralisé » sous « Menace à la vie ou traitements ou peines cruels ou inusités al. 97(1)(b) » (italiques dans l'original) n'était pas cochée dans le formulaire.

[11] The hearing into the applicants' claims for protection was held in Toronto on 28 January 2011. The applicants were not represented by counsel. At the hearing, the RPD identified the following as issues in the proceeding:

[11] Les demandes d'asile des demandereses ont été instruites à Toronto le 28 janvier 2011. Les demandereses n'étaient pas représentées par un avocat. À l'audience, la SPR a cerné les questions en litige suivantes :

- |   |  |
|---|--|
| a. Credibility — “it really is not an issue because credibility is looked on all claims”.                 | a. Crédibilité — [TRADUCTION] « il ne s'agit pas réellement d'une question en litige parce que la crédibilité est examinée pour toutes les demandes ». |
| b. Subjective Fear — “do you fear if you were returned to Jamaica, the alleged assailants or whatever you | b. Crainte subjective — [TRADUCTION] « craignez-vous, si vous êtes renvoyée en Jamaïque, les agresseurs  |

fear, is it subjective? Do you fear being harmed if you went back to Jamaica?”

- c. State Protection — “That is, if you returned to Jamaica, could the state protect you? For example, could the police protect you?”
- d. Internal Flight Alternative — “Internal Flight Alternative, I think you have heard that one before, because I have seen your narrative. What does that mean? That means that, well, first of all, before you can claim in any other country besides your country of origin, you have to avail yourself, not only of state protection, but is there anywhere safe in your country, in Jamaica, that you could stay rather than come to Canada?”
- e. Nexus — “in your particular case, it is ... an issue is nexus, do you fit within the five groups? ... or are you a victim only?”

The RPD also noted that the applicants would have to meet the statutory criteria under section 96 or paragraph 97(1)(b), saying:

So, pursuant to the legislation, are you a convention refugee?

Second, is (*sic*) are you at risk to life of cruel or unusual treatment or punishment, pursuant to the legislation?

So your claim is saying to me that you are a convention refugee and/or at risk.

So, those are the questions obviously I am going to be putting to you to see if you fit within the confines of the legislation.

[12] The RPD also informed the applicants that they would have an opportunity to make submissions at the conclusion of their testimony. The RPD said:

présumés ou ce que vous craignez, peu importe ce que c’est, est-ce subjectif? Craignez-vous de subir un préjudice si vous retournez en Jamaïque? »

- c. Protection de l’État — [TRADUCTION] « C’est-à-dire, si vous retournez en Jamaïque, l’État pourrait-il vous protéger? Par exemple, la police pourrait-elle vous protéger? »
- d. Possibilité d’un refuge intérieur — [TRADUCTION] « La possibilité d’un refuge intérieur, je crois que vous en avez déjà entendu parler, parce que j’ai vu votre exposé circonstancié. Qu’est-ce ça signifie? Cela signifie que, eh bien, en tout premier lieu, avant de pouvoir présenter une demande dans tout autre pays autre que votre pays d’origine, non seulement vous devez vous prévaloir de la protection de l’État, mais encore regarder s’il y a un endroit sûr dans votre pays, en Jamaïque, où vous pourriez rester plutôt que de venir au Canada? »
- e. Existence d’un lien — [TRADUCTION] « dans votre cas particulier, c’est [...] l’une des questions est l’existence d’un lien, est-ce que vous appartenez aux cinq groupes? [...] ou n’êtes-vous qu’une victime? »

La SPR, notant aussi que les demandereses devaient satisfaire aux critères prévus à l’article 96 ou à l’alinéa 97(1)(b) de la Loi, a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Par conséquent, en vertu de la loi, êtes-vous une réfugiée au sens de la Convention?

Deuxièmement, êtes-vous exposée à une menace à votre vie ou au risque de traitements ou peines cruels ou inusités au sens de la loi?

Ainsi, selon votre demande, vous êtes une réfugiée au sens de la Convention et/ou exposée à des risques.

Par conséquent, je vous poserai des questions à ce sujet pour vérifier si vous répondez aux exigences de la loi.

[12] La SPR a également informé les demandereses qu’elles auraient la possibilité de présenter des observations au terme de leur témoignage. La SPR a déclaré :

What is a submission? Well, most people think it is just a summary of the case, well that is not really the purpose because I just heard the evidence I mean I am getting old, I am not that old, I can remember.

So submissions is [*sic*] a little more than that. It is attaching the case law to it.

...

And other documentary evidence that you have. Putting it together and informing the panel, basically your case, how ... what case law you want me to rely upon and the remedy that you want at the end of the day.

So I am giving you that opportunity. Obviously you do not know the case law, but if you want the opportunity, I am going to give you that to give submissions, okay?

[13] At the conclusion of the hearing, the RPD gave the applicants the opportunity to make submissions, and asked if everything had been covered that the applicants wanted to have heard. The RPD made its decision on 4 February 2011, and informed the applicants by letter on 9 February 2011.

#### DECISION UNDER REVIEW

[14] The RPD rejected the applicants' claims under section 96 and paragraph 97(1)(b). The RPD found that they had not established a serious possibility of persecution if they were returned to Jamaica; nor had they established a risk to their lives or a risk of cruel and unusual treatment or punishment on return to Jamaica.

[15] In the decision, the RPD noted credibility, nexus to a convention ground, and generalized risk as the issues that determined the claim. As copies of the applicants' passports were provided to the RPD, identity was established. The RPD also noted that it had considered the IRB Chairperson's *Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to*

[TRANSLATION] Qu'est-ce qu'une observation? Eh bien, la plupart des gens pensent qu'il ne s'agit que d'un résumé de l'affaire, eh bien ce n'en est pas vraiment le but, car je viens d'entendre la preuve, je sais bien que je deviens vieux, mais je ne suis pas si vieux, je peux m'en souvenir.

Par conséquent, les observations sont un peu plus que ça. Cela consiste à joindre la jurisprudence à ça.

[...]

Et les autres éléments de la preuve documentaire que vous avez. Réunir cela et informer le tribunal, essentiellement faire valoir votre cause, comment [...] sur quelle jurisprudence voulez-vous que je m'appuie et quelle mesure voulez-vous obtenir en fin de compte.

Et donc, je vous donne cette possibilité. Bien sûr, vous ne connaissez pas la jurisprudence, mais si vous voulez la possibilité de présenter des observations, je vais vous la donner, d'accord?

[13] À la fin de l'audience, la SPR a donné aux demanderesse la possibilité de présenter des observations et leur a demandé s'il avait été traité de tous les points sur lesquels les demanderesse voulaient être entendues. La SPR a rendu sa décision le 4 février 2011 et en a informé les demanderesse par lettre le 9 février 2011.

#### LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[14] La SPR a rejeté les demandes des demanderesse en vertu de l'article 96 et de l'alinéa 97(1)(b). Elle a conclu que les demanderesse n'avaient pas établi qu'elles risquaient sérieusement d'être persécutées si elles étaient renvoyées en Jamaïque et qu'elles n'avaient pas établi qu'elles s'exposeraient à une menace à leurs vies ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si elles retournaient en Jamaïque.

[15] Dans la décision, la SPR a noté que les questions déterminantes relativement à la demande d'asile étaient celles de la crédibilité, de l'existence d'un lien avec un motif prévu par la Convention et du risque généralisé. L'identité des demanderesse a été établie, des copies de leurs passeports ayant été présentées à la SPR. La SPR a également noté qu'elle avait pris en compte les *Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugié*

*Section 65(3) of the Immigration Act, 1996 (Gender Guidelines)* because both applicants are female.

#### Nexus to a Convention Ground

[16] The RPD determined the section 96 claim on the issue of lack of nexus to a Convention ground. It held that there was no nexus to a Convention ground because, when she was attacked and forced to participate in the robbery, the principal applicant was targeted because she drove a nice car and lived in an upscale neighbourhood. The RPD noted that the “[principal applicant] believed that the gunmen were looking for someone who was economically well off compared to the average citizen”. The principal applicant was targeted because she was such a person.

[17] The RPD accepted the secondary applicant’s testimony that she had been followed to church by three men. It did not, however, accept her testimony as to the incident in Kingston where she was hailing a taxi and found that both these incidents were “vague”. The RPD also found there was no evidence linking the secondary applicant’s experiences with the principal applicant’s: the secondary applicant’s assailants did not identify themselves as members of the Clansmen gang; nor was there any other evidence of a link between the incidents. The RPD also found that the secondary applicant was not contacted by the Clansmen gang after the principal applicant left for Canada, nor were any other members of her family contacted.

[18] Though the RPD accepted that the applicants were victims of crimes in Jamaica, this was not enough to establish a nexus to a Convention ground. They were not targeted because of their race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social

*craignant d’être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l’immigration, 1996 (les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe) étant donné que les demanderesse étaient des femmes.*

#### L’existence d’un lien avec un motif prévu par la Convention

[16] La décision de la SPR sur la demande d’asile fondée sur l’article 96 reposait sur l’absence d’un lien avec un motif prévu par la Convention. La SPR a conclu à cette absence de lien parce que la demanderesse principale, lorsqu’elle a été attaquée et forcée à participer aux cambriolages, avait été ciblée parce qu’elle était au volant d’une bonne voiture et qu’elle vivait dans un quartier huppé. La SPR a noté que la « [demanderesse principale] a cru que les bandits cherchaient quelqu’un de fortuné plutôt qu’un citoyen jamaïcain moyen ». La demanderesse principale a été ciblée parce qu’elle correspondait à ce profil.

[17] La SPR a accepté le témoignage de la demanderesse secondaire selon lequel elle avait été suivie par trois hommes alors qu’elle se rendait à l’église. La SPR n’a toutefois pas accepté son témoignage sur l’incident qui se serait produit à Kingston, alors que la demanderesse secondaire hélait un taxi, et a conclu que ces incidents étaient tous les deux « vagues ». La SPR a également conclu que rien ne démontrait l’existence d’un lien entre les incidents dont a été témoin la demanderesse secondaire et ce qui est arrivé à la demanderesse principale : les agresseurs de la demanderesse secondaire ne se sont pas identifiés comme étant des membres du gang Clansmen; il n’y avait pas non plus de preuve d’un quelconque autre lien entre les incidents. La SPR a également conclu que ni la demanderesse secondaire ni aucun autre membre de sa famille n’avait été joint par le gang Clansmen après le départ de la demanderesse principale pour le Canada.

[18] Quoique la SPR ait reconnu que les demanderesse avaient été victimes de crimes en Jamaïque, cela ne suffisait pas pour établir l’existence d’un lien avec un motif prévu par la Convention. Les demanderesse n’ont pas été ciblées en raison de leur race, de leur religion, de

group. Since there was no nexus to a Convention ground, the RPD found that their claims under section 96 must fail.

#### Generalized Risk

[19] The RPD also considered whether the applicants were persons in need of protection under paragraph 97(1)(b) of the Act. Based on the documentary evidence before it, the RPD found that crime is prevalent in Jamaica. In particular, the RPD noted that the Prime Minister of Jamaica had said on 22 July 2008, the day after the principal applicant was attacked, that in 2008 there were 269 arrests for serious crimes in June, 202 murders in May, 135 murders in June, and 69 murders to that date in July.

[20] The RPD found that the applicants had suffered incidents of harm. However, the RPD found that this harm did not amount to a personalized risk to their lives or a risk of cruel and unusual treatment or punishment. Although the applicant suffered harm, the risk of further harm to them is no greater than that faced by the general population in Jamaica. The applicants' risk is one that is faced by all citizens of Jamaica, particularly those Jamaicans who are perceived to be well off. The RPD said that in *Vickram v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 457, this Court upheld the RPD's finding that the perception of wealth is not enough to establish a particularized risk within the meaning of section 97. The RPD also noted that in *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 331, 70 Imm. L.R. (3d) 128, Justice Danièle Tremblay-Lamer held that where there is a generalized risk of crime, the fact that a victim of crime is wealthy is not enough to establish a personalized risk of harm. In this case, the RPD found that the applicants feared the same risk of crime as similarly situated persons in Jamaica. Though wealthy people may be targeted more frequently, this does not mean the applicants were not subject to the same generalized risk. Since they shared the same risk as others, the applicants

leur nationalité, de leurs opinions politiques ou de leur appartenance à un groupe social particulier. Vu l'absence d'un lien avec un motif prévu par la Convention, la SPR a conclu que leurs revendications en vertu de l'article 96 devaient être rejetées.

#### Le risque généralisé

[19] La SPR a également examiné la question de savoir si les demanderesse étaient des personnes à protéger au sens de l'alinéa 97(1)b) de la Loi. Se fondant sur la preuve documentaire dont elle disposait, la SPR a conclu que la criminalité était répandue en Jamaïque. En particulier, la SPR a souligné que le premier ministre de la Jamaïque avait dit, le 22 juillet 2008, soit le lendemain de l'agression de la demanderesse principale, qu'il y avait eu jusqu'alors, en 2008, 269 arrestations pour des crimes graves en juin, 202 meurtres en mai, 135 meurtres en juin et 69 meurtres en juillet.

[20] La SPR a conclu que les demanderesse avaient été victimes d'actes causant des préjudices. Elle a toutefois estimé qu'ils n'équivalaient pas à une menace personnalisée à leur vie ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités. Quoique les demanderesse aient subi des préjudices, le risque d'un préjudice supplémentaire auquel elles sont exposées n'est pas supérieur à celui auquel la population en général est exposée en Jamaïque. Les demanderesse sont exposées au même risque que tous les citoyens de la Jamaïque, particulièrement ceux qui sont perçus comme étant bien nantis. La SPR a dit que, dans la décision *Vickram c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 457, notre Cour a confirmé la conclusion de la SPR selon laquelle la perception d'être bien nanti ne suffisait pas pour établir un risque particulier au sens de l'article 97. La SPR a également fait observer que, dans la décision *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 331, la juge Danièle Tremblay-Lamer a statué que, lorsqu'il existe un risque généralisé de criminalité, le fait que la victime d'un crime est bien nanti ne suffit pas à établir un risque personnalisé de subir un préjudice. En l'espèce, la SPR a conclu que les demanderesse craignaient d'être exposées au même risque de criminalité que des personnes



did not make their risk a personalized risk within under paragraph 97(1)(b) of the Act.

dans une situation semblable en Jamaïque. Bien qu'il soit possible que les personnes bien nanties soient plus souvent ciblées, on ne peut en conclure que les demandereses n'étaient pas exposées au même risque généralisé. Comme elles partagent le même risque que les autres, elles n'ont pas établi qu'elles étaient exposées à un risque personnalisé visé par l'alinéa 97(1)(b) de la Loi.

### Credibility

### La crédibilité

[21] Although the RPD noted in the decision that it considered credibility, the decision does not include an analysis of the applicants' credibility.

[21] La SPR a indiqué dans sa décision qu'elle s'était penchée sur la question de la crédibilité, mais la décision ne comporte aucune analyse de la crédibilité des demandereses.

### ISSUES

### LES QUESTIONS EN LITIGE

[22] The applicants raise the following issues:

[22] Les demandereses ont soulevé les questions suivantes :

1. Whether the RPD breached the applicants' right to procedural fairness by failing to notify them that generalized risk was in issue;
2. Whether the RPD ignored evidence of personalized risk;
3. Whether the RPD failed to consider gender as a ground for the applicants' claims.

1. La SPR a-t-elle violé leur droit à l'équité procédurale en ne les avisant pas que la question du risque généralisé était en cause?
2. La SPR a-t-elle omis de tenir compte de la preuve relative au risque personnalisé?
3. La SPR a-t-elle fait défaut de considérer le motif fondé sur le sexe invoqué par les demandereses à l'appui de leurs revendications?

### STATUTORY PROVISIONS

### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[23] The following provisions of the Act are at issue in these proceedings:

[23] Les dispositions suivantes de la Loi sont pertinentes dans la présente instance :

Convention  
refugee

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

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

Définition de  
« réfugié »

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

...

Person in  
Need of  
Protection

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

...

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

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

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

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

[...]

Personne à  
protéger

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

[...]

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

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

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

## STANDARD OF REVIEW

[24] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 9 (*Dunsmuir*), held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to a particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[25] In *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 589, the Federal Court of Appeal held at page 596 that “[a] refugee claimant enjoys the benefit of the principles of natural justice in hearings before the Refugee Division. A basic and well-established component of the right to

## LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[24] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 9 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a statué qu'il n'était pas nécessaire de se livrer dans chaque instance à une analyse de la norme de contrôle. En effet, lorsque la norme de contrôle applicable à une question particulière soumise à la Cour est bien établie dans la jurisprudence, la cour de révision peut adopter cette norme. Ce n'est que lorsque cette recherche se révèle infructueuse que la cour de révision doit procéder à l'examen des quatre éléments de l'analyse relative à la norme de contrôle.

[25] Dans l'arrêt *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 589, la Cour d'appel fédérale a statué, à la page 596, que « [1]e demandeur du statut de réfugié bénéficie des principes de justice naturelle devant la section du statut. L'un des éléments fondamentaux et

be heard includes notice of the case to be met”. In *Gomes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 419, 52 Imm. L.R. (3d) 28 (*Gomes*), Justice Robert Barnes found that it was a breach of procedural fairness for the RPD not to notify the claimant that state protection was in issue. Since the right to notice is an issue of procedural fairness, the standard of review on the first issue is correctness.

[26] As the Supreme Court of Canada held in *Dunsmuir*, above, at paragraph 50:

When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal’s decision was correct.

[27] With respect to the second issue, in *Kaleja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 252, Justice John O’Keefe found that the standard of review with respect to a determination under section 97 is one of reasonableness. Further, in *Guerilus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 394, Justice Richard Boivin held, at paragraph 9, that “[t]he review of a claim made under subsection 97(1) of the Act calls for an individualized inquiry .... Accordingly, the appropriate standard of review is reasonableness”. The second issue deals with the RPD’s determination under subsection 97(1), so the standard of review on that issue is reasonableness.

[28] In *Vilmond v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 926, 74 Imm. L.R. (3d) 94, Justice Michel Beaudry found held, at paragraph 13, that the RPD’s “failure to consider the claim as it is put forward by the applicant constitutes a misapprehension of the facts and the evidence” which is reviewable on the standard of reasonableness. Further, in *Walcott v.*

bien établis du droit d’une partie d’être entendue est l’obligation de lui donner avis de la preuve réunie contre elle ». Dans la décision *Gomes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 419 (*Gomes*), le juge Robert Barnes a conclu que le défaut de la SPR d’aviser le demandeur d’asile que la question de la protection de l’État était en litige constituait un manquement à l’équité procédurale. Comme le droit de recevoir un avis constitue une question d’équité procédurale, la norme de contrôle applicable à la première question est celle de la décision correcte.

[26] Comme la Cour suprême du Canada l’a déclaré dans l’arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 50 :

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n’acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s’impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

[27] Quant à la deuxième question, dans la décision *Kaleja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 252, le juge John O’Keefe a statué que la norme de contrôle d’une décision rendue en vertu de l’article 97 est celle de la décision raisonnable. De plus, dans la décision *Guerilus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 394, le juge Richard Boivin a indiqué, au paragraphe 9, que « [l]’examen d’une demande en vertu du paragraphe 97(1) de la loi nécessite une enquête individuelle [...] En conséquence, la norme de contrôle appropriée est la norme de la raisonabilité ». La deuxième question porte sur la décision rendue par la SPR sur le fondement du paragraphe 97(1) et la norme de contrôle judiciaire relativement à cette question est donc celle de la décision raisonnable.

[28] Dans la décision *Vilmond c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 926, le juge Michel Beaudry a statué, au paragraphe 13, que l’« omission [de la SPR] d’examiner la demande telle qu’elle a été présentée par la demanderesse constitue une mauvaise appréciation des faits et de la preuve », ce qui est susceptible de révision selon la norme de la

*Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 505, Justice Frederick Gibson held [at paragraph 25] that the RPD’s “failure to place special emphasis on the Applicant’s gender” was an error to be evaluated against the standard of reasonableness. With respect to the third issue, the standard of review in this case is also reasonableness.

[29] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.” See *Dunsmuir*, above, at paragraph 47, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59. Put another way, the Court should intervene only if the decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.”

## ARGUMENTS

### The Applicants

#### The RPD Breached the Applicants’ Right to Procedural Fairness

[30] The applicants argue that the RPD breached their right to procedural fairness by failing to notify them that generalized risk was in issue. The applicants say that, following *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, they have an unqualified right to a fair trial, including the right to know the case they had to meet. The RPD failed to raise generalized risk as a part of the case they had to meet, and so violated their right to procedural fairness.

[31] The applicants rely on *Gomes*, above, and *Maimba v. Canada (Minister of Citizenship and*

décision raisonnable. De plus, dans la décision *Walcott c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 505, le juge Frederick Gibson a statué [au paragraphe 25] que le défaut de la SPR « de mettre particulièrement l’accent sur le sexe de la demanderesse » était une erreur susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable. En ce qui a trait à la troisième question, la norme de contrôle en l’espèce est celle de la décision raisonnable.

[29] Lors de la révision d’une décision selon la norme de la décision raisonnable, l’analyse porte sur « la justification de la décision, [...] la transparence et [...] l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi [que sur] l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ». Voir l’arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47, et l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59. En d’autres mots, la Cour ne doit intervenir que si la décision est déraisonnable, en ce sens qu’elle n’appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

## LES ARGUMENTS

### Les demandereses

#### La SPR a manqué à son obligation d’équité procédurale envers les demandereses

[30] Les demandereses soutiennent que la SPR a violé leur droit à l’équité procédurale du fait qu’elle ne les a pas avisées que la question du risque généralisé était en cause. Elles font valoir que, selon l’arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l’Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, elles bénéficiaient du droit absolu à un procès équitable, et notamment du droit de savoir ce qu’elles devaient prouver. La SPR ne leur a pas indiqué qu’elles devaient présenter une preuve sur la question du risque généralisé et elle a donc violé leur droit à l’équité procédurale.

[31] Les demandereses invoquent la décision *Gomes*, précitée, ainsi que la décision *Maimba c. Canada*

*Immigration*), 2008 FC 226, 70 Imm. L.R. (3d) 305 (*Maimba*), for the proposition that, where an issue is not raised by the RPD in either the screening form provided to claimants or at the hearing, there is a breach of procedural fairness. Unlike in *Gomes* and *Maimba*, where the issues that were not raised by the RPD were not central to the determination before the RPD, in this case the issue that was not raised was central to the RPD's determination. This makes the breach of the right to procedural fairness that much more egregious.

[32] The applicants say that *Lin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 108 (*Lin*), teaches that, where some boxes on the screening form are ticked but others are not, the claimant is put on notice that the issues next to the un-ticked boxes are not in play. The screening form provided to the applicants did not have the "Generalized Risk" box ticked, though other boxes under "Risk to Life or of Cruel and Unusual Treatment or Punishment" were ticked. Since the "Generalized Risk" box was not ticked while other boxes were ticked, the applicants were notified that generalized risk was not in issue. For the RPD to then turn around and make its determination on this basis is a violation of procedural fairness.

[33] At the beginning of the hearing the RPD went through a list of things that it thought were in issue in the proceedings. None of the things the RPD listed was sufficient to put the applicants on notice that generalized risk was in issue in the proceedings. Though the RPD said "are you at risk of cruel and unusual treatment or punishment, pursuant to the legislation?" as it did at page seven of the transcript, this was insufficient to notify them that generalized risk was in issue. They argue that this statement simply notifies them that a risk to life from an agent of harm is in issue.

[34] The applicants rely on *Velauthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 141

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2008 CF 226 (*Maimba*), à l'appui de leur prétention que le défaut de la SPR de soulever une question en litige, soit dans le formulaire d'examen initial fourni aux revendicateurs soit à l'audience, constitue un manquement à l'équité procédurale. Contrairement aux décisions *Gomes* et *Maimba*, dans lesquelles les questions non soulevées par la SPR n'étaient pas essentielles pour trancher la demande soumise à la SPR, dans la présente espèce, le point qui n'a pas été signalé l'était. Cela rend la violation du droit à l'équité procédurale beaucoup plus grave.

[32] Les demanderesse soutiennent que, selon la décision *Lin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 108 (*Lin*), lorsque certaines cases sont cochées et d'autres non dans le formulaire d'examen initial, le demandeur d'asile est avisé que les questions correspondant aux cases non cochées ne sont pas en jeu. La case correspondant à « Risque généralisé » dans le formulaire d'examen initial fourni aux demanderesse n'était pas cochée, alors que d'autres cases sous « Menace à la vie ou traitements ou peines cruels ou inusités » l'étaient. Comme la case « Risque généralisé » n'était pas cochée alors que d'autres cases l'étaient, les demanderesse étaient avisées que la question du risque généralisé n'était pas en cause. Le fait que la SPR ait fait marche arrière et ait rendu une décision sur ce fondement constitue un manquement à l'équité procédurale.

[33] Au début de l'audience, la SPR a énoncé une liste des questions qui, selon elle, étaient en litige. Aucun des points de cette liste de la SPR ne suffisait pour aviser les demanderesse que la question du risque généralisé était en cause dans la procédure. Quoique la SPR ait demandé [TRADUCTION] « êtes-vous exposées au risque de traitements ou peines cruels et inusités? », comme on le voit à la page sept de la transcription, cela ne suffisait pas pour aviser les demanderesse que la question du risque généralisé était en cause. Elles soutiennent que cette intervention les informait seulement que la question de savoir si leur vie était menacée par l'auteur du préjudice était en cause.

[34] Les demanderesse invoquent l'arrêt *Velauthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,

N.R. 239 (F.C.A.) and *Kaldeen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1033 (T.D.) (QL) for the proposition that it is a breach of natural justice through a denial of the right to know the case to meet when a board gives instructions on issues but makes a finding that negates its stipulations. The RPD instructed the applicants that some things were in issue, yet found against them on a different basis, so there was a breach of procedural fairness in this case.

[35] Following *Augustine v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8187 (F.C.T.D.), the applicants say that even a potential misunderstanding of the issues is enough for a reviewing court to quash and remit a decision. Since there was an actual misunderstanding of the issues in this case there was a breach of procedural fairness and the decision of the RPD should be quashed and remitted for redetermination.

[36] The breach of procedural fairness in this case was made more egregious by the fact that the applicants were unrepresented at the hearing by counsel. Where a claimant is unrepresented at a hearing, the RPD has a more onerous obligation to indicate what issues are in play and explain the case to be met. Since the RPD did not meet this obligation, the applicants' right to procedural fairness was breached.

The RPD's Conclusion on Generalized Risk was Unreasonable

[37] The applicants further argue that the RPD erred in law and in fact by ignoring evidence that showed they faced a personalized risk to life or cruel and unusual treatment or punishment. They argue that, because the RPD found the applicants' testimony to be frank and truthful and there was no issue of credibility, the events the applicants testified to must have actually occurred

[1992] A.C.F. n° 425 (C.A.) (QL), et la décision *Kaldeen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1033 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), à l'appui de leur prétention selon laquelle le fait pour la Commission de donner des précisions sur les questions en cause et de rendre une décision contraire à ces précisions constitue une négation de leur droit de connaître ce qu'elles doivent prouver, ce qui équivaut à un manquement à la justice naturelle. Comme la SPR a informé les demanderesse que certaines questions seraient en cause, mais qu'elle a néanmoins rendu une décision défavorable à leur égard sur un fondement différent, il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

[35] Se fondant sur la décision *Augustine c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8187 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), les demanderesse soutiennent que même la possible mauvaise compréhension des questions en cause suffit pour que la cour de révision annule une décision et renvoie l'affaire. Comme en l'espèce les questions en cause ont réellement été mal comprises, il y a eu manquement à l'équité procédurale et la décision de la SPR devrait être annulée et l'affaire, renvoyée pour qu'il soit procédé à un nouvel examen.

[36] Le manquement à l'équité procédurale en l'espèce était rendu plus grave par le fait que les demanderesse n'étaient pas représentées à l'audience par un avocat. Lorsqu'un demandeur d'asile n'est pas représenté à une audience, l'obligation de la SPR d'indiquer les questions qui sont en jeu et d'expliquer ce qu'il doit prouver est renforcée. Comme la SPR n'a pas satisfait à cette obligation, le droit des demanderesse à l'équité procédurale a été violé.

La conclusion de la SPR quant au risque généralisé était déraisonnable

[37] Les demanderesse font valoir en outre que la SPR a commis une erreur de droit et de fait en ne tenant aucun compte de la preuve selon laquelle elles étaient exposées à une menace personnalisée à leur vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités. Elles soutiennent que, comme la SPR a conclu que les témoignages des demanderesse étaient francs et véridiques

as described in their PIFs [Personal Information Form] and oral testimony.

et que leur crédibilité n'était pas en cause, les événements dont elles ont fait état, décrits dans leurs FRP [formulaire de renseignements personnels] et leurs témoignages de vive voix, devaient réellement s'être produits.

[38] In its assessment of generalized risk, the RPD failed to address the following facts (listed facts):

[38] Dans son évaluation du risque généralisé, la SPR n'a pas traité des faits suivants (les faits énumérés) :

- a. the specific targeting of the principal applicant by the Clansmen;
- b. the principal applicant was targeted because she was a single woman who travelled with her mother;
- c. the principal applicant was a witness to the murder of John Amos, the nephew of the Senior Superintendent of the Jamaican Constabulary Force;
- d. the principal applicant cooperated with the authorities, which resulted in the death of a Clansmen member;
- e. the principal applicant's abductors took her to their community, where she was seen by many people who could later recognize her;
- f. the principal applicant's abductors stole her ID, laptop computer, and other identifying information.

- a. la demanderesse principale a été expressément ciblée par le Clansmen;
- b. la demanderesse principale a été ciblée parce qu'elle était une femme célibataire qui se déplaçait avec sa mère;
- c. la demanderesse principale a été témoin du meurtre de John Amos, le neveu du surintendant principal de la Force constabulaire jamaïcaine;
- d. la demanderesse principale a collaboré avec les autorités, ce qui a entraîné la mort d'un membre du Clansmen;
- e. les ravisseurs de la demanderesse principale l'ont amenée dans leur quartier, où elle a été vue par de nombreuses personnes qui pourraient par la suite la reconnaître;
- f. les ravisseurs de la demanderesse principale ont volé ses pièces d'identité, son ordinateur portable et d'autres informations qui l'identifiaient.

The principal applicant argues that all of these uncontradicted facts point to a greater personalized risk, so it was unreasonable for the RPD to find that she only faced a generalized risk.

La demanderesse principale soutient que tous ces faits non contredits tendent à démontrer un risque personnalisé plus élevé, de sorte qu'il était déraisonnable de la part de la SPR de conclure qu'elle était seulement exposée à un risque généralisé.

[39] The principal applicant says that what she fears on return to Jamaica is not a general risk of crime, but retaliation from the Clansmen gang for her role in the killing of one of their members, the Lance she remembers hearing about the night she was abducted. This risk that she fears is not one faced by Jamaicans generally, but is one that is particularized to her. The applicant

[39] La demanderesse principale affirme qu'elle ne craint pas d'être exposée à un risque de criminalité généralisé en retournant en Jamaïque, mais de subir les représailles du gang Clansmen pour son rôle dans la mort de l'un de leurs membres, Lance, dont elle se souvient avoir entendu parler la nuit où elle a été enlevée. Le risque qu'elle craint n'en est pas un auquel les

analogizes her case to that in *Aguilar Zacarias v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 62, 95 Imm. L.R. (3d) 187 (*Zacarias*), where the RPD's failure to find personalized risk in the face of factual findings that reprisal could occur on the basis of cooperation with authorities, refusal to go along with a gang, and knowledge of the circumstances of a gang member's death was an error. Since the facts in that case and the instant case are similar, it must also be an error not to find a personalized risk in this case.

[40] The applicants further argue that the RPD has failed to consider the evidence which was before it of the perception by the principal applicant's employer of the risk that she faced. The applicant entered into evidence a letter from her employer stating that it felt that she was at high risk of being victimized and asking Canada to protect her. Since the RPD only mentioned this letter in the "Allegations" section of its decision and not in the "Analysis", it must have ignored this evidence in coming to its conclusion. Its conclusion must therefore be unreasonable.

[41] The applicants point to the fact that the RPD only mentions listed facts in the "Allegations" section of its decision. This shows that the decision was made in ignorance of the facts that were before it. Simply restating the facts as alleged does not show that the RPD considered the facts that were before it. The RPD did not say why these facts do not show a personalized risk. Further, because these facts are important facts which go against the RPD's conclusion, relying on *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), the applicants say that the Court can infer that the RPD did not consider them in coming to its conclusions. As it was not based on the evidence before it, the decision was unreasonable.

Jamaïcains sont généralement exposés, mais un risque qui lui est particulier. La demanderesse soutient que son cas est analogue à celui examiné dans la décision *Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 62 (*Zacarias*), dans lequel la SPR avait commis une erreur en ne concluant pas à l'existence d'un risque personnalisé, alors qu'elle était parvenue à la conclusion de fait que des représailles étaient possibles en raison de la coopération avec les autorités, du refus de se plier aux volontés du gang et de la connaissance des circonstances du décès d'un membre du gang. Comme les faits de cette affaire et de l'espèce sont similaires, le défaut de conclure à l'existence d'un risque personnalisé en l'espèce doit aussi constituer une erreur.

[40] Les demanderesses allèguent en outre que la SPR n'a pas considéré la preuve dont elle disposait quant à l'opinion de l'employeur de la demanderesse principale sur le risque auquel celle-ci était exposée. La demanderesse a déposé en preuve une lettre de son employeur dans laquelle il était indiqué qu'elle courait un risque élevé d'être victimisée et demandait au Canada de la protéger. Comme la SPR n'a mentionné cette lettre que dans la section « Allégations » de sa décision, et non dans la section « Analyse », elle n'a sûrement pas tenu compte de cet élément de preuve pour parvenir à sa conclusion. Cette conclusion doit par conséquent être considérée comme déraisonnable.

[41] Les demanderesses font valoir que la SPR n'a mentionné les faits énumérés que dans la section « Allégations » de sa décision. Cela démontre que la SPR a rendu sa décision sans tenir compte des faits qui avaient été portés à sa connaissance. La simple réitération des faits allégués ne prouve pas que la SPR a considéré les faits qui lui ont été soumis. La SPR n'a pas expliqué pourquoi ces faits ne démontreraient pas l'existence d'un risque personnalisé. De plus, comme ces faits sont importants et contraires à la conclusion de la SPR, les demanderesses soutiennent, en s'appuyant sur la décision *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), que la Cour peut inférer que la SPR ne les a pas considérés pour parvenir à sa conclusion. La décision était déraisonnable, car elle n'était pas fondée sur la preuve dont la SPR disposait.



[42] The applicants also say that the RPD ignored documentary evidence that was before it that the Clansmen gang pose a higher risk to women than to other groups in Jamaica. The documentary evidence, as well as the uncontradicted testimony of the principal applicant, both establish that the Clansmen are a dangerous gang. Where a general risk of criminality has become particularized through interaction with a gang, as has happened here, this supports a section 97 claim. Because the Clansmen are dangerous and the principal applicant witnessed a murder in which one of their members was implicated, and because she has cooperated with the authorities and the Clansmen have her personal information, the risk to the principal applicant has become particularized. Ignoring these pieces of evidence shows that the RPD has not adequately analysed the issue of generalized risk in this case.

[43] The RPD erred when it only considered the factors that led to the initial incident between the principal applicant and the Clansmen gang; the generalized risk analysis must be forward looking. The RPD's conclusion regarding the attacks on the secondary applicant was unreasonable, as it was made in ignorance of the principal applicant's testimony, as well as the documentary evidence that was before the RPD. Included in the documentary package before the RPD was an article from Amnesty International entitled *Jamaica: "Let them kill each other": Public security in Jamaica's inner cities*, April 2008. Because this report speaks to the risk to women, and the RPD did not disbelieve the principal applicant's testimony that the attacks on her mother were linked to the attack on her, the conclusion that the attacks were not so linked was unreasonable.

[44] The applicants rely on *Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.), for the proposition that when a claimant swears to the truth of certain allegations, this creates a presumption that these allegations are true unless there are reasons to

[42] Les demanderesse affirment en outre que la SPR n'a pas tenu compte de la preuve documentaire dont elle disposait selon laquelle le gang Clansmen représentait un risque plus élevé pour les femmes que pour d'autres groupes en Jamaïque. La preuve documentaire ainsi que le témoignage non contredit de la demanderesse principale démontrent la dangerosité du gang Clansmen. Le fait qu'un risque de criminalité généralisé devient personnalisé à la suite d'une interaction avec un gang, comme c'est le cas en l'espèce, est favorable à une revendication fondée sur l'article 97. Le risque auquel la demanderesse principale est exposée est devenu personnalisé en raison de la dangerosité du Clansmen et du fait que la demanderesse principale a été témoin d'un meurtre dont l'un des membres du gang était complice, qu'elle a coopéré avec les autorités et que le Clansmen détient des renseignements personnels à son sujet. Le défaut de la part de la SPR de tenir compte de ces éléments de preuve montre qu'elle n'a pas analysé de manière appropriée la question du risque généralisé en l'espèce.

[43] La SPR a commis une erreur en ne considérant que les facteurs qui avaient mené à l'incident initial entre la demanderesse principale et le gang Clansmen; l'analyse du risque généralisé doit être prospective. La conclusion de la SPR sur les agressions à l'égard de la demanderesse secondaire était déraisonnable, car la SPR y est parvenue sans tenir compte du témoignage de la demanderesse principale et de la preuve documentaire dont elle disposait. Un article d'Amnesty International intitulé *Jamaica: "Let them kill each other": Public security in Jamaica's inner cities*, avril 2008, était inclus dans la documentation fournie à la SPR. Comme ce rapport traite des risques auxquels les femmes sont exposées et que la SPR n'a pas rejeté le témoignage de la demanderesse principale selon lequel il existait un lien entre les agressions subies par sa mère et celle qu'elle avait elle-même subie, la conclusion selon laquelle un tel lien n'existait pas était déraisonnable.

[44] Les demanderesse se fondent sur l'arrêt *Maldonado c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.), pour faire valoir que le fait pour un revendicateur d'affirmer par serment la véracité de certaines allégations crée la présomption que

doubt their truthfulness. The RPD's finding that the attacks on the secondary applicant were not connected to the attack on the principal applicant was unreasonable because there was no evidence the attacks were not connected, though there was testimony that they were. The decision should be quashed as not based on all the evidence.

#### The RPD Failed to Consider Gender

[45] The applicants also argue that the RPD erred by failing to consider whether they faced a personalized risk because of their gender. They say that the RPD has an obligation to consider whether a claimant faces a personalized risk because of her gender, whenever the issue is raised. The principal applicant raised the issue when she testified that:

Well, yes, the fact that I have a Honda Civic motor car, I am a single female, or sometimes I am with my mom in the car. I live in a neighbourhood that is associated, economically considered to be an upper class area. They normally tend to prey on people in that area. In terms of when they are trying to ... it is a car that is well ... is stolen a lot, it is considered to be one of those top cars that is easily accessible. Again, I live in an area that is sort of considered upscale. I am alone most time in my car. So that would be an easy target for them.

Since the principal applicant raised the issue of gender when discussing why she was targeted by the Clansmen, the RPD had an obligation to consider gender in its analysis of the claim. She says that *Bastien v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 982 and *Jean Gilles Michel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 159, support this position.

[46] Although the RPD says in its decision that it considered the Gender Guidelines, the applicants say

ces allégations sont véridiques sauf s'il existe des raisons de douter de leur véracité. La conclusion de la SPR qu'il n'existait aucun lien entre les agressions subies par la demanderesse secondaire et l'agression dont a été victime la demanderesse principale était déraisonnable parce que rien ne démontrait que les agressions n'étaient pas liées et il y avait un témoignage selon lequel elles l'étaient. La décision devrait être annulée, car elle ne repose pas sur toute la preuve.

#### La SPR n'a pas considéré la question du sexe

[45] Les demandresses soutiennent en outre que la SPR a commis une erreur en n'examinant pas la question de savoir si elles étaient exposées à un risque personnalisé en raison de leur sexe. Elles affirment que la SPR a l'obligation de se demander si une revendicatrice est exposée à un risque personnalisé en raison de son sexe, chaque fois que la question est soulevée. La demanderesse principale a soulevé la question lorsqu'elle a donné le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Eh bien, oui, le fait que j'ai une voiture Honda Civic, que je suis une femme célibataire, ou que parfois je suis avec ma mère dans la voiture. Je vis dans un quartier qui est associé, qui est économiquement considéré comme de la classe supérieure. Ils ont généralement tendance à s'attaquer aux gens dans cette zone. En ce qui concerne ce qu'ils essaient de [...] c'est une voiture qui, eh bien [...] est volée beaucoup, elle est considérée comme une de ces automobiles qui est facilement accessible. De nouveau, je vis dans un quartier qui est en quelque sorte considéré comme huppé. Je suis seule la plupart du temps dans ma voiture. Je serais donc une cible facile pour eux.

Comme la demanderesse principale a soulevé la question du sexe lorsqu'elle a expliqué pourquoi elle avait été ciblée par le Clansmen, la SPR avait l'obligation de considérer la question du sexe dans son analyse de la demande. Elle invoque la décision *Bastien c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 982, et la décision *Jean Gilles Michel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 159, à l'appui de cette prétention.

[46] Quoique, dans sa décision, la SPR déclare avoir tenu compte des Directives concernant la persécution

that the RPD did not consider gender as a social group. Further, because the Amnesty International report provided to the RPD shows that women in inner-city Jamaica are vulnerable to attacks, this shows that there must be a prevailing attitude of misogyny in Jamaica. There was evidence before the RPD of a gender issue which it was obligated to consider. The principal applicant's gender is what made her vulnerable to the attack of the Clansmen, so that failing to consider this means the decision was unreasonable.

#### The Respondent

##### There Was No Breach of Procedural Fairness

[47] The respondent argues that there was no breach of procedural fairness because generalized risk is an inherent part of section 97 and is therefore in issue in every proceeding under this section. Nothing was required to put the applicants on notice that this was going to be considered by the RPD. The respondent says state protection and internal flight alternative are unlike generalized risk because they are not inherent in section 97 so they require notice. Generalized risk is inherent in section 97, so this issue does not require notice.

[48] According to the respondent, the jurisprudence says that, where an issue is inherent in the definition applicable in the proceeding, no notice of that issue is required. He relies on *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 831 (*Liu*) to show that identity is a central issue in every claim so it does not require notice. He also points to *Ibnmogdad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 321 (*Ibnmogdad*); *Husein v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 7802 (F.C.T.D.) (*Husein*); *Balkhi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 419 (*Balkhi*); and *Kante v. Canada (Minister of Employment and*

fondée sur le sexe, les demanderesse soutiennent que la SPR n'a pas considéré le sexe comme un groupe social. De plus, comme le rapport d'Amnesty International présenté à la SPR indique que les femmes pouvaient facilement être agressées dans les grandes villes jamaïcaines, on peut conclure qu'une attitude de misogynie prévaut en Jamaïque. La SPR était tenue de considérer les éléments de preuve sur la question du sexe qui lui ont été présentés. Le sexe de la demanderesse principale est ce qui la rendait susceptible d'être agressée par le Clansmen et le défaut d'en tenir compte rend la décision déraisonnable.

#### Le défendeur

##### Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale

[47] Le défendeur soutient qu'il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale parce que la question du risque généralisé est inhérente à l'article 97 et qu'elle est donc en cause dans toute procédure intentée en vertu de cet article. Il n'était nullement requis d'aviser les demanderesse que cette question allait être examinée par la SPR. Le défendeur soutient que, contrairement à la question du risque généralisé, les questions de la protection de l'État et de la possibilité d'un refuge intérieur ne sont pas inhérentes à l'article 97 et qu'elles requièrent donc un avis. Comme la question du risque généralisé est inhérente à l'article 97, cette question ne requiert pas un avis.

[48] Selon le défendeur, il ressort de la jurisprudence que, lorsqu'une question est inhérente à une définition applicable à la procédure, aucun avis n'est requis relativement à cette question. Le défendeur s'appuie sur la décision *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 831 (*Liu*), pour démontrer que la question de l'identité est essentielle pour toute demande d'asile et qu'elle ne requiert donc pas un avis. Il invoque également les décisions *Ibnmogdad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 321 (*Ibnmogdad*); *Husein c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 7802 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Husein*); *Balkhi c. Canada (Ministre*

*Immigration*), [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL) (*Kante*) for the same proposition.

[49] Further, credibility is always in issue, so it too requires no notice to claimants. For this proposition, the respondent relies on *Ayimadu-Antwi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1116 (T.D.) (QL) (*Ayimadu-Antwi*) and *Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1146 (T.D.) (QL). Further, he says that *Talukder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 668 (*Talukder*), teaches that boxes ticked on the screening are only a preliminary assessment of the issues in a claim and that a claimant must still present evidence on every aspect of the claim to be successful.

[50] There was also no breach of procedural fairness because the applicants had notice that generalized risk was in issue. The annex to the PIF, which was provided to the applicants with the form to fill out, contains the definition of “person in need of protection”, which itself includes the language from subparagraph 97(1)(b)(ii) of the Act. This subparagraph sets out the requirement that a person in need of protection must not face a risk that is generally faced by others in the claimant’s country. When they got the form, which includes this requirement, the applicants had notice that this was in issue, as they knew their claim was under paragraph 97(1)(b).

[51] The respondent says that the applicants have admitted, at paragraph 28 of their memorandum of argument, that generalized risk was brought up at the hearing. The applicants cannot now say that it was not and there cannot have been a breach of procedural fairness if this issue was brought up at the hearing.

*de la Citoyenneté et de l’Immigration*), 2001 CFPI 419 (*Balkhi*); et *Kante c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Kante*), à l’appui de cette thèse.

[49] De plus, la question de la crédibilité est toujours en litige et, par conséquent, il n’est pas non plus nécessaire que les revendicateurs soient avisés. Le demandeur invoque à cet égard les décisions *Ayimadu-Antwi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1116 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Ayimadu-Antwi*), et *Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1146 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Il soutient en outre que la décision *Talukder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 668 (*Talukder*), nous enseigne que les cases cochées dans le formulaire d’examen initial ne constituent qu’une évaluation préliminaire des questions relatives à la demande et que le demandeur d’asile doit présenter des éléments de preuve sur tous les aspects de la demande pour avoir gain de cause.

[50] Il n’y a pas eu non plus manquement à l’équité procédurale parce que les demanderesse ont été avisées que la question du risque généralisé était en cause. L’annexe au FRP, qui a été fourni aux demanderesse avec le formulaire à remplir, contient la définition du terme « personne à protéger », définition qui reprend le libellé du sous-alinéa 97(1)(b)(ii). Ce sous-alinéa énonce l’exigence que la personne à protéger ne doit pas être exposée à un risque auquel les autres personnes dans le pays du demandeur d’asile sont généralement exposées. Lorsqu’elles ont reçu le formulaire, qui fait état de cette exigence, les demanderesse ont été avisées que cela constituait une question en cause, car elles savaient que leur demande était présentée en vertu de l’alinéa 97(1)(b).

[51] Le défendeur dit que les demanderesse ont reconnu, au paragraphe 28 de l’exposé de leurs arguments, que la question du risque généralisé a été soulevée à l’audience. Les demanderesse ne peuvent pas dire maintenant qu’elle ne l’a pas été et, si la question a été soulevée à l’audience, il ne peut y avoir eu manquement à l’équité procédurale.

[52] The respondent also argues that the onus was always on the applicants to make their case before the RPD. Unlike a criminal case where the onus rests on the Crown to prove the case, in a refugee hearing the onus is on claimants to prove that they fall within the criteria for protection. *Madi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1062 (*Madi*) teaches that there is no case against refugee claimants; all claimants bear the onus of proving that they fall within the definition of the section in issue in the proceeding. There was no breach of procedural fairness in this case because the applicants bore the onus of demonstrating a personalized risk throughout.

[53] The respondent also says that *Rahaman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8438 (F.C.T.D.) (*Rahaman*), teaches that whether there is a breach of procedural fairness through lack of notice turns on whether the claimant was actually prejudiced by being taken by surprise or being misled into not introducing relevant evidence. The principal applicant has admitted in the applicants' memorandum of argument that she had an opportunity to testify to all the facts that bore on the generalized risk assessment. There was no actual prejudice and no breach of procedural fairness occurred since neither applicant was deprived of the opportunity to lead evidence on this issue.

#### The Finding of Generalized Risk was Reasonable

[54] The respondent also argues that the RPD's decision on generalized risk was reasonable and should not be interfered with because it discussed all the facts relevant to the generalized risk assessment in the "Facts" and "Analysis" sections of its decision.

[52] Le défendeur soutient aussi que l'obligation a toujours incombé aux demanderesse de démontrer le bien-fondé de leur demande à la SPR. Contrairement aux affaires criminelles dans lesquelles la Couronne a l'obligation de prouver le bien-fondé de sa cause, dans une audience relative à une demande d'asile, ce sont les demandeurs qui ont l'obligation de démontrer qu'ils répondent aux critères applicables à une demande de protection. Selon la décision *Madi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1062 (*Madi*), aucun revendicateur du statut de réfugié n'a à se défendre contre quoi que ce soit; il incombe à tous les demandeurs d'asile de démontrer qu'ils répondent à la définition de l'article visé par la procédure. Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce parce qu'il incombait aux demanderesse de démontrer l'existence d'un risque personnalisé.

[53] Le défendeur soutient également que, selon la décision *Rahaman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8438 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Rahaman*), pour déterminer s'il a été manqué à l'équité procédurale en raison de l'absence d'un avis, il faut d'abord savoir si le revendicateur a subi un préjudice réel du fait qu'il a été pris par surprise ou qu'il a été induit en erreur quant à la nécessité de présenter des éléments de preuve pertinents. La demanderesse principale a reconnu, dans l'exposé des arguments des demanderesse, qu'elle avait eu la possibilité de témoigner au sujet de tous les faits qui portaient sur l'évaluation du risque généralisé. Les demanderesse n'ont subi aucun préjudice réel et il n'a pas été manqué à l'équité procédurale à leur égard, car ni l'une ni l'autre n'a été privée de la possibilité de présenter des éléments de preuve sur cette question.

#### La conclusion sur le risque généralisé était raisonnable

[54] Le défendeur soutient également que la décision de la SPR sur la question du risque généralisé était raisonnable et qu'elle ne devrait pas être modifiée, car elle traite de tous les faits pertinents relativement à l'évaluation du risque généralisé dans les sections de la décision sur les faits et l'analyse.

[55] The applicants have not introduced evidence as to why it was relevant that they feared the Clansmen gang more than other gangs, or that this gang was more dangerous than any other gangs in Jamaica. In its reasons, the RPD discusses why the principal applicant was initially targeted; at the hearing she agreed that they were looking for someone who was wealthy and had a similar profile. Further, she did not claim that she was targeted because she was a woman, but because she had a number of characteristics. Although she did not exactly believe the police when they said she was simply in the wrong place at the wrong time, she was not sure that she had been targeted specifically or whether the Clansmen knew about her before she was abducted. The RPD also found as a fact that there was no evidence linking the attacks on the secondary applicant with the abduction of the principal applicant. Since the conclusion that the applicants did not face more than a general risk of crime was based on all of the above evidence, the conclusion was reasonable and ought not be disturbed.

#### Gender was Properly Considered

[56] The respondent argues that the applicants simply did not raise the issue of gender in either their testimony or their PIFs. The respondent relies on *Pierre-Louis v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 420 (C.A.) (QL) (*Pierre-Louis*), for the proposition that the RPD is not required to consider gender where it is not raised on the evidence before it. Since it was not raised on the evidence before the RPD in this case, it was not an error for the RPD to not consider gender.

[55] Les demanderessees n'ont pas présenté d'éléments de preuve pour expliquer la pertinence du fait qu'elles craignaient le gang Clansmen plus que d'autres gangs ou du fait que ce gang était plus dangereux que d'autres gangs en Jamaïque. Dans ses motifs, la SPR traite de la question de savoir pourquoi la demanderesse principale a initialement été ciblée; à l'audience, la demanderesse principale a convenu qu'ils cherchaient quelqu'un qui était bien nanti et qui présentait un profil similaire au sien. De plus, elle n'a pas déclaré qu'elle avait été ciblée parce qu'elle était une femme, mais parce qu'elle présentait un certain nombre de caractéristiques. Elle n'a pas vraiment cru les policiers lorsqu'ils ont dit qu'elle s'était simplement trouvée au mauvais endroit au mauvais moment, mais elle n'était pas sûre d'avoir été délibérément ciblée ou que le Clansmen savait qui elle était avant son enlèvement. La SPR est également parvenue à la conclusion de fait que rien ne démontrait l'existence d'un lien entre les agressions visant la demanderesse secondaire et l'enlèvement de la demanderesse principale. Comme la conclusion selon laquelle les demanderessees n'étaient qu'exposées à un risque généralisé de criminalité était fondée sur toute la preuve mentionnée précédemment, la conclusion était raisonnable et ne devrait pas être modifiée.

#### La question du sexe a été considérée de façon appropriée

[56] Le défendeur soutient que les demanderessees n'ont nullement soulevé la question du sexe, ni dans leurs témoignages, ni dans leurs FRP. S'appuyant sur l'arrêt *Pierre-Louis c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 420 (C.A.) (QL) (*Pierre-Louis*), il affirme que la SPR n'est pas tenue de considérer la question du sexe lorsque cette question n'est pas soulevée dans la preuve qui lui est présentée. Comme elle ne l'a pas été en l'espèce, la SPR n'a commis aucune erreur en n'en tenant pas compte.

## The Applicants' Reply

## The RPD Failed to Analyse the Listed Facts

[57] The applicants argue that, when he says that the RPD analysed all the crucial facts to determine generalized risk, the respondent does not point to any specific place in the decision where the RPD actually conducted a generalized risk analysis. Rather, he simply cites the entire decision. The applicants argue that, because the RPD only mentions the listed facts in the “Allegations” section and not in the “Analysis” section of the decision, the only conclusions the Court can draw are that the applicants testified to these facts and the RPD did not doubt the applicants’ credibility. What the Court cannot infer from their mention in the “Allegations” section is that the RPD actually considered the listed facts in relation to the applicants’ personalized risk.

[58] The applicants also argue that, even if the RPD considered the listed facts, there is no reason why these facts would not show a personalized risk under subparagraph 97(1)(b)(ii) of the Act. The RPD did not explain how these facts did not support a finding of personalized risk so its decision was unreasonable.

[59] The applicants also say that the respondent invites the Court to infer from the RPD’s consideration of the attacks on the secondary applicant that the principal applicant did not face a prospective risk under paragraph 97(1)(b). The applicants argue that this does not meet the *Dunsmuir* standard of justification, transparency, and intelligibility.

[60] The applicants rely on *Barrios Pineda v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 403 (*Pineda*), for the proposition that, though an initial encounter with a gang may have been a result of random targeting, the risk may become sufficiently personalized through interaction with that gang. This is what occurred in this case. Although the principal applicant may have

## La réponse des demandereses

## La SPR n’a pas analysé les faits énumérés

[57] Les demandereses font valoir que, bien qu’il prétende que la SPR a analysé tous les faits cruciaux pour conclure au risque généralisé, le défendeur n’indique nullement l’endroit de la décision où la SPR aurait réellement procédé à une analyse du risque généralisé. Il se contente plutôt de renvoyer à l’ensemble de la décision. Les demandereses soutiennent que, comme la SPR ne mentionne les faits énumérés que dans la section « Allégations » et non dans la section « Analyse » de la décision, les seules conclusions que la Cour peut tirer sont que les demandereses ont témoigné sur ces faits et que la SPR n’a pas mis en doute la crédibilité des demandereses. La Cour ne peut pas inférer de leur mention dans la section « Allégations » que la SPR a réellement tenu compte des faits énumérés relativement à la question des risques personnalisés auxquels sont exposées les demandereses.

[58] Les demandereses soutiennent en outre que, même si la SPR a considéré les faits énumérés, il n’y a aucune raison justifiant qu’ils ne démontrent pas l’existence d’un risque personnalisé au sens du sous-alinéa 97(1)(b)(ii) de la Loi. La SPR n’a pas expliqué pourquoi ces faits n’étaient pas la conclusion de risque personnalisé et sa décision était donc déraisonnable.

[59] Les demandereses déclarent également que le défendeur invite la Cour à inférer de la considération par la SPR des agressions de la demanderesse secondaire que la demanderesse principale n’était pas exposée à un risque éventuel au sens de l’alinéa 97(1)(b). Elles font valoir que cela n’est pas conforme à la norme énoncée dans l’arrêt *Dunsmuir* quant à la justification, la transparence et l’intelligibilité.

[60] Les demandereses invoquent la décision *Barrios Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 403 (*Pineda*), à l’appui de la prétention selon laquelle, quoique la rencontre initiale avec un gang puisse résulter d’un ciblage au hasard, le risque peut devenir suffisamment personnalisé à la suite de l’interaction avec le gang. C’est ce qui s’est produit en

been initially targeted at random, once the Clansmen had seen her ID, taken her to their community, and she cooperated with the police, resulting in the death of a Clansman member, the risk from the Clansmen gang became sufficiently personalized to support a claim under paragraph 97(1)(b). The RPD ignored this so the decision was unreasonable.

[61] The applicants further argue that the respondent's argument is based on the claim that the RPD considered all the evidence, when in fact it did not. The RPD ignored documentary evidence, in the form of an article from the *Jamaica Observer* about the former head of the Clansmen Gang, Donovan "Bulbie" Bennett, which showed that the Clansmen were a dangerous gang. The applicants argue that the evidence shows that the Clansmen are in fact very dangerous and have power and influence in Jamaica; the respondent has no basis to say that the applicants did not argue before the RPD that the Clansmen were more dangerous than any other gang. The respondent does not respond to the evidence that her employer thought the principal applicant was at risk of retaliation from the Clansmen gang.

[62] The decision was unreasonable because the RPD did not sufficiently consider the issue of personalized risk or the facts that pointed to it.

#### The RPD Breached the Applicants Right to Procedural Fairness

[63] Where the respondent argues that credibility is in issue in every hearing, the applicants say that this is not because it is inherent in the definition of "person in need of protection" under section 96 or paragraph 97(1)(b). Rather, credibility is in issue in every hearing before the RPD because credibility is always in issue before every tribunal where witnesses are heard. For this proposition, the applicants rely on *Bains*, above.

l'espèce. La demanderesse principale a peut-être initialement été ciblée de manière aléatoire, mais après que le Clansmen a vu sa carte d'identité, qu'il l'a emmenée dans son quartier et qu'elle a coopéré avec la police, ce qui a entraîné la mort d'un membre du Clansmen, le risque auquel le gang Clansmen l'exposait est devenu suffisamment personnel pour étayer une demande d'asile en vertu de l'alinéa 97(1)b). Comme la SPR n'en a pas tenu compte, sa décision était déraisonnable.

[61] Les demandereses soutiennent aussi que l'argument du défendeur repose sur la prétention selon laquelle la SPR aurait considéré toute la preuve, ce qu'elle n'a pas fait en réalité. La SPR n'a pas pris en compte la preuve documentaire qui avait été soumise sous la forme d'un article du *Jamaica Observer* sur l'ancien chef du gang Clansmen, Donovan « Bulbie » Bennett, article qui indiquait que le Clansmen était un gang dangereux. Les demandereses font valoir que la preuve démontre que le Clansmen était en fait très dangereux et qu'il avait du pouvoir et de l'influence en Jamaïque; l'affirmation du défendeur selon laquelle les demandereses n'ont pas soutenu devant la SPR que le Clansmen était plus dangereux que tout autre gang n'est nullement fondée. Le défendeur ne répond pas à la preuve selon laquelle l'employeur de la demanderesse principale pensait qu'elle était exposée à un risque de représailles de la part du gang Clansmen.

[62] La décision était déraisonnable parce que la SPR n'a pas examiné de manière appropriée la question du risque personnalisé ou les faits qui lui ont été soumis.

#### La SPR a violé le droit des demandereses à l'équité procédurale

[63] En ce qui concerne l'argument du défendeur selon lequel la crédibilité est en cause dans toute audience, les demandereses font valoir que cela n'est pas dû au fait que la question est inhérente à la définition de « personne à protéger » à l'article 96 ou à l'alinéa 97(1)b). La crédibilité est plutôt en cause dans toute audience devant la SPR parce qu'elle est en cause devant tout tribunal où des témoins sont entendus.



[64] The applicants further argue that, for the respondent to say that generalized risk was in issue because it is inherent in paragraph 97(1)(b) is to say that the RPD has no onus to notify any claimant of anything that is in issue in a hearing. To hold that there is no notice required for issues which are inherent in the definition of these sections would render the screening form meaningless because all of the boxes on the screening form are issues which are inherent in the definitions of sections 96 and 97. At the same time, the jurisprudence clearly establishes that a failure to notify a claimant of an issue is a breach of procedural fairness. The respondent has not set out what distinguishes internal flight alternative and state protection, which are also inherent in sections 96 and 97, from generalized risk such that notice is required for the former, while not required for the latter.

[65] The applicants say that the Court has made no ruling that “inherent issues” do not require notice to claimants; the cases relied upon by the respondent to establish this proposition can be distinguished. The respondent relies on *Liu*, *Ibnmogdad*, *Balkhi*, and *Husein*, above, to show that identity is always in issue and so does not require notice but these cases are distinguishable on their facts. In each of those cases, the claimants knew ahead of the hearing that identity would be in issue and the judicial review was only directed to the finding of credibility. In the instant case, the applicants did not know that generalized risk would be in issue before the hearing and there was no issue of credibility.

[66] In *Kante*, above, procedural fairness was noted as a concern by the Federal Court because the RPD had given the impression that some things were in issue but ultimately decided the application on other issues.

Les demanderesse invoquent la décision *Bains*, précitée, à l’appui de cette affirmation.

[64] Les demanderesse allèguent en outre que l’affirmation du défendeur selon laquelle la question du risque généralisé était en cause parce qu’elle est inhérente à l’alinéa 97(1)b revient à affirmer que la SPR n’est nullement tenue d’avertir les revendicateurs qu’une question quelconque sera en litige à l’audience. Soutenir qu’aucun avis n’est requis relativement aux questions qui sont inhérentes à la définition figurant à ces articles viderait de son sens le formulaire d’examen initial parce que toutes les cases dans ce formulaire constituent des questions qui sont inhérentes aux définitions se trouvant aux articles 96 et 97. De plus, il est clairement établi dans la jurisprudence que le défaut d’informer un revendicateur d’une question pertinente constitue un manquement à l’équité procédurale. Le défendeur n’a pas expliqué en quoi les questions de la possibilité d’un refuge intérieur et de la protection de l’État, qui sont également inhérentes aux articles 96 et 97, se distinguent de la question du risque généralisé de telle façon qu’un avis serait nécessaire pour les deux premières questions et non pour la dernière.

[65] Les demanderesse font valoir que la Cour n’a jamais statué qu’il n’était pas nécessaire d’aviser les revendicateurs des « questions inhérentes »; les décisions invoquées par le défendeur à cet égard peuvent être écartées. Le défendeur s’appuie sur les décisions *Liu*, *Ibnmogdad*, *Balkhi* et *Husein*, précitées, pour démontrer que la question de l’identité est toujours en cause et qu’elle ne requiert donc pas un avis, mais ces décisions peuvent être écartées au vu de leurs faits. Dans chacune de ces affaires, les revendicateurs savaient avant l’audience que la question de l’identité serait en cause et le contrôle judiciaire n’a porté que sur la conclusion relative à la crédibilité. Dans la présente espèce, les demanderesse ne savaient pas avant l’audience que la question du risque généralisé serait en cause et leur crédibilité n’était pas remise en question.

[66] Dans l’arrêt *Kante*, précité, la Cour fédérale a indiqué qu’elle avait des préoccupations en matière d’équité procédurale parce que la SPR avait donné l’impression que certaines questions étaient en cause,

Though the Federal Court disposed of the case on grounds other than procedural fairness, this case supports the proposition that the RPD must be clear and specific about which issues are on the table and which are not.

[67] The applicants argue that *Bains*, above, cited by the respondent to establish that credibility does not require notice, is also distinguishable. *Bains* shows that credibility does not require notice, not because it is inherent in the definition of any of the sections of the Act, but because credibility is always in issue where an adjudicating body hears from witnesses. The applicants argue that it is not appropriate to import this general feature of adjudication into the specific sections of the Act.

[68] The applicants also distinguish *Talukder*, above, (relied on by the respondent to show that ticked boxes on the screening form are only a preliminary assessment of the issues) on the basis that there was notice of the issues at the hearing in that case. There, the Board gave notice of the issues at the hearing and the claimants were represented by counsel. Here, the applicants were not represented. In this case, they had no notice of generalized risk as an issue at all.

[69] The applicants distinguish *Madi*, above, saying that in that case there was nothing to mislead the claimant that some things were not in issue because the claimant was not provided with a screening form at all. In this case, the applicants were provided with a screening form on which some boxes were ticked and some were not. They were misled into believing that some issues were not on the table, including generalized risk, because the RPD listed only those issues which were also ticked on the form at the hearing. Also in *Madi*, the claimants were represented by counsel, which they were not here.

mais elle avait finalement tranché la demande sur le fondement d'autres questions. La Cour fédérale a tranché cette affaire sur des motifs autres que l'équité procédurale, mais cet arrêt appuie la prétention que la SPR doit être claire et précise quant aux questions qui sont sur la table et celles qui ne le sont pas.

[67] Les demandresses soutiennent que la décision *Bains*, précitée, sur laquelle le défendeur s'appuie pour établir que la question de la crédibilité ne requerrait pas un avis, peut aussi être écartée. Aux termes de la décision *Bains*, la question de la crédibilité ne requerrait pas un avis, non parce qu'elle est inhérente à une définition figurant dans un article quelconque de la Loi, mais parce que la question de la crédibilité est toujours en cause lorsqu'un tribunal entend des témoins. Les demandresses font valoir qu'il ne convient pas d'incorporer ce trait général de la fonction judiciaire aux articles précis de la Loi.

[68] Les demandresses écartent aussi la décision *Talukder*, précitée (sur laquelle le défendeur s'appuie pour soutenir que les cases cochées dans le formulaire d'examen initial ne constituent qu'une évaluation préliminaire des questions en cause) au motif qu'un avis avait été donné, en l'espèce, sur les questions qui seraient examinées à l'audience. Dans cette affaire, la Commission avait donné avis à l'audience des questions qui seraient considérées et les revendicateurs étaient représentés par un avocat. Dans le présent cas, les demandresses n'étaient pas représentées et n'ont pas été informées que la question du risque généralisé serait examinée.

[69] Les demandresses écartent la décision *Madi*, précitée, pour la raison que, dans cette affaire, rien ne portait le revendicateur à penser erronément que certaines questions n'étaient pas en cause parce qu'aucun formulaire d'examen initial ne lui avait été donné. En l'espèce, dans le formulaire d'examen initial remis aux demandresses, certaines cases étaient cochées tandis que d'autres ne l'étaient pas. Les demandresses ont été amenées à croire erronément que certaines questions n'étaient pas sur la table, dont la question du risque généralisé, parce que la SPR n'avait mentionné à

[70] The applicants also argue that *Rahaman*, above, is distinguishable. While the RPD did not, in *Rahaman*, raise an issue on the screening form about which it later made a finding, in that case the decision turned on an assessment of credibility not the issue that was not raised in the form. Since the claimant in *Rahaman* had the opportunity to respond to the determinative credibility issue, there was no actual prejudice. The applicants argue that, in their case, the failure to tick off the “Generalized Risk” box on their form prevented the principal applicant from explaining, when asked about why she was targeted, why her profile placed her at risk which shows she suffered actual prejudice.

[71] The RPD found that what the applicants faced was a generalized risk, but they did not have a chance to answer this aspect of the case. Since they did not know generalized risk was in issue, they did not have the chance to emphasize relevant facts or to highlight evidence in answer to this issue. The failure to consider the factors they would have drawn together demonstrates that the applicants suffered actual prejudice from a breach of procedural fairness, so that the decision should be quashed.

#### The Respondent’s Further Memorandum

[72] The respondent argues that the RPD fully met its duty of procedural fairness and the decision should stand. There is only a breach of the duty of procedural fairness where there is actual prejudice either by surprise or by misleading the claimant into not leading evidence on an issue. Neither occurred in this case. The applicants were informed of the generalized risk issue through the

l’audience que les questions qui étaient aussi cochées sur le formulaire. De plus, dans la décision *Madi*, les revendicateurs étaient représentés par un avocat, contrairement aux demandereses dans le cas présent.

[70] Les demandereses soutiennent en outre que la décision *Rahaman*, précitée, peut être écartée. Dans la décision *Rahaman*, la SPR a omis de mentionner dans le formulaire d’examen initial une question sur laquelle elle s’est ensuite appuyée pour tirer une conclusion, mais la décision reposait dans cette affaire sur l’évaluation de la crédibilité et non sur la question qui n’avait pas été mentionnée dans le formulaire. Comme le revendicateur, dans la décision *Rahaman*, avait eu la possibilité de répondre à la question déterminante de la crédibilité, il n’y avait pas eu de préjudice réel. Les demandereses soutiennent qu’en ce qui les concerne, le défaut de cocher la case « Risque généralisé » dans leur formulaire a empêché la demanderesse principale d’expliquer, lorsqu’on lui a demandé la raison pour laquelle elle avait été ciblée, pourquoi son profil l’exposait à un risque, ce qui montre qu’elle a subi un préjudice réel.

[71] La SPR a conclu que les demandereses étaient exposées à un risque généralisé, mais celles-ci n’ont pas eu la chance de répondre à cet élément de l’affaire. Comme elles ne savaient pas que la question du risque généralisé serait en cause, elles n’ont pas eu la chance de faire ressortir les faits pertinents ou des éléments de preuve pour répondre à cette question. Le défaut de considérer les facteurs qu’elles auraient réunis démontre que les demandereses ont subi un préjudice réel, résultant d’un manquement à l’équité procédurale, et la décision doit en conséquence être annulée.

#### Le mémoire supplémentaire du défendeur

[72] Le défendeur soutient que la SPR s’est entièrement acquittée de son obligation d’équité procédurale et que la décision devrait être confirmée. Il n’y a manquement à l’équité procédurale que lorsqu’il existe un préjudice réel dû soit à la surprise soit au fait que le revendicateur a été induit en erreur quant à la nécessité de soumettre des éléments de preuve sur une question. Ni

questioning of the RPD. Though the questions put to the applicants did not raise the generalized risk issue in the language of the Act, there was sufficient opportunity for the applicants to respond.

[73] At the beginning of the hearing, the RPD alerted the applicants to their burden of showing that any risk to them must fit into section 97 for them to qualify protection. Having questioned them on generalized risk and alerted the applicants to the legal definition of generalized risk, the RPD made them aware of the need to demonstrate that they faced a particularized risk. The principal applicant admits as much in her affidavit on judicial review when she says that, “While I did say all of this at various points in the testimony, I feel I could have elaborated more if I had known that generalized risk was an issue”.

[74] The respondent also says that self-represented litigants are not entitled to a higher degree of procedural fairness than others. Procedural entitlements are context-dependent and are intended to ensure a fair hearing where the unrepresented parties will have an opportunity to present their cases. Further, it is not the role of the RPD to act as counsel for claimants; where an applicant chooses to be self-represented, here she must live with the consequences. Though the RPD has an obligation to explain to an unrepresented claimant the process that will be followed, this does not mean that unrepresented claimants get more protection from the RPD than represented claimants. The respondent notes on this point that this Court has refused to certify questions regarding whether self-represented applicants are owed a greater duty of fairness as this question is settled law in *Adams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 529; *Agri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 349; and *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1183.

l’un ni l’autre de ces cas ne s’est produit en l’espèce. Les demanderesse ont été averties de la question du risque généralisé lorsqu’elles ont été interrogées par la SPR. Les questions signalées aux demanderesse ne portaient pas sur le risque généralisé aux termes de la Loi, mais les demanderesse ont eu amplement l’occasion de fournir une réponse.

[73] Au début de l’audience, la SPR a averti les demanderesse qu’elles avaient l’obligation de démontrer que tout risque auquel elles étaient exposées devait être visé par l’article 97 pour que la qualité de personne à protéger leur soit reconnue. Après les avoir interrogées relativement à la question du risque généralisé et attiré leur attention sur la définition juridique du risque généralisé, la SPR les a informées de leur obligation de démontrer qu’elles étaient exposées à un risque personnalisé. La demanderesse principale le reconnaît dans l’affidavit soumis dans le cadre du contrôle judiciaire lorsqu’elle dit ceci : [TRADUCTION] « J’ai dit tout cela à différents moments quand j’ai témoigné, mais j’estime que j’aurais pu donner plus de détails si j’avais su que la question du risque généralisé était en cause ».

[74] Le défendeur prétend aussi que les plaideurs qui se représentent eux-mêmes n’ont pas droit à un degré d’équité procédurale plus élevé que les autres. Le droit à l’équité procédurale dépend du contexte et vise à assurer une audience équitable dans laquelle les parties qui ne sont pas représentées par un avocat ont la possibilité de faire valoir leur cause. De plus, il n’appartient pas à la SPR d’agir comme l’avocat des revendicateurs; lorsqu’un revendicateur choisit de se représenter lui-même, il doit en assumer les conséquences. La SPR a l’obligation d’expliquer au revendicateur qui n’est pas représenté par un avocat le processus à suivre, mais cela ne signifie pas que les revendicateurs non représentés jouissent d’une plus grande protection de la SPR que ceux qui sont représentés par un avocat. Le défendeur note sur ce point que la Cour a refusé de certifier certaines questions portant sur le point de savoir si l’obligation d’équité envers les demandeurs qui se représentent eux-mêmes est plus élevée, car cette question a été réglée en droit dans les décisions *Adams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 529;

[75] A failure by a claimant to fulfill her obligations and assume her burden of proof does not shift that burden to the RPD, particularly where a claimant is “educated and prepared”. The respondent relies on *Kelly v. Nova Scotia (Police Commission)*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, at paragraphs 46 and 95 on this point:

In summary, the Board was faced with a self-represented complainant who had a very broad understanding of what was in issue ...

...

He was entitled to assistance from the Board about the rules relating to how he could present the case he wished to present. He was not, with respect, entitled to assistance from the Board about what case he ought to present or advice about hearing tactics.

In this case, the principal applicant was a sophisticated person; she did not have language difficulties, nor was she unaware of her role in the proceedings or unprepared to proceed. Unlike cases such as *Nemeth v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 590, 233 F.T.R. 301, where increased intervention by the RPD was warranted, the principal applicant was alert to the burden she faced and as such she was not entitled to more from the RPD than she received.

[76] The principal applicant was familiar with the requirements of section 97, including the generalized risk requirement. She demonstrated through her PIF narrative and testimony at the hearing that she was aware of internal flight alternative as an issue. Since both internal flight alternative and generalized risk are part of subparagraph 97(1)(b)(ii), the principal applicant cannot claim ignorance of one while having knowledge of the other. Because she knew the requirements of the section and had the opportunity to respond, the principal

*Agri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 349, et *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1183.

[75] Le défaut d’un revendicateur de s’acquitter de ses obligations et d’assumer son fardeau de preuve ne fait pas passer ce fardeau à la SPR, particulièrement lorsqu’un revendicateur est « instruit et préparé ». Relativement à cette question, le défendeur s’appuie sur l’arrêt *Kelly v. Nova Scotia (Police Commission)*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, aux paragraphes 46 et 95 :

[TRADUCTION] Bref, la Commission avait affaire à un plaignant se représentant lui-même qui avait une compréhension très large de ce qui était en cause [...]

[...]

Il avait droit à l’assistance de la Commission en ce qui concernait les règles relatives à la façon qu’il pouvait faire valoir sa cause. En toute déférence, il n’avait pas droit à l’assistance de la Commission en ce qui avait trait à la question de savoir quelle était la cause qu’il devait faire valoir ou à des conseils sur des tactiques relativement à l’audience.

Dans la présente espèce, la demanderesse principale était une personne informée; elle n’avait pas de difficultés de langue et elle connaissait son rôle dans la procédure et ne s’était pas objectée à procéder. Contrairement à des affaires comme la décision *Nemeth c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CFPI 590, dans laquelle une plus grande intervention de la SPR était justifiée, la demanderesse principale était consciente du fardeau qu’elle devait assumer et, à ce titre, elle n’avait pas droit à plus que ce qu’elle a reçu de la part de la SPR.

[76] La demanderesse principale était bien au courant des exigences de l’article 97, notamment de l’exigence sur le risque généralisé. Elle a démontré dans l’exposé qu’elle a donné dans son FRP et dans son témoignage à l’audience qu’elle savait que la question de la possibilité d’un refuge intérieur était en cause. Comme les questions de la possibilité d’un refuge intérieur et du risque généralisé sont toutes deux visées au sous-alinéa 97(1)(b)(ii), la demanderesse principale ne peut pas prétendre qu’elle ignorait l’une de ces questions alors

applicant must have had notice of generalized risk and did not suffer actual prejudice. Although the principal applicant was self-represented at the hearing, this does not change her onus to make out her claim. The decision should stand because there was no breach of procedural fairness.

#### The Generalized Risk Finding was Reasonable

[77] The finding that the principal applicant faced a generalized risk was reasonable as it was based on documentary evidence of the country conditions in Jamaica. The RPD found as a fact that, though the principal applicant had been personally targeted by the Clansmen gang, this did not remove her from the generalized risk of crime faced by all Jamaicans. Further, the claimant bears the onus of proving a particularized risk and, where an initial attack is based on a generalized risk, it is open to the RPD to find that future attacks are also based on general risk. Simply because the principal applicant has a subjective fear of an attack from the Clansmen gang is not enough to elevate her above the general risk.

[78] The cases relied upon by the applicants to support their claim of particularized risk do not relate to their factual circumstances and are not relevant to these proceedings. *Zacarias* and *Pineda*, above, and *Pineda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365, 65 Imm. L.R. (3d) 275 (*Martinez Pineda*), stand for the proposition that particularized risk can be found when an applicant is specifically targeted, and subject to actual repeated threats and attacks by a gang. However, experiencing fear of threats and attacks alone, without more, is insufficient to give rise to a particularized risk.

qu'elle était au courant de l'autre. Comme elle connaissait les exigences de l'article et qu'elle a eu la possibilité de répondre, la demanderesse principale a effectivement été avisée de la question du risque généralisé et n'a pas subi de préjudice réel. Il est vrai que la demanderesse principale s'est représentée elle-même à l'audience, mais cela ne change en rien son obligation de démontrer le bien-fondé de sa demande. La décision devrait être confirmée parce qu'il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale.

#### La conclusion sur le risque généralisé était raisonnable

[77] La conclusion selon laquelle les risques auxquels la demanderesse principale était exposée étaient généralisés était raisonnable parce qu'elle était fondée sur la preuve documentaire relative à la situation en Jamaïque. La SPR est parvenue à la conclusion de fait que la demanderesse principale n'était pas soustraite au risque généralisé de criminalité auxquels tous les Jamaïcains sont exposés, même si elle avait été personnellement ciblée par le gang Clansmen. De plus, le revendicateur a l'obligation de démontrer un risque particulier et, lorsqu'une agression initiale repose sur un risque généralisé, il est loisible à la SPR de conclure que de futures agressions reposent aussi sur le risque généralisé. Le simple fait que la demanderesse principale a la crainte subjective de subir une agression du gang Clansmen ne suffit pas à l'élever au-dessus du risque généralisé.

[78] Les décisions invoquées par les demanderesses à l'appui de leur prétention selon laquelle elles étaient exposées à un risque particulier ne concernent pas leurs circonstances factuelles et ne sont pas pertinentes dans le cadre de la présente instance. Selon les décisions *Zacarias* et *Pineda*, précitées, et *Pineda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 365 (*Martinez Pineda*), il est possible de conclure à l'existence d'un risque particulier lorsqu'un revendicateur est expressément visé et qu'il fait l'objet de manière répétée de menaces et d'agressions de la part d'un gang. Cependant, le seul fait de craindre des menaces ou des agressions, sans plus, ne suffit pas pour donner lieu à un risque particulier.

[79] There was no evidence before the RPD that either of the applicants was harmed by the gang after the initial attack. The RPD found that the secondary applicant's testimony about one of the attacks was "vague" and that, when she was followed on the way to church, there was no evidence to link this incident with the abduction of the principal applicant. Further, the RPD found that no members of her family had been targeted after the principal applicant left Jamaica for Canada. While there may, in some cases, be a particularized risk that arises out of a random targeting, there must be evidence to support that risk. Since the RPD found that there was no such evidence here, its conclusion that there was only a generalized risk was reasonable.

#### There was No Nexus Between a Section 96 Convention Ground and Gender

[80] The respondent reminds the Court that the applicants bear the burden of establishing that they require the protection offered by the Convention and the Act. There is no automatic nexus to a Convention ground merely because aspects of an applicant's allegations, such as her gender, relate to a Convention ground. For this proposition, the respondent relies on *Santos Mancía v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 949, at paragraph 7:

In general terms, a claimant's burden is to satisfy the Board that she was targeted as a woman. Stated differently, a claimant needs to demonstrate that she would not have been attacked but for the fact that she was a woman. For example, if a claimant's attackers robbed and attacked her, she would have to satisfy the Board that the robbery was not the motive. Otherwise, a man in her situation (even if he, too, had been raped) would not receive protection but would face the same risk of attack.

[81] In the current case, the evidence before the RPD did not suggest that the principal applicant was initially targeted because of her gender. There was no evidence that the Clansmen gang target women more than men; they might have been interested in her solely because

[79] Aucune preuve que l'une ou l'autre des demanderesse a subi un préjudice de la part du gang après l'agression initiale n'a été présentée à la SPR. Celle-ci a conclu que le témoignage de la demanderesse secondaire relativement aux agressions étaient « vague » et qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'un lien entre l'incident au cours duquel elle a été suivie alors qu'elle se rendait à l'église et l'enlèvement de la demanderesse principale. De plus, la SPR a conclu qu'aucun membre de sa famille n'avait été ciblé après le départ de la demanderesse principale pour le Canada. Quoiqu'un risque particulier découlant d'un ciblage au hasard puisse dans certains cas exister, un tel risque doit être étayé par une preuve. Comme la SPR a conclu qu'aucune telle preuve n'avait été présentée, sa conclusion selon laquelle il n'y avait qu'un risque généralisé était raisonnable.

Il n'y avait pas de lien entre un motif prévu par la Convention, visé à l'article 96, et le sexe

[80] Le défendeur rappelle à la Cour qu'il incombe aux demanderesse d'établir qu'il est justifié de leur fournir la protection offerte par la Convention et la Loi. Il n'existe pas de lien automatique avec un motif prévu par la Convention simplement parce que certains aspects des allégations d'un demandeur d'asile, tel que son sexe, se rapportent à un motif prévu par la Convention. Le défendeur invoque à l'appui la décision *Santos Mancía c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 949, au paragraphe 7 :

À titre de demandeure d'asile, elle devait de façon générale convaincre la Commission qu'on l'avait prise pour cible en tant que femme. Autrement dit, pareille demandeure d'asile doit démontrer qu'elle n'aurait pas été agressée si elle n'avait pas été une femme; si par exemple ses agresseurs l'avaient volée et agressée, elle devrait convaincre la Cour que le vol n'en était pas le véritable motif. Sinon, si un homme se retrouvait dans la même situation qu'elle, il n'aurait pas droit à la protection (même si, lui aussi, avait été violé), tout en étant exposé au même risque d'agression.

[81] Dans la présente espèce, la preuve soumise à la SPR ne démontrait pas que la demanderesse principale avait été initialement ciblée en raison de son sexe. Rien n'indique que le gang Clansmen cible les femmes davantage que les hommes; il se peut que le gang ait été

she was a witness to the murder of John Amos. The respondent argues that the principal applicant has not demonstrated that she has met the required burden to require that gender be considered. Further, the RPD is not required to go beyond the evidence to find grounds on which a claimant could be found to be a person in need of protection (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689). In this case, the RPD considered the Gender Guidelines. It was not an error for the RPD not to consider gender as a ground for protection because there was no evidence of a gender-based claim and the applicants did not indicate that they wished to base their claims on gender.

#### ANALYSIS

[82] The applicants have three issues. However, in my opinion, only one of them has substance and requires extensive analysis.

[83] As regards procedural fairness, the applicants are asking the court to prefer form over substance. This is not appropriate. See *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555, at paragraph 3; *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 94, [2003] 3 F.C. 172, at paragraph 29; and *Lima v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1138. A review of the record reveals that the applicants were given every opportunity to state the nature of their case. Lines of questioning were pursued at the hearing that gave them fair indication that personalized risk was at issue and they were asked to provide evidence that would speak to this issue. This is what the applicants did and they made clear what they feared in Jamaica and adduced evidence to support the risks of reprisal from the Clansmen gang.

intéressé à la demanderesse simplement parce qu'elle avait été témoin du meurtre de John Amos. Selon le défendeur, la demanderesse principale n'a pas démontré qu'elle s'est acquittée du fardeau qui lui incombait pour requérir qu'il soit tenu compte de la question du sexe. De plus, la SPR n'est pas tenue d'aller au-delà de la preuve dans le but de trouver des motifs pour conclure que le demandeur d'asile est une personne à protéger (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689). Dans la présente affaire, la SPR a tenu compte des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe. Elle n'a pas commis d'erreur en ne considérant pas la question du sexe comme un motif justifiant la protection parce que rien ne démontre que leur sexe était en cause, et les demanderesse n'ont pas indiqué qu'elles désiraient fonder leurs demandes sur cette question.

#### ANALYSE

[82] Les demanderesse soulèvent trois questions. À mon avis, toutefois, seule l'une de ces questions est sérieuse et requiert une analyse exhaustive.

[83] En ce qui a trait à l'équité procédurale, les demanderesse demandent à la Cour de préférer la forme au fond, ce qui n'est pas acceptable. Voir *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555, au paragraphe 3; *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 94, [2003] 3 C.F. 172, au paragraphe 29; et *Lima c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1138. L'examen du dossier révèle que toutes les possibilités ont été données aux demanderesse de faire valoir la nature de leur cause. Des séries de questions leur ont été posées à l'audience, qui leur ont donné une bonne indication que le risque personnalisé était en cause et on leur a demandé de présenter des éléments de preuve relativement à cette question. C'est ce que les demanderesse ont fait et elles ont expliqué clairement ce qu'elles craignaient en Jamaïque et ont présenté des éléments de preuve pour étayer les risques de représailles du gang Clansmen.



[84] In her affidavit for this review application, the principal applicant says that she was able to testify to the personalized risks she faced and what distinguished her from the general population, but that “I feel I could have elaborated more if I had known that generalized risk was an issue”.

[85] The principal applicant does not elaborate to the Court what more she could have said and the transcript of the hearing, as well as the decision, indicate a full explanation of the generalized/personalized risk issue, as well as full responses from the principal applicant on point.

[86] The record shows that, even though she represented herself, the principal applicant is an educated and sophisticated individual who was well aware of what the law required of her to establish section 97 risk and that, through its questioning at the hearing, the RPD encouraged her to state what she feared and to provide evidence on point. The RPD’s summary of the facts in the decision reveals that it fully understood the nature of the claim and the facts upon which it was based.

[87] As regards nexus and gender, this was never part of the applicants’ claim and it has only been raised as part of this application. What is more, there was no evidentiary basis that would prompt the RPD to address gender. There is sufficient evidence in the CTR [certified tribunal record] to support the RPD’s findings in paragraph 14:

The claimant testified that on [July 21], 2008, she was abducted in her car by three unknown gunmen. The gunmen told her that they had been watching her movement for sometime and that they possessed a good deal of information about her and her family. The claimant did not know exactly what this meant. The police officers she had spoken to thought the incident might be a crime of opportunity; that is, the gunmen took advantage of the claimant, as she was in the wrong place, at the wrong time. The claimant did not exactly believe the police’s premise as she believed the gunmen had been watching her for sometime. She believed the gunmen were looking for a person

[84] Dans son affidavit relatif à la présente demande de contrôle judiciaire, la demanderesse principale dit qu’elle a pu témoigner sur les risques personnalisés auxquels elle était exposée et sur ce qui la distinguait de la population en général, mais elle ajoute : [TRADUCTION] « j’estime que j’aurais pu donner plus de détails si j’avais su que la question du risque généralisé était en cause ».

[85] La demanderesse principale n’a pas précisé à la Cour ce qu’elle aurait pu dire et il ressort de la transcription de l’audience et de la décision que la question des risques généralisé et personnalisé a été pleinement expliquée et que la demanderesse principale a pleinement répondu à cette question.

[86] Le dossier montre que, bien qu’elle se soit représentée elle-même, la demanderesse principale est une personne instruite et informée qui savait bien ce que la loi exigeait d’elle pour établir l’existence du risque prévu à l’article 97 et que la SPR, par ses questions à l’audience, l’a encouragée à énoncer ce qu’elle craignait et à présenter des éléments de preuve sur ce point. L’exposé des faits donné par la SPR dans sa décision révèle que la SPR comprenait la nature de la revendication et les faits sur lesquels cette revendication était fondée.

[87] En ce qui a trait au lien et au sexe, ces questions n’ont jamais fait partie des demandes d’asile des demanderesse et elles n’ont été soulevées que dans le cadre de la présente demande. De plus, il n’y avait aucun fondement probatoire pour inciter la SPR à se pencher sur la question du sexe. La preuve contenue dans le DCT [dossier certifié du tribunal] suffit à étayer les conclusions de la SPR, au paragraphe 14 :

La demandeure d’asile a déclaré qu’elle avait été enlevée dans sa voiture par trois bandits inconnus le [21 juillet] 2008. Les bandits lui ont dit qu’ils surveillaient ses allées et venues depuis un certain temps et qu’ils possédaient pas mal d’information sur elle et sa famille. La demandeure d’asile ne savait pas exactement ce que cela signifiait. Les policiers auxquels elle a parlé ont pensé qu’il s’agissait d’un crime de situation; selon eux, les bandits ont profité de la situation de la demandeure d’asile, à savoir qu’elle se trouvait au mauvais endroit au mauvais moment. La demandeure d’asile n’a pas vraiment cru la supposition de la police, car elle pensait que les bandits la

with certain qualities such as living in a good and high end neighbourhood, had an expensive car and had a good job. In summary, the claimant believed that the gunmen were looking for someone who was economically well off compared to an average Jamaican citizen. The claimant maintained that she fit that profile. She did agree with the Panel that the gunmen were looking for someone with these qualifications, and if such a person was in that locality at that specific time, the gunmen would have and abducted that person, no matter who he or she was.

[88] The RPD has an obligation to explore all aspects of persecution and risk that arise on the facts before it, but it cannot be faulted for not considering something that was not raised, and for which no evidentiary basis emerged, particularly when the principal applicant agreed that the perpetrators would have abducted her no matter who he or she was, provided she had the qualities stated. See *Viafara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1526, at paragraph 24; *Pierre-Louis*, above, at paragraph 3.

[89] In my view, the one matter of substance raised by the applicants is whether the RPD adequately dealt with the issue of whether, although they had been the victims of generalized crime in the past, the risk of retaliation was not a risk faced by other Jamaicans.

[90] The principal applicant says that she fears retaliation as a result of her having given evidence against the Clansmen gang. This resulted in the gang being identified as the killers of the Senior Superintendent's nephew and the subsequent killing by police of one of the gang members. There were no credibility issues raised with respect to the principal applicant's evidence on this point.

[91] It seems clear from the evidence that neither of the applicants have been targeted in the past by the Clansmen gang. In my view, the RPD was reasonable in rejecting the secondary applicant's attempts to link what had occurred to her to the principal applicant and her fears of the gang. The secondary applicant did not provide meaningful responses to questions she was asked

surveillaient depuis un certain temps. Elle a cru que les bandits cherchaient une personne possédant certaines qualités, comme quelqu'un qui habite un bon voisinage où les gens sont bien nantis, qui avait une voiture dispendieuse et un bon emploi. Bref, la demandeuse a cru que les bandits cherchaient quelqu'un de fortuné plutôt qu'un citoyen jamaïcain moyen. Elle a soutenu qu'elle correspondait à ce profil. Elle était d'accord avec le tribunal, à savoir que les bandits cherchaient quelqu'un qui possédait ces qualités, et qu'une personne ayant ces qualités et s'étant trouvée dans cette localité à ce moment précis aurait été enlevée par les bandits, peu importe qui elle était.

[88] La SPR a l'obligation de se pencher sur tous les aspects de la persécution et du risque qui ressortent des faits qui lui sont soumis, mais on ne peut lui reprocher de ne pas avoir considéré quelque chose qui n'a pas été soulevé et pour lequel on n'a présenté aucun élément de preuve, particulièrement du fait que la demanderesse principale a convenu que ses agresseurs l'auraient enlevée peu importe qui il ou elle était pourvu qu'elle ait les qualités énoncées. Voir *Viafara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1526, au paragraphe 24; *Pierre-Louis*, précité, au paragraphe 3.

[89] À mon avis, la seule question de fond soulevée par les demanderesse est celle-ci : la SPR a-t-elle adéquatement cherché à savoir si, bien qu'elles aient été victimes d'un crime généralisé dans le passé, le risque de représailles n'était pas un risque auquel les autres Jamaïcains étaient exposés?

[90] La demanderesse principale affirme craindre des représailles en raison du fait qu'elle a témoigné contre le gang Clansmen. Il en est résulté l'identification des meurtriers du neveu du surintendant principal et la mort ultérieure de l'un des membres du gang, tué par la police. La déposition de la demanderesse principale sur ce point n'a donné lieu à aucune question quant à sa crédibilité.

[91] Il semble ressortir clairement de la preuve que les demanderesse n'ont été ni l'une ni l'autre ciblées dans le passé par le gang Clansmen. À mon avis, la décision de la SPR de rejeter la tentative de la demanderesse secondaire de lier ce qui lui était arrivé avec la défenderesse principale et sa crainte du gang était raisonnable. La demanderesse principale n'a pas répondu de manière

on point and what she did say was too vague to raise any connection.

[92] So all I am concerned with here is whether the RPD reasonably addressed the prospective risks of targeting raised by the principal applicant in her evidence.

[93] In *Santos Mancía*, above, Justice Judith Snider has the following to say on point, at paragraph 18:

Someone who is attacked and fears that attacks may occur in the future will no doubt see the attack as personalized. However, if that initial attack was based on a generalized risk, it would likely not be unreasonable for the Board to find that any future risk of an attack was a risk faced generally by the population. That was the situation considered by the Court in *Prophète v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 331 (aff'd 2009 FCA 31). If however, the first attack took place for a unique or individualized reason, it may be that the risk is not generalized (see, for example, *Pineda*, above).

[94] The issue of targeting is very fact-driven. Justice Snider recently made this clear in *Pineda*, above, at paragraphs 12–13:

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

In virtually all of the cases cited by the Respondent, the applicants were not targeted personally *per se*. While the gangs may have known their names, their personal information, and may have even threatened them or assaulted them on a number

utile aux questions qui lui ont été posées sur ce point et ce qu'elle a dit était trop vague pour faire établir l'existence d'un lien quelconque.

[92] Par conséquent, la seule question qui me préoccupe ici est celle de savoir si la SPR a traité de manière raisonnable des risques éventuels d'être ciblée que la demanderesse principale a soulevés dans la preuve qu'elle a soumise.

[93] Dans la décision *Santos Mancía*, précitée, la juge Judith Snider a dit ce qui suit sur ce point au paragraphe 18 :

Une personne victime d'agression qui craint de subir de nouvelles agressions y verra assurément quelque chose de personnel. Si toutefois l'agression initiale correspondait à un risque généralisé, il ne serait vraisemblablement pas déraisonnable pour la Commission de conclure que tout risque futur constitue un risque couru par la population en général. C'est sur une telle situation que la Cour s'est penchée dans *Prophète c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 331 (conf. 2009 CAF 31). Il se peut cependant que le risque ne soit pas généralisé si le motif de la première agression était unique et propre à un individu (se reporter par exemple à *Pineda*, précitée).

[94] La question du ciblage dépend dans une grande mesure des faits. La juge Snider a expliqué cela clairement dans la décision *Pineda*, précitée, aux paragraphes 12 et 13 :

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

Dans pratiquement toutes les affaires citées par le défendeur, les demandeurs n'étaient pas ciblés personnellement. Les gangs connaissaient peut-être leurs noms, des renseignements personnels à leur sujet, et les avaient peut-être menacés ou

of occasions, the nature of the threat was still generalized. The gang could have gone after anyone with perceived wealth, or any young person who may be recruited into their gang. These people were essentially means to an end for the gang members. I doubt that it really mattered whether person A or person B gave the gang the money for which they were searching, even if both parties were personally threatened. Similarly, I doubt that it really mattered whether person C or person D joined their cause, provided that they continued to increase their membership. The situation before me is fundamentally different. The Applicant presented a story to the Board of being at risk because he was perceived to be a person who “ratted out” an individual gang member.

[95] On the facts of the present case, the principal applicant does not claim that she has been personally targeted by the Clansmen gang in the past. She fears that she will be targeted if returned to Jamaica because of the role she played in the events that led to the death of a gang member. In other words, the principal applicant is speculating about what might happen to her if she is returned to Jamaica because she witnessed a crime and gave evidence to the police that connects her to the death of a gang member at the hands of the police. The evidence is that the Clansmen gang operates throughout Jamaica and no one is beyond their reach. The evidence is also that the principal applicant’s employer considered the threat to her personal safety to be so serious that the employers hired a bodyguard to protect her and then advised her to leave Jamaica.

[96] The applicants rely upon the case of *Diaz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 705, and the guidance provided by Justice Beaudry, at paragraphs 15–19:

The applicant submits that the Board had no doubt that the applicant faced a risk in El Salvador (decision, para 15) but found that the risk was not personalized as it was shared by most other Salvadorans. Later on at para 19 the Board wrote “... While you may be specifically targeted, you would be the victim of the general and horrific crime problem in El Salvador. Your risk is no greater or different from most other residents there and your case is therefore not distinguished”. The applicant argues that where there is specific targeting there is

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

[95] Au vu des faits de l’espèce, la demanderesse principale ne prétend pas qu’elle a été personnellement ciblée par le gang Clansmen dans le passé. Elle craint d’être ciblée si elle retourne en Jamaïque en raison du rôle qu’elle a joué dans les événements qui ont conduit à la mort d’un membre du gang. En d’autres mots, la demanderesse principale fait une conjecture sur ce qui pourrait lui arriver si elle était renvoyée en Jamaïque parce qu’elle a été témoin d’un crime et qu’elle a donné à la police un témoignage qui a eu pour effet de l’associer à la mort d’un membre du gang, abattu par la police. Selon la preuve, le gang Clansmen est actif dans toute la Jamaïque et personne n’est à l’abri. Il ressort également de la preuve que l’employeur de la demanderesse principale considérait la menace à la sécurité personnelle de celle-ci comme suffisamment sérieuse pour embaucher un garde du corps afin de la protéger et pour lui conseiller de quitter la Jamaïque.

[96] Les demanderesse invoquent la décision *Diaz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 705, et les orientations données par le juge Beaudry aux paragraphes 15 à 19 :

Le demandeur fait valoir que la Commission ne doutait pas que le demandeur fût exposé à un risque au Salvador (décision, paragraphe 15), mais qu’elle a néanmoins conclu que le risque n’était pas personnel, car la plupart des autres Salvadoriens y étaient exposés. Plus loin, au paragraphe 19, la Commission écrit : « [...] Bien que vous puissiez être pris pour cible personnellement, vous ne seriez que la victime de l’horrible problème de la criminalité généralisée qui sévit au Salvador. Le risque auquel vous êtes exposé est le même

personalized risk and relies on *Martinez Pineda v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 365. Therefore, the Board's decision cannot stand because the conclusion is not justifiable and is contradictory to its findings that the applicant may be specifically targeted in El Salvador.

The respondent, on the other hand, alleges that under section 97 of the Act, it is the applicant that has the burden of demonstrating that he personally faces a risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to El Salvador.

He underscores that the Board carefully weighed and assessed the objective country conditions evidence in El Salvador and noted that gang violence was widespread and pervasive and that no one was immune. Therefore, the Board did not err in finding that the applicant had failed to establish that the risk he faced was a personalized risk rather than a generalized one.

The Court does not agree with the proposition advanced by the respondent. In the case at bar, the applicant has been found credible, his evidence trustworthy and reliable. The Board accepted at para 15 that the applicant was at risk and at para 19 that he was specifically targeted. There are no explanations for these findings. Is it because of the applicant's son's murder that gang members would kill him fearing that he would avenge his death? Or because the applicant's allegations were found credible? When an applicant's credibility is not in question, the Board has the duty to fully analyze and appreciate the personalized risk faced by that applicant in order to render a complete analysis of his claim for asylum under section 97 of IRPA, *Zacarias v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2011 FC 62 para 17.

The Board's conclusion that the applicant is at no greater risk than other Salvadorans cannot be justified when it already accepted that he was at risk and specifically targeted. This outcome is outside the range of acceptable ones as qualified in *Dunsmuir* at para 47.

[97] The problem on the present facts is that there is no finding that the principal applicant is at risk, or that she has been specifically targeted. In fact, the evidence

risque qu'encourent la majorité des autres résidents du pays, et votre cas n'est donc pas particulier ». Le demandeur soutient que dans les cas de ciblage précis, il existe un risque personnel, et il invoque *Martinez Pineda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 365. Par conséquent, la décision de la Commission est invalide puisque la conclusion qu'elle a tirée n'est pas justifiable et contredit sa constatation selon laquelle le demandeur pourrait être personnellement pris pour cible au Salvador.

Pour sa part, le défendeur allègue que, pour l'application de l'article 97 de la Loi, c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer qu'il est personnellement exposé à une menace à sa vie ou à un risque de traitements ou de peines cruels et inusités s'il est renvoyé au Salvador.

Le défendeur souligne que la Commission a soigneusement soupesé et apprécié la preuve objective sur la situation qui règne au Salvador et qu'elle a constaté que la violence imputable aux gangs était répandue et généralisée et que personne n'était à l'abri de cette violence. Par conséquent, la Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que le demandeur n'avait pas démontré que le risque auquel il était exposé était un risque personnel plutôt qu'un risque général.

La Cour n'est pas d'accord avec la thèse du défendeur. Dans le cas qui nous occupe, la Commission a jugé que le demandeur était crédible et que son témoignage était digne de foi et fiable. La Commission a reconnu, au paragraphe 15 de sa décision, que le demandeur était exposé à un risque, et, au paragraphe 19, qu'il était personnellement pris pour cible. Aucune explication ne justifie ces conclusions. Est-ce parce que, en raison de l'assassinat du fils du demandeur, des membres d'un gang le tueraient craignant qu'il se venge de cette mort? Ou est-ce parce que les allégations du demandeur ont été jugées crédibles? Lorsque la crédibilité d'un demandeur n'est pas mise en doute, la Commission est tenue d'apprécier rigoureusement le risque personnel auquel il est exposé afin de procéder à une analyse complète de sa demande d'asile au titre de l'article 97 de la LIPR, *Aguilar Zacarias c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2011 CF 62, paragraphe 17.

La conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur n'était pas exposé à un risque plus grand que d'autres Salvadoriens ne peut se justifier, car la Commission avait déjà reconnu qu'il était exposé à un risque et qu'il était personnellement pris pour cible. Cette conclusion n'appartient pas aux issues acceptables comme il est dit dans l'arrêt *Dunsmuir* au paragraphe 47.

[97] Le problème que posent les faits de la présente espèce est qu'il n'a nullement été conclu que la demande principale était exposée à des risques ou qu'elle

is clear that she has not been specifically targeted. She fears that she will be targeted in the future.

[98] The RPD addresses the issue in the following way, at paragraph 22 of the decision:

The Board finds that the claimant is a victim of forcible confinement, robbery and assault; but these crimes are widespread in Jamaica and are not specific to the claimant. There was no persuasive evidence before the Board that the claimant was targeted for any other reason than she was perceived as being generally well-off and/or having money due to the type of car she had, where she lived and the job she had. The same is true for the mother, that there was no persuasive evidence that the mother was specifically targeted; in the mother's case, she was a potential victim of general crime and violence. On the issue of generalized violence, with respect to a risk to their lives, or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment, the Board finds that the claimant and her mother did suffer incidents of harm. However, they have not established an identifiable risk that is distinguishable from that of the general population. The Board finds that the claimants' fears of generalized risk is one that is faced by all citizens of Jamaica or, in this particular case, by those in Jamaica who are perceived to be well-off. The Refugee Protection Division does not have a specific legal mandate that extends its protection to persons such as these claimants.

[99] There is nothing unreasonable about the RPD's conclusions about past targeting. It is the conclusions about the future that are troubling. On this issue the RPD says that the applicants "have not established an identifiable risk that is distinguishable from that of the population" and that "the claimants' fears of generalized risk is one that is faced by all citizens of Jamaica, or, in this particular case, by those in Jamaica who are perceived to be well-off."

[100] So it is clear that, in considering future risk to the applicants, the RPD only considered that risk from the perspective of someone who is "well-off." But, as the principal applicant made clear, and as the RPD recited in the facts, the principal applicant's fear of targeting in the future is not based upon her being

avait été expressément ciblée. En fait, il ressort clairement de la preuve qu'elle ne l'avait pas été. Elle craint d'être ciblée dans l'avenir.

[98] La SPR a traité de la question dans les termes suivants, au paragraphe 22 de sa décision :

La Commission conclut que la demandeur d'asile a été victime de séquestration, de vol qualifié et d'agression, mais ces crimes sont répandus en Jamaïque et ne sont pas exclusifs à la demandeur d'asile. La Commission ne dispose pas d'élément de preuve convaincant selon lequel la demandeur d'asile a été ciblée pour un motif autre que celui d'avoir été perçue comme étant bien nantie ou ayant de l'argent à cause du genre de voiture qu'elle possédait, de l'endroit où elle habitait et de l'emploi qu'elle occupait. Il en va de même pour la mère : il n'existe pas d'élément de preuve convaincant selon lequel la mère a été précisément ciblée; dans son cas, elle était une victime potentielle d'un crime de droit commun et de violence généralisée. En ce qui concerne la violence généralisée relativement à la menace à leur vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités, la Commission estime que la demandeur d'asile et sa mère ont effectivement subi des préjudices. Elles n'ont cependant pas établi un risque identifiable différent de celui auquel est exposée la population en général. La Commission conclut que la crainte d'un risque généralisé qu'éprouvent les demandeurs d'asile est le même que celui qu'éprouvent tous les citoyens de la Jamaïque ou, en l'espèce, tous ceux qui sont perçus en Jamaïque comme étant bien nantis. La Section de la protection des réfugiés n'a pas de mandat précis conféré par la *Loi* pour offrir une protection à des personnes comme les demandeurs d'asile en l'espèce.

[99] Il n'y a rien de déraisonnable dans les conclusions de la SPR sur le ciblage passé. Ce sont les conclusions sur l'avenir qui sont troublantes. À ce sujet, la SPR déclare que les demanderesse n'ont « pas établi un risque identifiable différent de celui auquel est exposée la population en général » et que « la crainte d'un risque généralisé qu'éprouvent les demandeurs d'asile est le même que celui qu'éprouvent tous les citoyens de la Jamaïque ou, en l'espèce, tous ceux qui sont perçus en Jamaïque comme étant bien nantis ».

[100] Par conséquent, il est clair que, en examinant les risques futurs auxquels les demanderesse sont exposées, la SPR n'a considéré ces risques que dans la perspective d'une personne qui est « bien nantie ». Mais, comme la demanderesse principale l'a clairement expliqué et comme la SPR l'a énoncé dans son exposé des

“well-off.” It is based, rather, on her fear that she is now associated with the death of a Clansman gang member and that she will, as a result, be specifically targeted by a powerful and vindictive gang. Her employer obviously shared those fears and provided personal protection, so the principal applicant has some support for her views of what will happen to her.

[101] In focusing on the “well-off” issue, the RPD appears to have overlooked this aspect of prospective risk. I am not saying that the RPD should have found that the applicants faced a personalized risk if returned to Jamaica. What I am saying is that the fear of prospective harm at the hands of the Clansmen gang because of the principal applicant’s role in assisting the police and the death of a gang member was really the heart of their claim, and I think it was unreasonable for the RPD not to address this stated fear and consider whether, on the facts of this particular case, it raised a personalized risk. See *Zacarias*, above, at paragraph 17.

[102] Because the RPD did not consider this aspect of the claim with regard to the principal applicant, it also failed to consider whether, notwithstanding the secondary applicant’s lack of coherent evidence, she would face a similar risk of targeting if returned because of her close association with the principal applicant and the evidence that the Clansmen gang are quite willing and able to harm family members of targets they cannot reach. In other words, does the secondary applicant face a specialized risk because of her close family connection to the principal applicant?

[103] Counsel agree there is no question for certification and the Court concurs.

faits, la crainte de la demanderesse principale ne reposait pas sur le fait qu’elle était « bien nantie ». Elle repose plutôt sur sa crainte d’être désormais associée à la mort d’un membre du gang Clansmen et d’être, en conséquence, expressément ciblée par un gang puissant et vindicatif. Son employeur partageait manifestement ces craintes et a accordé une protection personnelle à la demanderesse principale, de sorte que celle-ci jouit d’un certain soutien quant à son point de vue sur ce qui lui arrivera.

[101] En se concentrant sur la question de la qualité de personne « bien nantie », la SPR semble avoir négligé cet aspect du risque éventuel. Je ne dis pas que la SPR aurait dû conclure que les demandereses seraient exposées à un risque personnalisé si elles étaient renvoyées en Jamaïque. Ce que je dis c’est que la crainte de la demanderesse principale que le gang Clansmen lui inflige un préjudice éventuel en raison de l’aide apportée à la police et de la mort d’un membre du gang était réellement au cœur de leur demande et j’estime qu’il était déraisonnable de la part de la SPR de ne pas traiter de cette crainte et de ne pas considérer la question de savoir si, au vu des faits de l’espèce, il existait un risque personnalisé. Voir la décision *Zacarias*, précitée, au paragraphe 17.

[102] Comme elle n’a pas considéré cet aspect de la demande d’asile de la demanderesse principale, la SPR a aussi fait défaut de chercher à savoir si, en dépit du manque d’éléments de preuve cohérents de la demanderesse secondaire, celle-ci serait exposée à un risque analogue d’être ciblée en raison de son lien étroit avec la demanderesse principale et de tenir compte de la preuve selon laquelle le gang Clansmen était tout à fait disposé à causer des préjudices à des membres de la famille de cibles qu’il ne peut pas atteindre, et qu’il en était capable. En d’autres termes, la demanderesse secondaire est-elle exposée à un risque spécial en raison de son lien de famille étroit avec la demanderesse principale?

[103] Les avocats conviennent qu’il n’y a pas de question à certifier et la Cour est d’accord.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is allowed. The decision is quashed and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted RPD.
2. There is no question for certification.

## JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SPR pour qu'il procède à un nouvel examen.
2. Il n'y a aucune question à certifier.



T-1604-09  
2011 FC 1322

T-1604-09  
2011 CF 1322

**Josette Wier** (*Applicant*)

**Josette Wier** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Health** (*Respondent*)

**Le ministre de la Santé** (*défendeur*)

**INDEXED AS: WIER v. CANADA (HEALTH)**

**RÉPERTORIÉ : WIER c. CANADA (SANTÉ)**

Federal Court, Kelen J.—Vancouver, August 23 and 24; Ottawa, November 21, 2011.

Cour fédérale, juge Kelen—Vancouver, 23 et 24 août; Ottawa, 21 novembre 2011.

*Health and Welfare — Environment — Judicial review of respondent's decision not to initiate "special review" of health or environmental risks of certain pest control products under Pest Control Products Act, s. 17 — Applicant requesting that respondent initiate "special review" of registered pesticide glyphosate containing polyoxyethylene tallow amines (POEA) (pesticide) — Pesticide aerially sprayed in forests near where applicant living; concerned about health, environmental risks thereof — Pest Management Regulatory Agency (Regulatory Agency), charged with administering Act, Regulations, concluding that applicant having failed to bring enough new evidence of unacceptable risk to amphibians to support s. 17 special review — Informing applicant that re-evaluation of glyphosate under Act, s. 16 anticipated in near future, therefore suggesting that special review under s. 17 not necessary — Whether respondent erring by considering only new evidence on record rather than entire body of evidence relevant to existence of environmental risk; by concluding that mandatory special review under Act, s. 17 not required if respondent intending to engage in periodic review under s. 16 in near future; in interpreting evidentiary threshold required to initiate special review under s. 17; in interpreting respondent's statutory obligation to apply precautionary principle; by finding that glyphosate herbicides containing POEA not presenting unacceptable risk — Respondent obliged to consider all evidence in determining existence of whether reasonable grounds for finding risk unacceptable — Respondent understanding duty herein — However, decision repeatedly referring to re-evaluation of pesticide under Act, s. 16; thus suggesting s. 17 special review not necessary — Respondent fettering discretion under s. 17 because s. 16 re-evaluation of same environmental risks planned, erring in law by misinterpreting mandatory wording of s. 17 — In present case, conflicting evidence on record that pesticide in issue presenting acceptable risk to amphibians in ephemeral wetlands — Respondent erring in interpreting evidentiary threshold required to initiate special review under Act, s. 17 regarding possible environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands from silvicultural*

*Santé et bien-être social — Environnement — Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de ne pas procéder à l'« examen spécial » des risques sanitaires ou environnementaux associés à certains produits antiparasitaires, aux termes de l'art. 17 de la Loi sur les produits antiparasitaires — La demanderesse a demandé au défendeur de procéder à l'« examen spécial » du pesticide homologué glyphosate, qui contient des amines de suif polyéthoxylées (POEA) (le pesticide) — Le pesticide est pulvérisé par voie aérienne sur des forêts près du lieu de résidence de la demanderesse et celle-ci s'inquiète des risques que présente le produit pour l'environnement et la santé — L'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire (l'Agence réglementaire), chargée d'appliquer la Loi et ses règlements, a conclu que la demanderesse n'avait pas présenté suffisamment de nouvelles données montrant des risques inacceptables pour les amphibiens pour justifier un examen spécial aux termes de l'art. 17 — L'Agence a informé la demanderesse qu'une réévaluation du glyphosate en vertu de l'art. 16 de la Loi était prévue dans un avenir rapproché, ce qui donnait à penser qu'un examen spécial en vertu de l'art. 17 n'était pas nécessaire — Il s'agissait de savoir si le défendeur a commis une erreur en ne tenant compte que de nouvelles données au dossier, plutôt que d'examiner l'intégralité de la preuve se rapportant à l'existence d'un risque environnemental; en concluant qu'un examen spécial obligatoire au titre de l'art. 17 n'était pas requis si le défendeur avait l'intention de procéder à un examen périodique au titre de l'art. 16 dans un avenir rapproché; en interprétant le niveau de preuve exigé pour procéder à un examen spécial au titre de l'art. 17; en interprétant l'obligation du défendeur d'appliquer le principe de précaution; et en concluant que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA ne présentent pas un risque inacceptable — Le défendeur était tenu d'examiner l'ensemble des données pour établir s'il existait des motifs raisonnables de conclure à l'existence d'un risque inacceptable — Le défendeur a bien compris son obligation en l'espèce — Toutefois, la décision a mentionné à plusieurs reprises la réévaluation du pesticide en vertu de l'art. 16, laissant entendre qu'il n'était*

*use of pesticide in issue — Based on precautionary principle, given opinions within Regulatory Agency on both sides of question as to whether pesticide presenting unacceptable environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands, respondent would be required to initiate special review thereinto — Decision herein not transparent or intelligible because not expressly addressing narrow environmental risk at issue — Evidence regarding risk not properly documented in record such that could be relied upon as basis for decision — Argument that no practical value to applicant to refer matter back to respondent rejected — If criteria for special review under s. 17 having been met, respondent must conduct special review, which can co-exist with s. 16 re-evaluation of pesticide — Applicant entitled to proper analysis regarding pesticide issue raised thereby — Application allowed.*

*donc pas nécessaire de procéder à un examen spécial en vertu de l'art. 17 — Le défendeur a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire découlant de l'art. 17 parce qu'une réévaluation des mêmes risques environnementaux au titre de l'art. 16 était prévue, et a commis une erreur en droit en interprétant mal le libellé impératif de l'art. 17 — En l'espèce, les éléments de preuve au dossier étaient contradictoires quant à savoir si le pesticide en cause présente un risque acceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères — Le défendeur a commis une erreur dans son interprétation du niveau de preuve requis pour procéder, en vertu de l'art. 17 de la Loi, à un examen spécial concernant le risque environnemental possible que présente l'utilisation sylvicole du pesticide en cause pour les amphibiens dans les terres humides éphémères — D'après le principe de précaution, et compte tenu du fait que les opinions étaient partagées au sein de l'Agence réglementaire quant à savoir si le pesticide présente un risque environnemental inacceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères, le défendeur devrait être obligé de procéder à un examen spécial sur la question — La décision n'était ni transparente, ni intelligible, puisqu'elle n'abordait pas expressément le risque environnemental limité dont il était question en l'espèce — La preuve se rapportant au risque n'était pas correctement documentée dans le dossier de manière à pouvoir étayer la décision — L'argument selon lequel la demanderesse ne retirera aucun bénéfice pratique du renvoi de l'affaire au défendeur a été rejeté — Si les critères relatifs à l'examen spécial prévu à l'art. 17 sont remplis, le défendeur doit procéder à cet examen, qui peut coïncider avec une réévaluation du pesticide au titre de l'art. 16 — La demanderesse a droit à une analyse convenable de la question relative au pesticide soulevée en l'espèce — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of the respondent's decision not to initiate a "special review" of the health or environmental risks of certain pest control products under section 17 of the *Pest Control Products Act*. The applicant made a request to the respondent to initiate a "special review" of the registered pesticide glyphosate containing polyoxyethylene tallow amines (POEA) (the pesticide). The pesticide is aerially sprayed in forests near where the applicant lives and she is concerned about the health and environmental risks thereof. Glyphosate is a herbicide registered under the Act for many uses and in many locations, including killing weeds in forests. POEA are formulants added to glyphosate products to facilitate the spread thereof on the leaves' surfaces. Under subsection 17(1) of the Act, the respondent has an obligation to initiate a review if there are reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the pesticide are unacceptable or the value of the pesticide is unacceptable. Also, under subsection 17(4), any person may make a request that

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du défendeur de refuser de procéder à l'« examen spécial » des risques sanitaires ou environnementaux associés à certains produits antiparasitaires, aux termes de l'article 17 de la *Loi sur les produits antiparasitaires*. La demanderesse a demandé au défendeur de procéder à l'« examen spécial » du pesticide homologué glyphosate, qui contient des amines de suif polyéthoxylées (POEA) (le pesticide). Le pesticide est pulvérisé par voie aérienne sur des forêts près du lieu de résidence de la demanderesse, et celle-ci s'inquiète des risques que présente le produit pour l'environnement et la santé. Le glyphosate est un herbicide homologué en vertu de la Loi pour de nombreuses utilisations dans de nombreux types de lieux, notamment en forêt pour tuer la végétation concurrente. Les POEA sont des produits de formulation ajoutés aux pesticides à base de glyphosate pour leur permettre de s'étendre uniformément à la surface des feuilles. En vertu du paragraphe 17(1) de la Loi, le défendeur est tenu de procéder à un

the respondent initiate a special review of the safety of a particular pesticide.

The applicant made distinct requests under three subsections of section 17 of the Act. In her subsection 17(1) request, she stated that there was significant new evidence which provides reasonable grounds to believe that glyphosate herbicides containing POEA pose unacceptable risks to health or to the environment. The only aspect of the request for review the applicant ultimately relied on was the possible environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands from the silvicultural use of the pesticide.

The respondent has delegated responsibility for evaluating requests for special review to the Pest Management Regulatory Agency (Regulatory Agency) at Health Canada, which is an agency of experts at Health Canada charged with administering the Act and its Regulations. The Regulatory Agency has developed a process for reviewing and responding to requests for special review which involves three steps: risk assessments by teams of scientists; review by the “Special Operations Committee” of the Regulatory Agency; and review and final decision by the “Science Management Committee” of the Regulatory Agency.

In the present case, the Regulatory Agency concluded that the applicant had failed to bring enough new evidence of unacceptable risk to amphibians to support a special review. It informed the applicant that a re-evaluation of glyphosate under section 16 of the Act was anticipated in the near future, therefore suggesting that a special review under section 17 was not necessary.

The issues were whether the respondent erred: by only considering “new evidence” and by failing to consider the entire body of evidence relevant to the existence of an environmental risk, including information that the respondent had prior to the applicant’s request; by concluding that a mandatory special review under section 17 is not required if the respondent intends to engage in a periodic review under section 16 of the Act in the near future; in interpreting the evidentiary threshold required to initiate a special review under section 17; in interpreting the respondent’s statutory obligation to apply the precautionary principle; and by making the finding that glyphosate herbicides containing POEA do not present an unacceptable risk because the finding was unreasonable.

examen spécial s’il a des motifs raisonnables de croire que les risques sanitaires ou environnementaux ou que la valeur du pesticide sont inacceptables. De plus, aux termes du paragraphe 17(4), toute personne peut demander au défendeur de procéder à un examen spécial de l’innocuité d’un pesticide particulier.

La demanderesse a fait des demandes distinctes en vertu de trois paragraphes de l’article 17 de la Loi. Dans sa demande concernant le paragraphe 17(1), elle a soutenu que de nouvelles données importantes offrent des motifs raisonnables de croire que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA présentent des risques inacceptables pour la santé ou l’environnement. Le seul aspect de la demande d’examen spécial sur lequel s’est ultimement appuyée la demanderesse est le risque environnemental possible que présente l’utilisation sylvicole du pesticide pour les amphibiens, dans les terres humides éphémères.

Le défendeur a délégué l’évaluation des demandes d’examen spécial à l’Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire de Santé Canada (l’Agence réglementaire), composée d’experts de Santé Canada chargés d’appliquer la Loi et ses règlements. L’Agence réglementaire a mis au point un processus d’examen et de réponse aux demandes d’examen spécial qui se divise en trois étapes : évaluation des risques par des équipes de scientifiques; examen par le « Comité des opérations scientifiques » de l’Agence réglementaire; et examen et décision finale par le « Comité de gestion scientifique » de l’Agence réglementaire.

En l’espèce, l’Agence réglementaire a conclu que la demanderesse n’avait pas présenté suffisamment de nouvelles données montrant des risques inacceptables pour les amphibiens pour justifier un examen spécial. L’Agence a informé la demanderesse qu’elle prévoyait réévaluer le glyphosate en vertu de l’article 16 de la Loi dans un avenir rapproché, donnant ainsi à penser qu’un examen spécial en vertu de l’article 17 n’était pas nécessaire.

Il s’agissait de savoir si le défendeur a commis une erreur en ne tenant compte que de « nouvelles données » et en n’examinant pas l’intégralité de la preuve se rapportant à l’existence d’un risque environnemental, et notamment les renseignements dont il disposait avant que la demanderesse ne présente sa demande; en concluant qu’un examen spécial obligatoire au titre de l’article 17 n’est pas requis si le défendeur a l’intention de procéder à un examen périodique au titre de l’article 16 de la Loi dans un avenir rapproché; en interprétant le niveau de preuve exigé pour procéder à un examen spécial au titre de l’article 17; en interprétant l’obligation du défendeur d’appliquer le principe de précaution; et en concluant que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA ne présentent pas un risque inacceptable.

*Held*, the application should be allowed.

The respondent had an obligation to consider all of the evidence in determining whether there are reasonable grounds for finding a risk unacceptable. The Act specifies neither that the evidence presented in the request for a special review be significant nor new—this was language chosen by the applicant as grounds for initiating the special review. Nevertheless, the respondent understood her duty. The reports submitted by the scientists indicated that they were evaluating the applicant's evidence in light of their existing knowledge, which included all of the evidence in their possession. The respondent's conclusion was not that the evidence had already been considered and, therefore, did not present reasonable grounds for believing there to be an unacceptable risk but rather that the evidence did not raise any concerns that there was an unacceptable risk.

The decision did not explicitly address the alleged risk of the pesticide to amphibians in ephemeral wetlands, which are aerially sprayed in silviculture. However, the letter repeatedly referred to the re-evaluation of the pesticide under section 16 of the Act suggesting that a special review under section 17 was therefore not necessary. The respondent fettered her discretion under section 17 because a section 16 re-evaluation of the same environmental risks was planned; thus she erred in law by misinterpreting the mandatory wording of section 17, which requires that a "special review" be conducted regardless of whether a section 16 re-evaluation is planned or is underway.

With regard to the proper test that the respondent must use to determine whether to initiate a special review under subsection 17(1) of the Act, it was found that "reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the product are, or its value is, unacceptable" means the respondent has compelling and credible evidence that gives rise to a serious possibility that the pesticide may cause an unacceptable health or environmental risk. From another statutory perspective, in accordance with the definition of an "acceptable" risk in subsection 2(2) of the Act, the respondent is reasonably certain that the pesticide will cause no harm to human health or the environment taking into account its conditions of use. Based on the record herein, there was conflicting evidence that the pesticide in issue presented an acceptable risk to amphibians in ephemeral wetlands which are aerially sprayed with the pesticide in silviculture. Some of the evidence recognized that there was uncertainty about whether the pesticide will harm amphibians in that environment. Therefore, the respondent erred in interpreting the evidentiary threshold required to initiate a special review

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le défendeur était tenu d'examiner l'ensemble des données pour établir s'il existait des motifs raisonnables de conclure à l'existence d'un risque inacceptable. La Loi ne précise pas que les données présentées aux fins de la demande d'examen spécial doivent être importantes ou nouvelles — termes qu'a utilisés la demanderesse pour justifier un examen spécial. Quoi qu'il en soit, le défendeur a bien compris son obligation. Les rapports soumis par les scientifiques indiquent qu'ils ont évalué les données fournies par la demanderesse à la lumière de leurs connaissances actuelles, ce qui incluait toutes les données en leur possession. Le défendeur n'a pas conclu que les données avaient déjà été examinées et qu'elles ne fournissaient donc aucun motif raisonnable de croire qu'il existait un risque inacceptable, mais plutôt qu'elles ne soulevaient aucune préoccupation liée à l'existence d'un tel risque.

La décision n'a pas explicitement abordé le risque allégué que présenterait le pesticide pour les amphibiens dans les terres humides éphémères sur lesquelles l'herbicide est pulvérisé par voie aérienne à des fins sylvicoles. Toutefois, dans sa lettre, l'Agence réglementaire a mentionné à plusieurs reprises la réévaluation du pesticide en vertu de l'article 16 de la Loi, laissant entendre qu'il n'était donc pas nécessaire de procéder à un examen spécial en vertu de l'article 17. Le défendeur a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire découlant de l'article 17 parce qu'une réévaluation des mêmes risques environnementaux au titre de l'article 16 était prévue; le défendeur a donc commis une erreur de droit en interprétant mal le libellé impératif de l'article 17, en vertu duquel un « examen spécial » doit avoir lieu, sans égard au fait qu'une réévaluation aux termes de l'article 16 est prévue ou en cours.

Quant au critère que le défendeur doit appliquer pour déterminer l'opportunité d'un examen spécial au titre du paragraphe 17(1) de la Loi, il a été estimé que la phrase « des motifs raisonnables de croire que la valeur du produit ou les risques sanitaires ou environnementaux qu'il présente sont inacceptables » signifie que le défendeur doit disposer d'éléments de preuve convaincants et crédibles soulevant la possibilité sérieuse que le pesticide entraîne un risque sanitaire ou environnemental inacceptable. Par ailleurs, suivant la définition du « risque acceptable » figurant au paragraphe 2(2) de la Loi, le défendeur doit être raisonnablement certain que ce pesticide ne causera aucun dommage à la santé humaine ou à l'environnement, compte tenu de ses conditions d'utilisation. Selon le dossier en l'espèce, les éléments de preuve sont contradictoires quant à savoir si le pesticide en cause présente un risque acceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères touchées par la pulvérisation aérienne du produit à des fins sylvicoles. Une partie de la preuve reconnaissait qu'il y a une incertitude sur la question de savoir si le pesticide nuit aux amphibiens dans ces milieux.

under section 17 of the Act regarding one small aspect of the request (i.e. possible environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands from the silvicultural use of the pesticide).

As to the respondent's interpretation of his statutory obligation to apply the precautionary principle, as stated in subsection 20(2) of the Act, with opinions within the Regulatory Agency on both sides of the question as to whether the pesticide presents an unacceptable environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands, the precautionary principle would require that the respondent initiate a special review into that issue.

Regarding the respondent's finding that glyphosate herbicides containing POEA do not present an unacceptable risk, the respondent's decision would be reasonable where it was based on the evidence, was justified, transparent and intelligible and where it fell within the range of acceptable outcomes. In this case, there was evidence on both sides of the issue. Moreover, the decision was not transparent or intelligible because the decision did not expressly address the narrow environmental risk at issue in this case. It was understandable that the decision did not expressly address this narrow risk since the applicant's letter requesting the special review barely referred to it and instead emphasized a health risk and other issues. At the same time, since the application sought review on this narrow ground, the decision was not transparent or intelligible regarding this risk and the evidence with respect thereto was not properly documented in the record such that it could be relied upon as the basis for the decision.

The respondent's argument that there would be little, if any, practical value to the applicant to refer the matter back to the respondent since the section 16 re-evaluation of the pesticide was underway was rejected. If the criteria for a special review under section 17 have been met, Parliament mandates that the respondent shall conduct the special review. The special review can co-exist with the section 16 re-evaluation of the pesticide. The special review will be narrower than the comprehensive re-evaluation being conducted and will thus be targeted and possibly quicker. The applicant was entitled to a proper analysis as to whether the pesticide in issue presented an environmental risk to amphibians inhabiting ephemeral wetlands, which are subject to the aerial spraying of the pesticide in silviculture.

En conséquence, le défendeur a commis une erreur dans son interprétation du niveau de preuve requis pour procéder, en vertu de l'article 17 de la Loi, à un examen spécial sur un seul petit aspect de la demande (à savoir, le risque environnemental possible que présente l'utilisation sylvicole du pesticide pour les amphibiens dans les terres humides éphémères).

En ce qui a trait à l'interprétation qu'a faite le défendeur de son obligation d'appliquer le principe de précaution, comme le prévoit le paragraphe 20(2) de la Loi, vu que les opinions au sein de l'Agence réglementaire étaient partagées quant à savoir si le pesticide présente un risque environnemental inacceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères, le principe de précaution devrait obliger le défendeur à procéder à un examen spécial sur la question.

En ce qui concerne la conclusion du défendeur selon laquelle les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA ne présentent pas un risque inacceptable, la décision du défendeur serait raisonnable si elle était fondée sur la preuve, si elle était justifiée, transparente et intelligible, et si elle appartenait aux issues acceptables. Dans la présente affaire, il y avait des données qui étayaient les deux opinions sur la question. De plus, la décision n'était ni transparente, ni intelligible, puisqu'elle n'abordait pas expressément le risque environnemental limité dont il était question en l'espèce. Il était naturel que la décision n'ait pas expressément abordé ce faible risque, étant donné que la lettre à l'appui de la demande d'examen spécial de la demanderesse le mentionnait à peine et qu'elle mettait plutôt l'accent, entre autres, sur un risque sanitaire. En même temps, comme la demande visait le contrôle de la décision en invoquant ce motif restreint, la décision du défendeur n'était ni transparente, ni intelligible en ce qui a trait à ce risque, et la preuve qui s'y rapporte n'était pas correctement documentée dans le dossier de manière à pouvoir étayer la décision.

L'argument du défendeur selon lequel la demanderesse ne retirerait qu'un bénéfice pratique infime ou nul du renvoi de l'affaire devant le défendeur puisque la réévaluation du pesticide au titre de l'article 16 était en cours a été rejeté. Si les critères relatifs à l'examen spécial prévu à l'article 17 sont remplis, le législateur enjoint au défendeur de procéder à cet examen. L'examen spécial peut coïncider avec une réévaluation du pesticide au titre de l'article 16. L'examen spécial aura une portée plus étroite que la réévaluation complète réalisée; il sera donc ciblé et possiblement plus rapide. La demanderesse avait droit à une analyse convenable qui déterminerait si le pesticide en cause présente un risque environnemental pour les amphibiens vivant dans les terres humides éphémères touchées par la pulvérisation aérienne du produit à des fins sylvicoles.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F); 2010-176, s. 11), Tariff B, Column III.  
*Pest Control Products Act*, R.S.C., 1985, c. P-9.  
*Pest Control Products Act*, S.C. 2002, c. 28, ss. 2(1) “environmental risk”, “pest”, “pest control product”, (2), 4, 4.1, 6(1),(5),(9), 16, 17, 20(1),(2).  
*Pest Control Products Regulations*, C.R.C., c. 1253, s. 18.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development in the ECE Region*, UN Doc. A/CONF.151/PC/10 (1990).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8 et al. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.* (1994), 174 N.R. 37 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, 200 D.L.R. (4th) 419, 40 C.E.L.R. (N.S.) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200, 28 Admin. L.R. (4th) 161.

## REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1.

## AUTHORS CITED

Australia. National Registration Authority for Agricultural and Veterinary Chemicals. *NRA Special Review Series 96.1*. “NRA Special Review of Glyphosate”, June 1996, online: <<http://www.apvma.gov.au/products/review/docs/glyphosate.pdf>>.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, ch. 28, art. 2(1) « parasite », « produit antiparasitaire », « risque environnemental », (2), 4, 4.1, 6(1),(5),(9), 16, 17, 20(1),(2).  
*Loi sur les produits antiparasitaires*, L.R.C. (1985), ch. P-9.  
*Règlement sur les produits antiparasitaires*, C.R.C., ch. 1253, art. 18.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F); 2010-176, art. 11), tarif B, colonne III.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable dans la région de la CEE*, Doc. NU A/CONF.151/PC/10 (1990).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, section locale 8 et al. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et al.*, [1994] A.C.F. n° 1067 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100.

## DÉCISION CITÉE :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

## DOCTRINE CITÉE

Australie. National Registration Authority for Agricultural and Veterinary Chemicals. *NRA Special Review Series 96.1*. « NRA Special Review of Glyphosate », juin 1996, en ligne : <<http://www.apvma.gov.au/products/review/docs/glyphosate.pdf>>.

Benachour, N. and G.-E. Séralini. “Glyphosate Formulations Induce Apoptosis and Necrosis in Human Umbilical, Embryonic, and Placental Cells” (2009), 22 *Chem. Res. Toxicol.* 97.

British Columbia. Ministry of Environment. “Literature Review of Impacts of Glyphosate Herbicide on Amphibians: What Risks can the Silvicultural Use of this Herbicide Pose for Amphibians in B.C.?” by Purnima P. Govindarajulu, Ph.D. *Wildlife Report* No. R-28. Victoria, B.C., 2008, online: <<http://stopthespraybc.com/wp-content/uploads/2011/07/Literature-Review-of-Impacts-of-Glyphosate-Herbicide1.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the respondent’s decision not to initiate a “special review” of the health or environmental risks of certain pest control products under section 17 of the *Pest Control Products Act*. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Jason Gratl* for applicant.  
*Lisa Riddle* and *Ken Manning* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Gratl & Company*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] KELEN J.: This is an application for judicial review of a decision, dated August 24, 2009, of the Minister of Health (the Minister), to not initiate a “special review” of the health or environmental risks of certain pest control products under section 17 of the *Pest Control Products Act*, S.C. 2002, c. 28 (the Act).

[2] Under the Act, any person may request a “special review” of the health or environmental risks of a registered pesticide, which the Minister “shall” perform unless there is reasonable certainty that no harm will result from exposure to the pesticide.

Benachour, N. et G.-E. Séralini. « Glyphosate Formulations Induce Apoptosis and Necrosis in Human Umbilical, Embryonic, and Placental Cells » (2009), 22 *Chem. Res. Toxicol.* 97.

Colombie-Britannique. Ministry of Environment. « Literature Review of Impacts of Glyphosate Herbicide on Amphibians: What Risks can the Silvicultural Use of this Herbicide Pose for Amphibians in B.C.? » par Purnima P. Govindarajulu, Ph.D. *Wildlife Report* n° R-28. Victoria, C.-B., 2008, en ligne : <<http://stopthespraybc.com/wp-content/uploads/2011/07/Literature-Review-of-Impacts-of-Glyphosate-Herbicide1.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du défendeur de ne pas procéder à l’« examen spécial » des risques sanitaires ou environnementaux associés à certains produits antiparasitaires, aux termes de l’article 17 de la *Loi sur les produits antiparasitaires*. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Jason Gratl* pour la demanderesse.  
*Lisa Riddle* et *Ken Manning* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gratl & Company*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN : Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire visant la décision du 24 août 2009 par laquelle le ministre de la Santé (le ministre) a refusé de procéder à l’« examen spécial » des risques sanitaires ou environnementaux associés à certains produits antiparasitaires, aux termes de l’article 17 de la *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, ch. 28 (la Loi).

[2] En vertu de la Loi, toute personne peut faire une demande d’« examen spécial » des risques sanitaires ou environnementaux associés à un pesticide homologué, examen auquel le ministre « procède », sauf s’il existe une certitude raisonnable qu’aucun dommage ne découlera de l’exposition au pesticide en question.

[3] The applicant, Josette Wier, did not file an affidavit or attend the hearings. In response to a question from the Court as to the identity of the applicant, counsel for the applicant stated that Josette Wier was an “environmental researcher” in Smithers, B.C. (a town in north-central British Columbia). The applicant was a medical doctor in France but is not qualified to practice medicine in Canada.

## FACTS

### The Applicant’s Section 17 Request

[4] In a 29-page letter dated May 25, 2009, together with a binder of medical and scientific studies, the applicant (through her counsel) made a request to the Minister to initiate a “special review” of the registered pesticide glyphosate containing polyoxyethylene tallow amines (POEA) (the pesticide). Counsel advised the Court that the pesticide is aerially sprayed in forests near where the applicant lives, and that she is concerned about the health and environmental risks of this pesticide.

[5] Glyphosate is a herbicide (a weed killer) registered under the Act for many uses and in many locations, including killing weeds in forests which would otherwise smother replantings; in agriculture on food and fibre crops; in gardens for flowers and other ornamentals; and on turf or grass. This pesticide is one of the most popular and widely used pesticides. It was first registered for use in 1976 and sold under the trade-name “Roundup”. As of 2009, there were 192 glyphosate-used products registered for a variety of uses in Canada.

[6] POEA are formulants added to glyphosate products. They allow the glyphosate products to spread more evenly on the waxy surface of leaves. As of September 2009, there were 137 glyphosate products containing POEA registered for use in Canada. Two of the most common glyphosate herbicides containing POEAs registered for use in Canada are “Vision”, the trade-name

[3] La demanderesse, Josette Wier, n’a pas déposé d’affidavit ou assisté aux audiences. En réponse à une question de la Cour concernant son identité, son avocat a précisé que Josette Wier était une [TRADUCTION] « chercheuse spécialisée en environnement » à Smithers (C.-B.) (une ville située dans le centre-nord de la Colombie-Britannique). Elle était médecin en France, mais n’est pas autorisée à pratiquer la médecine au Canada.

## LES FAITS

### La demande de la demanderesse fondée sur l’article 17

[4] Dans une lettre de 29 pages datée du 5 mai 2009 et accompagnée d’un cartable regroupant des études scientifiques et médicales, la demanderesse (par l’entremise de son avocat) a demandé au ministre de procéder à l’examen spécial du pesticide homologué glyphosate qui contient des amines de suif polyéthoxylées (POEA) (le pesticide). Son avocat a informé la Cour que le pesticide est pulvérisé par voie aérienne sur des forêts près du lieu de résidence de la demanderesse, et qu’elle s’inquiète des risques que présente le produit pour l’environnement et la santé.

[5] Le glyphosate est un herbicide homologué en vertu de la Loi pour de nombreuses utilisations dans de nombreux types de lieux, notamment en forêt pour tuer la végétation concurrente qui étoufferait les arbres de reboisement, dans des champs sur des cultures de plantes alimentaires ou de plantes à fibre, dans des jardins (fleurs et autres plantes ornementales) et sur des pelouses. Il s’agit d’un des pesticides les plus populaires sur le marché. Homologué pour la première fois en 1976, le pesticide est commercialisé sous le nom de « Roundup ». En 2009, 192 produits à base de glyphosate étaient homologués pour diverses utilisations au Canada.

[6] Les POEA sont des produits de formulation ajoutés aux pesticides à base de glyphosate pour leur permettre de s’étendre uniformément à la surface cireuse des feuilles. En septembre 2009, 137 herbicides à base de glyphosate contenant des POEA étaient homologués au Canada, dont les deux plus courants sont le « Vision » (produit de Monsanto utilisé par l’industrie forestière)



of a product produced by Monsanto and used in the forest industry, and “Vantage”, the trade-name of a product produced by DowAgro for the same use.

et le « Vantage » (produit de DowAgro également utilisé en foresterie).

#### The Subsection 17(1) Request

#### La demande fondée sur le paragraphe 17(1)

[7] The applicant made distinct requests under three subsections of section 17 of the Act. In her subsection 17(1) request, the applicant stated that there is “significant new evidence” which provides reasonable grounds to believe that glyphosate herbicides containing POEA pose unacceptable risks to health or to the environment. In particular, the applicant identified the following evidence, which she stated provide cause for the Minister to initiate a special review under subsection 17(1) of the Act:

[7] La demanderesse a fait des demandes distinctes en vertu de trois paragraphes de l’article 17 de la Loi. Dans sa demande concernant le paragraphe 17(1), elle soutient que de nouvelles données importantes offrent des motifs raisonnables de croire que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA présentent des risques inacceptables pour la santé ou l’environnement. Elle relève en particulier les éléments de preuve suivants qui, selon elle, justifient que le ministre procède à l’examen spécial en vertu du paragraphe 17(1) de la Loi :

(a) Three studies—dated 2009, 2007, and 2005—that demonstrated risks to human embryonic and placental cells posed by glyphosate in concentrations much lower than those found with farm and agricultural use: N. Benachour and G.-E. Séralini, “Glyphosate Formulations Induce Apoptosis and Necrosis in Human Umbilical, Embryonic, and Placental Cells” (2009), 22 *Chem. Res. Toxicol.* 97; Benachour, N. *et al.* “Time and Dose-Dependent Effects of Roundup on Human Embryonic and Placental Cells” (2007), 53 *Arch. Environ. Contam. Toxicol.* 126; and Richard, S. *et al.*, “Differential Effects of Glyphosate and Roundup on Human Placental Cells and Aromatase” (2005), 113 *Environ. Health Perspect.* 716.

a) Trois études (datées de 2009, de 2007 et de 2005) ont montré que des concentrations de glyphosate bien inférieures à celles utilisées en agriculture présentent des risques pour les cellules embryonnaires et placentaires humaines : N. Benachour et G.-E. Séralini, « Glyphosate Formulations Induce Apoptosis and Necrosis in Human Umbilical, Embryonic, and Placental Cells » (2009), 22 *Chem. Res. Toxicol.* 97; Benachour, N. *et al.* « Time and Dose-Dependent Effects of Roundup on Human Embryonic and Placental Cells » (2007), 53 *Arch. Environ. Contam. Toxicol.* 126; Richard, S. *et al.*, « Differential Effects of Glyphosate and Roundup on Human Placental Cells and Aromatase » (2005), 113 *Environ. Health Perspect.* 716.

(b) The applicant also cited two studies—dated 2001 and 2003—that the applicant submitted corroborated the finding of increased risk of miscarriage from exposure to glyphosate in humans and animals.

b) La demanderesse a également cité deux études (datées de 2001 et de 2003) qui, selon elle, corroborent l’observation que l’exposition des humains et des animaux au glyphosate accroissent les risques de fausse couche.

(c) Two studies—dated 2001 and 2002—that were case studies of men who had Non-Hodgkin’s Lymphoma and that linked the disease to the men’s exposure to pesticides: Hardell L. *et al.*, “Exposure to Pesticides as a Risk Factor for Non-Hodgkin’s Lymphoma and Hairy Cell Leukemia: Pooled Analysis of Two Swedish Case-Control Studies” (2002), 43 *Leuk. Lymphoma* 1043; and

c) Deux études de cas (datées de 2001 et de 2002) sur des hommes qui avaient des lymphomes non hodgkinien ont relié cette maladie à leur exposition à des pesticides : Hardell L. *et al.*, « Exposure to Pesticides as a Risk Factor for Non-Hodgkin’s Lymphoma and Hairy Cell Leukemia: Pooled Analysis of Two Swedish Case-Control Studies » (2002), 43 *Leuk. Lymphoma*

De Roos A. J. *et al.*, “Integrative Assessment of Multiple Pesticides as Risk Factors for Non-Hodgkin’s Lymphoma Among Men” (2003), 60 *Occup. Environ. Med* E11.

(d) A 2008 study conducted by the British Columbia Ministry of the Environment concluding that there is evidence that POEA has toxic effects on amphibians (such as frogs), that there are “knowledge gaps” hindering an “effective and realistic assessment” of the impacts of glyphosate on amphibians, and that there has been no assessment of the whether using surfactants with lower toxicity than POEA would be effective: B.C. Ministry of the Environment, “Literature Review of Impacts of Glyphosate Herbicide on Amphibians: What Risks can the Silvicultural Use of this Herbicide Pose for Amphibians in B.C.?” [by Purnima P. Govindarajulu, Ph.D. *Wildlife Report*, No. R-28, Victoria, B.C.] (the BC Literature Review).

(e) The applicant submitted that amphibians are a sensitive indicator species, and cited two 1999 studies, two 2001 studies, and two 2002 studies for the proposition that pesticides and POEA surfactant in particular have contributed to amphibian population declines.

(f) A 2005 study finding that glyphosate-based pesticides impeded the hatching process for sea urchin embryos: Marc, J., *et al.* “A Glyphosate-Based Pesticide Impinges on Transcription” (2005), 203 *Toxicol. Appl. Pharmacol.* 1.

[8] The applicant stated that the evidence in the studies was “new” because it post-dated the registration of the “Vision” and “Vantage” herbicides. The applicant stated that the health and environmental risks identified in the studies above were not known or considered when Vision and Vantage were registered for use in Canada.

[9] The applicant stated that the evidence in the studies was “significant” because it presented scientific, peer-reviewed, published data indicating that the pesticide has human health and environmental risks in Canada that were not considered when it was registered.

1043; De Roos A. J. *et al.* « Integrative Assessment of Multiple Pesticides as Risk Factors for Non-Hodgkin’s Lymphoma Among Men » (2003), 60 *Occup. Environ. Med* E11.

d) Une étude de 2008 commandée par le ministère de l’Environnement de la Colombie-Britannique concluait que les POEA ont des effets toxiques sur les amphibiens (comme les grenouilles), que des « lacunes dans les connaissances » empêchent toute « évaluation efficace et réaliste » des impacts du glyphosate sur les amphibiens et qu’aucune évaluation de l’efficacité du recours à des agents de surface moins toxiques que les POEA n’a été faite : B.C. Ministry of the Environment, « Literature Review of Impacts of Glyphosate Herbicide on Amphibians: What Risks Can Silvicultural Use of this Herbicide Pose for Amphibians in B.C.? » [par Purnima P. Govindarajulu, Ph.D., *Wildlife Report*, n° R-28, Victoria, C.-B.] (la synthèse documentaire de la C.-B.).

e) La demanderesse soutient que les amphibiens sont des espèces indicatrices sensibles et elle cite deux études de 1999, deux études de 2001 et deux études de 2002 pour appuyer l’hypothèse voulant que les pesticides et l’agent de surface POEA en particulier ont contribué aux déclinés des populations d’amphibiens.

f) Une étude publiée le 15 février 2005 a montré que des pesticides à base de glyphosate nuisent au processus d’éclosion des embryons d’oursins : Marc, J. *et al.* « A Glyphosate-Based Pesticide Impinges on Transcription » (2005), 203 *Toxicol. Appl. Pharmacol.* 1.

[8] La demanderesse a précisé que les éléments de preuve provenant des études étaient « nouveaux » car postérieurs à l’homologation des herbicides « Vision » et « Vantage ». Elle ajoute que les risques sanitaires ou environnementaux révélés dans les études précitées étaient inconnus ou n’ont pas été examinés lorsque ces produits ont été homologués pour utilisation au Canada.

[9] La demanderesse a déclaré que les éléments de preuve issus des études étaient « importants », parce qu’ils reposaient sur des données scientifiques, publiées et révisées par les pairs attestant que les pesticides comportaient des risques pour la santé humaine et

[10] The applicant submitted in her request that the evidence “challenges the scientific validity of the previous evaluations” that led to the registration of the glyphosate herbicides containing POEA.

[11] At the hearing before the Court, counsel for the applicant conceded that the evidence does not demonstrate a “health risk” to humans or animals from the pesticide in issue. Accordingly, that part of the applicant’s request was withdrawn. Also at the hearing, counsel for the applicant withdrew the applicant’s reliance on 11 of the 12 studies submitted in support of the request. The only documentary evidence relied upon by the applicant at the hearing was document “d” above, the B.C. Literature Review on the impact of the pesticide in issue on amphibians in silvicultural (forest cultivation) use. Accordingly the original subsection 17(1) request to the respondent was substantially narrowed at the hearing.

#### The Subsection 17(2) Request

[12] In her request for special review, the applicant further submitted that there were grounds for a special review under subsection 17(2) of the Act, which requires the Minister to initiate a special review of a registered pest control product where a member country of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has prohibited all uses of its active ingredient.

[13] The applicant stated that Australia, a member country of the OECD, had prohibited the use of glyphosate herbicides containing POEA surfactants in aquatic habitats because it is unreasonably toxic to amphibians. The applicant included an Australian document, dated June 1996, in support of this claim: National Registration Authority for Agricultural and Veterinary Chemicals. *NRA Special Review Series 96.1* (NRA Special Review of Glyphosate).

l’environnement au Canada, qui n’ont pas été examinés au moment de l’homologation.

[10] Dans sa demande, la demanderesse a soutenu que les éléments de preuve mettent en doute la validité scientifique des évaluations qui ont mené à l’homologation des herbicides à base de glyphosate contenant du POEA.

[11] Au cours de l’audience devant la Cour, l’avocat de la demanderesse a concédé que les éléments de preuve ne démontrent pas que le pesticide présente un risque pour la santé humaine ou animale. L’avocat de la demanderesse a donc retiré cette partie de la demande, ainsi que 11 des 12 études présentées à l’appui. Le seul élément de preuve documentaire sur lequel s’est appuyée la demanderesse durant l’audience était le document « d » susmentionné, soit la synthèse documentaire de la C.-B. sur l’impact de l’utilisation sylvicole du pesticide sur les amphibiens. Par conséquent, la portée de la demande initiale au titre du paragraphe 17(1) a été substantiellement réduite.

#### La demande fondée sur le paragraphe 17(2)

[12] Dans sa demande d’examen spécial, la demanderesse a soutenu qu’il y avait lieu d’effectuer un examen spécial en vertu du paragraphe 17(2) de la Loi, lequel oblige le ministre à procéder à l’examen spécial d’un produit antiparasitaire homologué si un pays membre de l’Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) interdit toute utilisation du principe actif du produit.

[13] La demanderesse a indiqué que l’Australie, pays membre de l’OCDE, avait interdit l’utilisation d’herbicides à base de glyphosate contenant des agents de surface POEA dans les milieux aquatiques en raison de leur toxicité inacceptable pour les amphibiens. Elle a présenté à l’appui un document australien intitulé National Registration Authority for Agricultural and Veterinary Chemicals. *NRA Special Review Series 96.1* (NRA Special Review of Glyphosate) daté de juin 1996.

[14] At the hearing, counsel for the applicant withdrew this subsection 17(2) request because the applicant's original understanding of the situation in Australia was mistaken.

#### The Subsection 17(3) Request

[15] Finally, the applicant submitted that there were grounds for a special review under subsection 17(3) of the Act, which requires the Minister to initiate a special review where there is information from a federal or provincial government that gives the Minister reasonable grounds to believe that the product's health or environmental risks are unacceptable. The applicant referred to the B.C. Literature Review, above, to support this submission. The applicant submitted that the "Summary of glyphosate impacts on amphibians" contained in the B.C. Literature Review contained information regarding the impact of glyphosate on amphibians that had not previously been considered by the Minister. The Court notes that B.C. has its own provincial legislation to ban pesticides, and B.C. has not banned the pesticide.

[16] At the hearing, counsel for the applicant also withdrew the subsection 17(3) request.

#### The Precautionary Principle

[17] In her request, the applicant referred to the "precautionary principle", which the Supreme Court of Canada defined in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at paragraph 31, quoting from paragraph 7 of the *Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development in the ECE Region* [UN Doc. A/CONF. 151/PC/10] (1990):

In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation

[14] À l'audience, l'avocat de la demanderesse a retiré cette demande fondée sur le paragraphe 17(2) car sa cliente avait mal jaugé à l'origine la situation qui existe en Australie.

#### La demande fondée sur le paragraphe 17(3)

[15] Enfin, la demanderesse a soutenu qu'il y avait lieu d'effectuer un examen spécial en vertu du paragraphe 17(3) de la Loi, lequel oblige le ministre à procéder à un examen spécial lorsqu'un ministère ou organisme public fédéral ou provincial lui fournit des renseignements qui lui donnent des motifs raisonnables de croire que le produit présente des risques sanitaires ou environnementaux inacceptables. La demanderesse a cité la synthèse documentaire de la C.-B. pour appuyer cette demande en indiquant que le ministre n'avait pas tenu compte du sommaire des impacts du glyphosate sur les amphibiens contenu dans la synthèse. La Cour fait remarquer que la province de la C.-B. a sa propre législation qui lui permet d'interdire des pesticides, mais qu'elle n'a pas interdit le pesticide en cause.

[16] À l'audience, l'avocat de la demanderesse a également retiré la demande fondée sur le paragraphe 17(3).

#### Le principe de précaution

[17] Dans sa demande, la demanderesse s'est référée au « principe de précaution », que la Cour suprême du Canada a ainsi défini au paragraphe 31 de l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, en citant le paragraphe 7 de la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable dans la région de la CEE* [Doc. NU A/CONF. 151/PC/10] (1990) :

Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement.

[18] The precautionary principle has now been legislated in subsection 20(2) of the Act which states that:

**20. ...**

Precautionary principle

(2) Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent adverse health impact or environmental degradation.

[19] The applicant submitted that, environmental protection is a “fundamental value” in Canadian society, and that the precautionary principle requires the Minister to review the “new evidence” relating to toxicity of the pesticide to amphibians in ephemeral wetlands.

[20] The applicant submitted that the studies enclosed in her request demonstrated that the current registrations for glyphosate herbicides containing POEA are not based on the precautionary principle. She stated that there are reasonable grounds for finding that the health or environmental risks posed by the glyphosate herbicides containing POEA are unacceptable.

The B.C. Literature Review

[21] The B.C. Literature Review on the impacts of the pesticide in silvicultural use on amphibians is the only evidence relied upon at the hearing by the applicant for this request. It is a report from the British Columbia Ministry of Environment dated June 2008. It reviews over 100 research papers and studies. It concludes that the pesticide in issue has a toxic effect on amphibians. The restrictions on the use of the pesticide in silviculture require that sensitive areas around water are protected by a buffer zone where the pesticide cannot be used. However, the report states in the Executive Summary [at page ii]:

In B.C. these requirements apply to large and moderate-sized wetlands and streams and are intended to protect aquatic

[18] Le principe de précaution a depuis été enchâssé dans le paragraphe 20(2) de la Loi, qui prévoit :

**20. [...]**

(2) En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l’absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard la prise de mesures rentables visant à prévenir toute conséquence néfaste pour la santé ou la dégradation de l’environnement.

Principe de prudence

[19] La demanderesse a soutenu que la protection de l’environnement constitue une valeur fondamentale de la société canadienne et que le principe de précaution oblige le ministre à examiner les « nouvelles données » concernant la toxicité du pesticide pour les amphibiens dans les milieux humides éphémères.

[20] La demanderesse a soutenu que les études incluses dans sa demande démontrent que la réglementation actuelle régissant les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA n’est pas fondée sur le principe de précaution. Elle a affirmé qu’il y a des motifs raisonnables de croire que les risques sanitaires ou environnementaux liés aux herbicides à base de glyphosate contenant des POEA sont inacceptables.

La synthèse documentaire de la C.-B.

[21] La synthèse documentaire de la C.-B. sur les impacts de l’utilisation sylvicole du pesticide sur les amphibiens constitue le seul élément de preuve sur lequel s’est appuyée la demanderesse durant l’audience. Il s’agit d’un rapport daté de juin 2008 du ministère de l’Environnement de la Colombie-Britannique qui fait la synthèse de plus de 100 études scientifiques. Son auteur conclut que le pesticide en cause a un effet toxique sur les amphibiens. Les restrictions imposées sur l’utilisation sylvicole du pesticide comprennent l’interdiction de son utilisation dans une zone tampon qui protège les milieux sensibles autour des plans d’eau. Or, dans le résumé du rapport, l’auteur écrit ce qui suit [à la page ii] :

[TRADUCTION] En C.-B., ces exigences, qui visent à protéger les organismes aquatiques contre les impacts des herbicides à

organisms from impacts of glyphosate herbicides. Although most waterbodies and many riparian areas are afforded protection, glyphosate may be sprayed over dry creeks as well as over certain types of temporary isolated ponds that are habitats frequently used by amphibians.

The B.C. Literature Review states at page 10 that the overspraying of wetlands could result in the loss of certain foods that tadpoles graze on. In the “Summary of Glyphosate Impacts on Amphibians”, at page 31 of the B.C. Literature Review, the conclusion is that there is a harmful effect to tadpoles and “late-stage anuran embryos” from the pesticide. Under the heading “Knowledge Gaps” the B.C. report states at page 32:

There is sufficient research to suggest that glyphosate herbicides use could pose a risk to amphibians and that its use needs to be re-evaluated.... However, almost no research has been conducted to assess the impact on amphibians from silvicultural use of glyphosate herbicides in B.C.

It continues at page 33 to state:

More research is essential to determine the impact of glyphosate use on amphibian populations using these habitats [i.e. the ephemeral wetlands].

#### Risk Analysis Conducted by Regulatory Agency in Response to the Applicant’s Request

[22] The Minister has delegated responsibility for evaluating requests for special review to the Pest Management Regulatory Agency at Health Canada (the Regulatory Agency), which is an agency of experts at Health Canada charged with administering the Act and its regulations. The Regulatory Agency has developed a process for reviewing and responding to requests for special review. In essence, this process involves three steps:

- (a) risk assessments by teams of scientists;
- (b) review by the “Science Operations Committee” of the Regulatory Agency; and

base de glyphosate, s’appliquent aux terres humides et cours d’eau de taille grande ou moyenne. La plupart des plans d’eau et de nombreuses zones riveraines sont ainsi protégés, mais le glyphosate peut être pulvérisé sur des ruisseaux asséchés et sur certains types d’étangs temporaires isolés qui constituent des milieux fréquemment utilisés par les amphibiens.

À la page 10 du rapport, l’auteur affirme que l’application du pesticide sur des terres humides pourrait éliminer certains aliments dont se nourrissent les têtards. Dans le sommaire à la page 31 du rapport, l’auteur conclut que le pesticide a un effet néfaste sur les têtards et les embryons tardifs d’anoures. Dans la section sur les lacunes dans les connaissances, à la page 32 du rapport, l’auteur écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il existe suffisamment d’études pour donner à penser que l’utilisation d’herbicides à base de glyphosate peut présenter un risque pour les amphibiens et qu’elle doit être réévaluée [...] Toutefois, très peu de recherches ont été effectuées pour évaluer l’impact sur les amphibiens de l’utilisation sylvicole d’herbicides à base de glyphosate en C.-B.

Et plus loin, à la page 33 :

[TRADUCTION] Il est essentiel de mener d’autres recherches pour déterminer l’impact de l’utilisation du glyphosate sur les populations d’amphibiens qui utilisent ces milieux [c.-à-d. les terres humides éphémères].

#### Analyse des risques effectuée par l’Agence réglementaire en réponse à la demande de la demanderesse

[22] Le ministre a délégué l’évaluation des demandes d’examen spécial à l’Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire de Santé Canada (l’Agence réglementaire [ou l’ARLA]), composée d’experts de Santé Canada chargés d’appliquer la Loi et ses règlements. L’Agence réglementaire a mis au point un processus d’examen et de réponse aux demandes d’examen spécial. Il se divise essentiellement en trois étapes :

- a) évaluation des risques par des équipes de scientifiques;
- b) examen par le « Comité des opérations scientifiques » de l’Agence réglementaire;

(c) review and final decision by the “Science Management Committee” of the Regulatory Agency.

c) examen et décision finale par le « Comité de gestion scientifique » de l’Agence réglementaire.

First Step in the Analysis of the Request by the Regulatory Agency

Première étape de l’analyse de la demande par l’Agence réglementaire

[23] Upon receipt of the applicant’s request for a special review, the Regulatory Agency assigned the request to three teams of scientists for review:

[23] Après avoir reçu la demande d’examen spécial de la demanderesse, l’Agence réglementaire a chargé trois équipes de scientifiques de l’examiner :

(a) the Environmental Assessment Directorate [EAD];

a) la Direction de l’évaluation environnementale;

(b) the Health Evaluation Directorate; and

b) la Direction de l’évaluation sanitaire;

(c) the Chemistry Section of Compliance, Laboratory Services and Regional Operations.

c) la Section de l’évaluation des propriétés chimiques de la Direction de la conformité, des services de laboratoire et des opérations régionales.

[24] The scientists were asked to address the following four questions:

[24] Les scientifiques devaient répondre aux quatre questions suivantes :

1. Do the data provided give reasonable grounds to believe that the environmental/health risks of the products are unacceptable (and justify a special review, as per subsection 17(1) of the PCPA) or managed via a normal re-evaluation?

1. Les données fournies constituent-elles des motifs raisonnables de croire que les risques environnementaux/sanitaires que présentent les produits sont inacceptables (justifiant un examen spécial en vertu du paragraphe 17(1) de la LPA) ou peuvent-ils être gérés par une réévaluation normale?

2. Are the data provided credible (scientifically valid)?

2. Les données fournies sont-elles crédibles (scientifiquement valides)?

3. Are the studies new or have they been reviewed by the PMRA previously?

3. S’agit-il de nouvelles études ou avaient-elles déjà été examinées par l’ARLA?

4. Does it appear that the risks are associated with glyphosate only, POEA only or their combination?

4. Les risques semblent-ils être liés au glyphosate seulement, à la POEA seulement ou à la combinaison des deux?

[25] The findings of each of the three groups were set out in separate memoranda. No group found that the risk posed by the products under review warranted initiating a special review.

[25] Chacun des trois groupes a formulé ses conclusions dans des notes de service séparées. Aucun d’entre eux n’a conclu que le risque posé par les produits sous examen justifiait de procéder à un examen spécial.

[26] The Environmental Assessment Directorate reviewed the two documents related to toxicity of

[26] La Direction de l’évaluation environnementale a examiné les deux documents concernant la toxicité du

glyphosate to amphibians (the Australian report and the B.C. Literature Review). Its findings are set out in its memorandum dated July 10, 2009, “EAD’s evaluation of the application for a special review of glyphosate herbicides containing polyethoxylated tallow amines (POEA)” which stated in response to questions 1 and 3:

**Question 1: Do the data provided give reasonable grounds to believe that the environment risks of products are unacceptable (and justify a special review, as per subsection 17(1) of the PCPA) or managed via normal re-evaluation?**

- The studies cited in the two review documents indicate that glyphosate formulations are toxic to amphibians and other aquatic organisms. The PMRA was aware of this information.
- There is, however, controversy as to the effects of glyphosate formulations on amphibians in small ephemeral wetlands following realistic conditions of applications of glyphosate formulations.
- The lack of field studies hinders effective and realistic assessments of the risk to amphibians from the use of glyphosate formulations.
- To address this uncertainty, a two-year study is being conducted (research authorization requests 2009-0879 and 2009-0593) to provide critical information to fill in knowledge gaps regarding:
  - data on glyphosate levels in small wetlands following use under forestry and agriculture settings; and
  - effects of glyphosate formulations on amphibians in small wetlands representative of those in agricultural and forestry sectors.
- The re-evaluation of glyphosate is anticipated to occur early in the next cycle of re-evaluation. By then, the results of the above-mentioned two-year research study would be considered.

...

glyphosate pour les amphibiens (le rapport australien et la synthèse documentaire de la C.-B.). Elle a présenté ses conclusions dans une note de service datée du 10 juillet 2009 et intitulée « EAD’s evaluation of the application for a special review of glyphosate herbicides containing polyethoxylated tallow amines (POEA) », dans lequel elle répond comme suit aux questions 1 et 3:

[TRADUCTION]

**Question 1 : Les données fournies constituent-elles des motifs raisonnables de croire que les risques environnementaux que présentent les produits sont inacceptables (justifiant un examen spécial en vertu du paragraphe 17(1) de la LPA) ou peuvent-ils être gérés par une réévaluation normale?**

- Les études citées dans les deux documents de synthèse indiquent que les préparations à base de glyphosate sont toxiques pour les amphibiens et d’autres organismes aquatiques. L’ARLA était au courant de ces données.
- Toutefois, il y a une controverse quant aux effets des applications de préparations à base de glyphosate sur les amphibiens dans les terres humides éphémères.
- L’absence d’étude de terrain empêche toute évaluation efficace et réaliste du risque que présente l’utilisation de préparations à base de glyphosate pour les amphibiens.
- Afin de lever cette incertitude, une étude de deux ans est menée (demandes d’autorisation de recherche 2009-0879 et 2009-0593) pour combler les lacunes suivantes dans les connaissances :
  - données sur les concentrations de glyphosate dans les petites terres humides après utilisation du pesticide en milieu forestier ou agricole;
  - effets des préparations à base de glyphosate sur les amphibiens dans de petites terres humides représentatives de celles présentes en milieu agricole ou forestier.
- Le glyphosate devrait être réévalué au début du prochain cycle de réévaluation. L’ARLA tiendra alors compte des résultats de cette étude de deux ans.

[...]



**Question 3: Are the studies new or have they been reviewed by PMRA previously?**

- The PMRA was aware of the information presented in the two review documents.
- The literature review from the British Columbia Ministry of the Environment cites publications from 1974 to 2006 on the effects of glyphosate formulations on amphibians. The PMRA commented on, and attended a conference call to discuss, this literature review prior to its publication in 2008. The PMRA has not directly reviewed the majority of the studies cited in the document.
- The special review document by Australia (1996) cites studies published from 1974 to 1995 on the toxicity of glyphosate and/or surfactants on various species of aquatic organisms. Several of the same studies were used in our assessment of the pre-harvest use of glyphosate in 1991 (R91-01). [Bold emphasis in original document.]

[27] The Environmental Assessment Directorate's memorandum does not contain an explicit conclusion regarding the acceptability of the risk posed by glyphosate substances. In response to question 1, the Environmental Assessment Directorate stated that the studies confirm that glyphosate formulations are toxic to amphibians and other aquatic organisms, but that there is uncertainty in the effects that they have in realistic, as opposed to engineered, scenarios.

[28] The respondent's affiant in this application for judicial review, Dr. Peter Delorme, is the Director of Product Assessment within the Environmental Assessment Directorate of the Regulatory Agency. He deposed that the memorandum, which was intended for internal use at the Regulatory Agency's discussions prior to making the decision, in effect concluded that the risks were not unacceptable. First, as stated in the memorandum, the Environmental Assessment Directorate concluded that the risks identified had already been addressed. In particular, the study referred to above (R91-01), was a discussion document written by the Regulatory Agency in 1991. It states that glyphosate products containing POEAs are toxic to aquatic organisms, but suggests measures to mitigate the risks. Also, as discussed in the memorandum, Health Canada was in

**Question 3 : S'agit-il de nouvelles études ou avaient-elles déjà été examinées par l'ARLA?**

- L'ARLA était au courant des données présentées dans les deux documents de synthèse.
- La synthèse documentaire du ministère de l'Environnement de la Colombie-Britannique cite des études publiées de 1974 à 2006 sur les effets de préparations à base de glyphosate sur les amphibiens. L'ARLA a commenté cette synthèse documentaire avant sa publication en 2008, notamment dans une conférence téléphonique. L'ARLA n'a cependant pas directement examiné la plupart des études citées dans le document.
- Le rapport australien (1996) cite des études publiées de 1974 à 1995 sur la toxicité du glyphosate ou d'agents de surface sur diverses espèces d'organismes aquatiques. En 1991, l'ARLA s'est appuyée sur plusieurs de ces études pour évaluer l'utilisation pré-récolte du glyphosate. [Les caractères gras figurent dans le document original.]

[27] La note de service de la Direction de l'évaluation environnementale n'offre pas de conclusion explicite concernant l'acceptabilité du risque que présentent les produits à base de glyphosate. En réponse à la question 1, la Direction de l'évaluation environnementale a indiqué que les études confirment que les préparations à base de glyphosate sont toxiques pour les amphibiens et d'autres organismes aquatiques, mais qu'il y a de l'incertitude concernant leurs effets en conditions réelles plutôt qu'en conditions expérimentales.

[28] Le déposant du défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire, Peter Delorme (Ph.D.), est le directeur de l'Évaluation des produits au sein de la Direction de l'évaluation environnementale de l'ARLA. Il a affirmé que la note de service, qui était destinée à une circulation interne à l'ARLA pour les discussions préalables à la prise de la décision, concluait en fait que les risques n'étaient pas inacceptables. D'abord, comme l'indiquait la note de service, la Direction de l'évaluation environnementale avait conclu que les risques avaient déjà été abordés. En particulier, l'étude R91-01 susmentionnée était un document de discussion rédigé par l'ARLA en 1991. Selon ce document, les produits à base de glyphosate contenant des POEA sont toxiques pour les organismes aquatiques, mais il proposait des mesures pour atténuer les risques. La note de service indiquait

fact involved in the B.C. Literature Review prior to its publication, and itself consulted many of the studies relied on by the Australian review.

[29] Second, Dr. Delorme stated that the memorandum demonstrated that the Directorate felt that the risk was not unacceptable because of the nature of evaluations.

[30] In the affidavit, Dr. Delorme deposed that recent field studies by the Canadian Forestry Service, Natural Resources Canada showed that the pesticide in issue had no significant adverse effects on amphibians under the actual use conditions (see paragraph 67 of his affidavit). He further deposed that there will be additional field study research related to the environmental effects of this pesticide on amphibians and stated that results from this research are expected to be available within the next one to two years. At the time of his cross-examination, the preliminary results from the field studies were known. However this information was not available at the time of the decision under review, and the applicant objected to its introduction. This Court has therefore disregarded this new evidence not before the decision maker.

#### Second Step in the Analysis of the Request by the Regulatory Agency

[31] The second stage of review of the applicant's request was undertaken by the "Science Operations Committee". The Science Operations Committee is a committee of senior managers from each directorate. The Science Operations Committee receives a briefing note that is prepared by scientific staff of Health Canada and is circulated in advance of their meeting. The scientific staff also participated at the meeting to answer technical questions that may arise.

[32] The Science Operations Committee briefing note dated July 15, 2009 stated under the heading "Environmental Risk Assessment":

aussi que Santé Canada avait participé à des discussions concernant la synthèse documentaire de la C.-B. avant sa publication, et que le ministère avait consulté bon nombre des études examinées dans la synthèse australienne.

[29] Deuxièmement, M. Delorme s'est dit d'avis que la note de service démontrait que la Direction n'avait pas jugé le risque inacceptable, en raison de la nature des évaluations.

[30] Dans son affidavit, M. Delorme a déclaré que de récentes études de terrain effectuées par le Service canadien des forêts (Ressources naturelles Canada) montraient que le pesticide en cause n'a pas d'effets néfastes importants sur les amphibiens dans les conditions réelles d'utilisation (voir le paragraphe 67 de l'affidavit). Il a ajouté qu'il y aura d'autres études de terrain concernant les effets environnementaux du pesticide sur les amphibiens, dont les résultats devraient être disponibles d'ici un an ou deux. Au moment de son contre-interrogatoire, les résultats préliminaires de ces études étaient connus. Toutefois, ces données n'étaient pas disponibles au moment où la décision contestée a été prise, et la demanderesse s'est opposée à leur dépôt en preuve. La Cour n'a donc pas tenu compte de ces nouvelles données dont ne disposait pas le décideur.

#### Deuxième étape de l'analyse de la demande par l'Agence réglementaire

[31] Le « Comité des opérations scientifiques » a entamé la deuxième étape de l'examen de la demande de la demanderesse. Il est composé de cadres supérieurs issus de chaque direction. Le Comité des opérations scientifiques reçoit une note de breffage préparée par le personnel scientifique de Santé Canada et distribuée avant la rencontre. Le personnel scientifique y a également participé pour répondre aux questions techniques susceptibles d'être soulevées.

[32] Une note de breffage du Comité des opérations scientifiques datée du 15 juillet 2009 indiquait ce qui suit sous la rubrique « Environmental Risk Assessment » :

[TRADUCTION]

**E. ENVIRONMENTAL RISK ASSESSMENT (based on two provided publications)**

- The toxicity of glyphosate formulations to aquatic organisms including amphibians is recognized. Most of the toxicity studies indicate that the toxicity of glyphosate formulations to aquatic organisms is mainly attributed to the surfactant, POEA.
- There is controversy as to the effects of glyphosate formulations on amphibians in small ephemeral wetlands following application of glyphosate formulations. This uncertainty currently hinders effective and realistic assessments of the risk to amphibians from the use of glyphosate formulations.
- A two-year study is currently underway that will provide critical information to fill in knowledge gaps regarding:
  - a. Field data on glyphosate levels in small wetlands following use under forestry and agricultural settings; and
  - b. Effects of glyphosate formulations on amphibians in small wetlands representative of those in agricultural and forestry sectors. [Bold emphasis in original document.]

Third Step in the Analysis of the Request by the Regulatory Agency

[33] Following its meeting, the Science Operations Committee makes recommendations that are then forwarded to the “Science Management Committee”. The Science Management Committee is chaired by the Chief Registrar and includes all of the Health Canada Regulatory Agency’s directors general. They receive the Science Operations Committee recommendations in a briefing note that, like the briefing note prepared for the Science Operations Committee, is prepared by scientific staff.

[34] In this case, the Science Management Committee briefing note, dated July 30, 2009, recommended that a special review not be initiated, but that the scheduled

**E. ÉVALUATION DU RISQUE ENVIRONNEMENTAL (d’après les deux publications fournies)**

- La toxicité des préparations à base de glyphosate pour les organismes aquatiques, y compris les amphibiens, est reconnue. La plupart des études toxicologiques indiquent que cette toxicité est surtout attribuable à l’agent de surface POEA.
- Il y a une controverse concernant les effets des préparations à base de glyphosate sur les amphibiens dans les petites terres humides éphémères. Cette incertitude empêche actuellement toute évaluation efficace et réaliste du risque que présente l’utilisation de ces produits pour les amphibiens.
- Une étude de deux ans est en cours pour combler les lacunes suivantes dans les connaissances :
  - a. données de terrain sur les concentrations de glyphosate dans les petites terres humides après utilisation du pesticide en milieu forestier ou agricole;
  - b. effets des préparations à base de glyphosate sur les amphibiens dans de petites terres humides représentatives de celles présentes en milieu agricole ou forestier. [Les caractères gras figurent dans le document original.]

Troisième étape de l’analyse de la demande par l’Agence réglementaire

[33] Après sa réunion, le Comité des opérations scientifiques formule des recommandations qu’il adresse ensuite au « Comité de gestion scientifique », présidé par le chef de l’homologation et composé de l’ensemble des directeurs généraux de l’Agence réglementaire de Santé Canada. Les recommandations du Comité des opérations scientifiques lui sont transmises dans une note de breffage qui, à l’instar de celle qui a été préparée à son intention, est rédigée par le personnel scientifique.

[34] Dans ce cas, la note de breffage du Comité de gestion scientifique datée du 30 juillet 2009 recommandait de ne pas procéder à l’examen spécial, mais d’élargir

re-evaluation of glyphosate be expanded to include a risk assessment of POEA/glyphosate combinations:

### B. Considerations

- There is some uncertainty as to the effects of glyphosate formulations on amphibians in small ephemeral wetlands. A field based study by a group of university researchers with collaboration of Environment Canada scientists was initiated in 2009, which may help to resolve uncertainties. However, the final results of those studies are anticipated until 2011 or later....

### C. Recommendations

- SOC recommended proceeding with the scheduled re-evaluation of glyphosate with the inclusion of a risk assessment of POEA/glyphosate combinations rather than initiating a special review (option #1 of the SOC briefing note) [Bold emphasis in original document.]

[35] In appropriate cases, the Science Management Committee may recommend further investigations be conducted. In this case, the Science Management Committee decided that a special review did not need to be initiated, but it decided to include a POEA risk assessment in the scheduled re-evaluation. Its decision, dated July 30, 2009, was reflected in the minutes of the meeting which read as follows:

SMC agreed to not initiate a special review; proceed with the scheduled re-evaluation of glyphosate and include a risk assessment of POEA/glyphosate combinations.

### A Draft Letter from the Regulatory Agency in Response to the Special Review Request by the Applicant

[36] The evidence before the Court showed that a draft letter was prepared, in response to the applicant's request. The letter originally contained two paragraphs which were later deleted. The first deleted paragraph recognized the controversy as to the effects of the

la portée de la réévaluation prévue du glyphosate pour y inclure l'évaluation des risques liés aux combinaisons POEA et glyphosate :

[TRADUCTION]

### B. Considérations

- Il existe des incertitudes concernant les effets des préparations à base de glyphosate sur les amphibiens dans les petites terres humides éphémères. En 2009, un groupe de chercheurs universitaires ont entrepris, en collaboration avec des chercheurs d'Environnement Canada, une étude de terrain qui pourrait lever ces incertitudes. Les résultats finaux de l'étude ne seront disponibles qu'en 2011 ou plus tard [...]

### C. Recommendations

- Le Comité des opérations scientifiques a recommandé de procéder à la réévaluation prévue du glyphosate en y incluant l'évaluation des risques liés aux combinaisons POEA et glyphosate plutôt que de déclencher l'examen spécial (option 1 de la note de breffage du Comité des opérations scientifiques) [Les caractères gras figurent dans le document original.]

[35] Le Comité de gestion scientifique peut, dans les cas appropriés, recommander d'autres investigations. En l'espèce, le Comité a décidé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à un examen spécial, mais que l'évaluation des risques associés aux POEA serait comprise dans la réévaluation prévue. Sa décision, datée du 30 juillet 2009, est reprise dans le procès-verbal de la réunion comme suit :

[TRADUCTION] Le Comité de gestion scientifique convient de ne pas procéder à l'examen spécial et d'inclure l'évaluation liée aux combinaisons POEA et glyphosate dans la réévaluation prévue du glyphosate.

### Une ébauche de lettre de l'Agence réglementaire en réponse à la demande d'examen spécial de la demanderesse

[36] Les éléments de preuve présentés à la Cour montrent qu'une ébauche de lettre a été rédigée en réponse à la demande de la demanderesse. À l'origine, la lettre contenait deux paragraphes qui ont été supprimés par la suite. Le premier de ces paragraphes reconnaissait

pesticide in issue on amphibians in small ephemeral wetlands. The original words in the draft letter stated:

There is controversy as to the effects of glyphosate formulations on amphibians in small ephemeral wetlands following the application of glyphosate formulations.

This uncertainty currently hinders effective and realistic assessments of the risk to amphibians from the use of glyphosate formulations.

[37] This deletion was made by Dr. Delorme. The reason for the deletion can be seen in a comment about the draft letter by another member of the EAD, Janine Glacier. She wrote about the draft letter:

Field studies by CFS under operational (and realistic) conditions provide the most useful information to address the concern about amphibians. I don't believe that the uncertainty "hinders effective or realistic assessment". Quite the contrary, there is a large amount of information available that enables an effective and realistic assessment.

#### The Decision Under Review

[38] By letter dated August 24, 2009 the Regulatory Agency declined the applicant's request to initiate a special review. The Regulatory Agency explained the process by which such requests are assessed—namely, by a team of scientists who recommend whether to initiate a special review based on their assessments of the merit of the scientific evidence presented in the request and whether the evidence changes existing risk assessment or risk mitigation measures, and whether there may be other mechanisms, such as re-evaluation that would be better suited to responding to the identified risks.

[39] The letter listed the evidence submitted by the applicant: six documents related to health risks, two documents related to environmental risks, two court decisions, an annex from the U.N. Human Rights Council,

la controverse quant aux effets du pesticide sur les amphibiens dans les petites terres humides éphémères. Voici le libellé de ces deux paragraphes dans l'ébauche de la lettre :

[TRADUCTION] Il y a une controverse quant aux effets des préparations à base de glyphosate sur les amphibiens dans les petites terres humides éphémères après application de ces préparations.

Cette incertitude empêche actuellement toute évaluation efficace et réaliste du risque que présente l'utilisation des préparations à base de glyphosate pour les amphibiens.

[37] Les deux paragraphes ont été supprimés par M. Delorme. Les raisons de cette suppression sont apparentes dans le commentaire exprimé par un autre membre de la Direction de l'évaluation environnementale, Janine Glacier, concernant l'ébauche de lettre :

[TRADUCTION] Les études de terrain effectuées par le Service canadien de la faune dans des conditions opérationnelles (réalistes) offrent les meilleures données pour aborder la préoccupation concernant les amphibiens. Je ne crois pas que l'incertitude « empêche toute évaluation efficace et réaliste ». Au contraire, il existe beaucoup de données qui permettent une évaluation efficace et réaliste.

#### La décision sous examen

[38] Dans une lettre datée du 24 août 2009, l'Agence réglementaire rejetait la demande d'examen spécial de la demanderesse. Elle expliquait le processus d'évaluation auquel ces demandes sont soumises — à savoir qu'une équipe de scientifiques se prononcent sur l'opportunité d'un examen spécial suivant leur appréciation de la valeur des éléments de preuve scientifiques présentés dans la demande, puis établissent si ces éléments modifient l'évaluation des risques déjà effectuée ou les mesures d'atténuation du risque, ou si d'autres mécanismes, tels que la réévaluation, sont mieux adaptés pour répondre aux risques identifiés.

[39] La lettre énumérait les éléments de preuve soumis par la demanderesse : six documents se rapportant aux risques sanitaires, deux documents ayant trait aux risques environnementaux, deux décisions judiciaires,

and a media article reporting on the results of a study included in the above.

[40] With regard to the health concerns, the Regulatory Agency stated that the overall conclusion of the evidence presented is that POEA formulants make glyphosate-containing products more toxic than those without the added POEA. But the letter states that all of the studies presented by the applicant were performed *in vitro* using cell cultures. In contrast, the letter states that the Regulatory Agency considers *in vivo* studies, which are conducted in more realistic settings, to be more indicative of the risks:

Although information from *in vitro* studies is considered in the overall assessment of a product, *in vivo* studies by various routes (oral, dermal, inhalation) are more representative of the hazard potential. PMRA assessments such as those that were conducted for glyphosate products containing POEA are based primarily on *in vivo* studies.

[41] The letter further stated that the data presented in one study, “An exploratory analysis of the effect of pesticide exposure on the risk of spontaneous abortion in an Ontario farm population”, were not convincing, due to the nature of the study itself, which included “unvalidated self-reported exposure information and lack of control for potentially important confounding factors such as maternal age”.

[42] As stated above, the applicant did not challenge this health risk finding before the Court.

[43] With regard to the environmental risks raised by the applicant, the Regulatory Agency recognized the danger posed to aquatic organisms:

In response to environmental concerns (documents 1 and 8), the PMRA recognizes the toxicity of glyphosate formulations to aquatic organisms and that the toxicity of those formulations is at least in part attributable to the surfactant, POEA.

une annexe du Conseil des droits de l’homme des Nations Unies, et un article de presse portant sur les résultats d’une étude mentionnée dans les documents précités.

[40] Au sujet des préoccupations pour la santé, l’ARLA déclare que la conclusion générale à tirer des éléments de preuve présentés est que les produits à base de glyphosate contenant des POEA sont plus toxiques que ceux n’en contenant pas. Dans la lettre, l’ARLA relève que toutes les études présentées par la demanderesse étaient des essais *in vitro* sur des cultures cellulaires. Or, ailleurs dans la lettre, l’ARLA affirme qu’elle considérait que les études *in vivo*, réalisées dans des conditions plus réalistes, indiquent mieux les risques :

[TRADUCTION] Bien que l’évaluation globale d’un produit tienne compte des données d’études *in vitro*, les études *in vivo* d’exposition par diverses voies (orale, cutanée ou respiratoire) sont plus représentatives du risque. Les évaluations de l’ARLA, comme celles effectuées sur les produits à base de glyphosate contenant des POEA s’appuient principalement sur des études *in vivo*.

[41] Plus loin dans la lettre, l’ARLA affirme que les données présentées dans l’étude intitulée « An exploratory analysis of the effect of pesticide exposure on the risk of spontaneous abortion in an Ontario farm population » n’étaient pas convaincantes, en raison de la nature même de l’étude, qui comprenait des données d’exposition autodéclarées non validées et qui ne tenait pas compte de facteurs confondants potentiellement importants, comme l’âge maternel.

[42] Comme mentionné plus haut, la demanderesse ne conteste pas cette appréciation du risque sanitaire devant la Cour.

[43] Quant aux risques environnementaux dont s’inquiète la demanderesse, l’ARLA a reconnu le danger pour les organismes aquatiques :

[TRADUCTION] Pour répondre aux préoccupations environnementales (documents 1 et 8), l’ARLA reconnaît que les préparations à base de glyphosate sont toxiques pour les organismes aquatiques et que cette toxicité est au moins partiellement attribuable à l’agent de surface POEA.

[44] The Regulatory Agency stated, however, that no registered uses of glyphosate allow for direct application to water. The Regulatory Agency further concluded that existing measures are effective at protecting amphibians:

Based on the currently available toxicity data, it is expected that the existing mitigation measures on labels, that limit drift into aquatic systems from agricultural uses, will be protective of amphibians in small ephemeral wetlands. Labels for forestry uses also indicate that appropriate buffer zones should be maintained for the protection of aquatic species.

There is insufficient new evidence of unacceptable risk to amphibians in the submitted information to support a special review of environmental effects. The upcoming re-evaluation of glyphosate will include consideration of amphibians and of the surfactant POEA.

[45] The Regulatory Agency concluded that the applicant had failed to bring enough new evidence of unacceptable risk to amphibians to support a special review. While the letter mentioned existing mitigation measures for forestry uses of the pesticide, it did not address the risk raised by the B.C. Literature Review—namely, the risk to amphibians in ephemeral wetlands when the pesticide is aerially sprayed in clear cut areas, which are not currently covered by the existing mitigation measures.

[46] The Regulatory Agency noted further that an upcoming re-evaluation of glyphosate would include “consideration of amphibians and of the surfactant POEA”.

[47] With regard to the applicant’s claims under subsection 17(2) of the Act, the Regulatory Agency found that Australia does not prohibit all uses of glyphosate, but rather has restricted uses allowing for direct application to water. The Regulatory Agency repeated that no such uses are approved in Canada. With regard to the applicant’s arguments under subsection 17(3), the Regulatory Agency stated that the literature review published by the government of British Columbia did

[44] L’ARLA a cependant déclaré qu’aucune utilisation homologuée du glyphosate n’en autorise l’application directe aux eaux de surface. Plus loin, l’agence conclut que les mesures existantes protègent efficacement les amphibiens :

[TRADUCTION] D’après les données de toxicité actuellement disponibles, les mesures d’atténuation inscrites sur les étiquettes pour limiter la dérive des produits appliqués sur des cultures vers des écosystèmes aquatiques devraient protéger les amphibiens dans les petites terres humides éphémères. Les étiquettes pour les utilisations en foresterie exigent des zones tampons de taille suffisante pour la protection des espèces aquatiques.

Les études présentées ne comportent pas suffisamment de nouvelles données montrant des risques inacceptables pour justifier l’examen spécial des effets environnementaux. La prochaine réévaluation du glyphosate tiendra compte des amphibiens et de l’agent de surface POEA.

[45] L’ARLA a conclu que la demanderesse n’avait pas présenté suffisamment de nouvelles données montrant des risques inacceptables pour les amphibiens pour justifier un examen spécial. Si la lettre de l’ARLA mentionne les mesures d’atténuation existantes pour les utilisations du pesticide en foresterie, elle n’a pas abordé la préoccupation soulevée dans la synthèse documentaire de la C.-B. concernant le risque pour les amphibiens dans les terres humides éphémères lorsque le produit est pulvérisé par voie aérienne dans des zones de coupes à blanc, qui ne sont pas visées par les mesures d’atténuation existantes.

[46] L’ARLA a affirmé que la prochaine réévaluation du glyphosate tiendrait compte des amphibiens et de l’agent de surface POEA.

[47] Quant à la demande faite en vertu du paragraphe 17(2) de la Loi, l’ARLA a constaté que l’Australie n’interdit pas toutes les utilisations du glyphosate, mais qu’elle restreint l’application directe du pesticide sur les eaux de surface. L’ARLA a répété que l’application directe à une eau de surface n’est pas autorisée au Canada. Quant aux arguments de la demanderesse relativement au paragraphe 17(3), l’ARLA a affirmé que la synthèse documentaire publiée par

not give grounds for a special review for the reasons stated with regard to subsection 17(1). The applicant did not challenge these two parts of the decision.

[48] As for the precautionary principle, the Regulatory Agency stated that the entire process by which products are registered under the Act incorporates the precautionary principle:

The PMRA wishes to assure you that the approach, which the PCPA prescribes for PMRA regulatory activities, is inherently precautionary. This applies to all product registrations, including glyphosate herbicides containing POEA. The Act places the onus on industry to conduct extensive scientific testing that will enable the PMRA to thoroughly evaluate a pesticide and consider its acceptability. PMRA evaluators use conservative assumptions in assessing health and environmental risks and when prescribing protective measures such as conditions of registration. A pesticide is only registered for use or sale in Canada if the rigorous scientific assessment process provides reasonable certainty that no harm to human health, future generations or the environment will result when the product is used according to label instructions.

The very high standard of “acceptable risk” imposed by the Act in a pre-market approval regulatory system is designed to prevent pest control products from posing the types of threat of harm identified in the Rio Declaration. However, Section 20 of the Act does make provision for the use that particular precautionary approach on an interim basis if, in the course of a re-evaluation or special review, it is determined to be appropriate pending completion of the process. Once the re-evaluation or special review is completed, if it is determined that the product no longer meets the acceptable risks or value standard the registration must be amended or cancelled, as the case may be, in accordance with subsection 21(2).

[49] The Regulatory Agency found that the current risk mitigation measures in place for the impugned pesticides “are appropriate until a re-evaluation of glyphosate-containing products is considered”. The Regulatory Agency found that the applicant’s evidence did not provide reasonable grounds for finding unacceptable health or environmental risks.

le gouvernement de la C.-B. ne justifie pas un examen spécial, et ce, pour les mêmes raisons que celles invoquées concernant le paragraphe 17(1). La demanderesse n’a pas contesté ces deux aspects de la décision.

[48] Quant au principe de précaution, l’Agence réglementaire a affirmé qu’il éclairait l’ensemble du processus d’homologation des produits sous le régime de la Loi :

[TRADUCTION] L’ARLA vous assure que la démarche que la LPA lui impose pour ses activités de réglementation est intrinsèquement précautionneuse. C’est le cas pour l’homologation de tous les produits, y compris les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA. La Loi impose à l’industrie l’obligation de réaliser de nombreux essais scientifiques qui permettent à l’ARLA de faire une évaluation exhaustive d’un pesticide et d’en déterminer l’acceptabilité. Les évaluateurs de l’ARLA font des hypothèses prudentes pour évaluer les risques sanitaires et environnementaux et pour prescrire des mesures de protection comme conditions de l’homologation. Ainsi, l’ARLA n’homologue l’utilisation ou la vente d’un pesticide au Canada que si le processus rigoureux d’évaluation scientifique indique avec une certitude raisonnable que l’utilisation du produit selon les instructions sur l’étiquette ne nuira pas à la santé humaine, aux générations futures ou à l’environnement.

La norme très stricte de « risque acceptable » imposée par la Loi dans le cadre d’un système réglementaire d’approbation préalable à la mise en marché est conçue pour que les produits antiparasitaires ne soient associés à aucune menace de dommage du type de celles qu’évoque la Déclaration de Rio. Cependant, l’article 20 de la Loi prévoit que cette approche préventive particulière peut s’appliquer de manière provisoire, dans le cadre d’une réévaluation ou d’un examen spécial, si leur opportunité est établie en attendant la fin du processus. Une fois la réévaluation ou l’examen spécial complété, l’homologation sera modifiée ou révoquée, selon le cas, conformément au paragraphe 21(2), s’il est établi que le produit ne satisfait plus à la norme de risque et de valeur acceptables.

[49] L’ARLA a jugé que les mesures d’atténuation des risques existantes pour les pesticides en cause sont adéquates jusqu’à ce qu’on envisage la réévaluation des produits contenant du glyphosate. L’ARLA a estimé que les données présentées par la demanderesse ne constituaient pas des motifs raisonnables de considérer les risques sanitaires ou environnementaux comme inacceptables.



[50] The Regulatory Agency informed the applicant that a re-evaluation of glyphosate was anticipated in the near future. The re-evaluation would be conducted jointly with the United States Environmental Protection Agency. The U.S. Environmental Protection Agency had published its initial workplan for that project on July 22, 2009, and acknowledged that the U.S. would be working cooperatively with the Regulatory Agency. It informed the applicant that there is a public request for data involved in that process, and that the applicant could re-submit her information at that time.

[51] The decision repeatedly referred to the re-evaluation under section 16 suggesting that a special review under section 17 was therefore not necessary. The decision stated as follows:

On page 1: “If risk concerns are recognized, the PMRA also considers whether there are other mechanisms, such as re-evaluation that may be better suited to responding to the risk concerns than a special review.”

On page 2: “There is insufficient new evidence of unacceptable risk to amphibians in the submitted information to support a special review of environmental effects. The upcoming re-evaluation of glyphosate will include consideration of amphibians and of the surfactant POEA.”

On page 4: “The PMRA has determined that the current risk mitigation measures in place for glyphosate (including no registered uses for direct application to water and other risk mitigation measures to minimise non-target exposures from spray drift)” are appropriate until a re-evaluation of glyphosate-containing products is conducted.”

On page 4: “Based on the overall assessment of your request, the PMRA has determined that the information submitted does not meet the requirements to invoke a special review. However, the PMRA will address concerns around the potential environmental risks associated with POEA in the broader re-evaluation of all glyphosate products. While this may entail additional work due to

[50] L'ARLA a informé la demanderesse qu'elle prévoyait réévaluer le glyphosate dans un avenir rapproché, de concert avec l'Environmental Protection Agency des États-Unis. L'agence américaine a publié son plan de travail initial pour ce projet le 22 juillet 2009 en reconnaissant qu'elle y collaborerait avec l'ARLA. L'ARLA a informé la demanderesse que le processus de réévaluation comprendrait une demande de données publique et qu'elle pourrait alors présenter de nouveau ses données.

[51] La décision mentionnait plusieurs fois la réévaluation prévue à l'article 16, donnant ainsi à penser qu'un examen spécial en vertu de l'article 17 n'était pas nécessaire. La décision contient ce qui suit :

À la page 1 : [TRADUCTION] « Si les préoccupations concernant les risques sont reconnues, l'ARLA se demande également si d'autres mécanismes, comme la réévaluation, conviendraient davantage qu'un examen spécial pour les dissiper. »

À la page 2 : [TRADUCTION] « Les études présentées ne comportent pas suffisamment de nouvelles données montrant des risques inacceptables pour justifier l'examen spécial des effets environnementaux. La prochaine réévaluation du glyphosate tiendra compte des amphibiens et de l'agent de surface POEA. »

À la page 4 : [TRADUCTION] « L'ARLA a déterminé que les mesures d'atténuation des risques actuellement en place pour le glyphosate (y compris l'interdiction d'appliquer directement le produit sur des eaux de surface et des mesures visant à réduire au minimum l'exposition d'organismes non visés à la dérive de pulvérisation du produit) sont adéquates jusqu'à ce qu'on réévalue les produits contenant du glyphosate. »

À la page 4 : [TRADUCTION] « Après avoir évalué votre demande, l'ARLA a déterminé que les données que vous avez présentées ne satisfont pas aux critères justifiant un examen spécial. Toutefois, l'ARLA abordera les préoccupations concernant les possibles risques environnementaux associés aux POEA dans le cadre de la réévaluation de tous les produits à base de glyphosate.

the broader scope, this will lead to a more complete consideration of the concerns.”

On page 4: “The PMRA anticipates that the re-evaluation of glyphosate will be officially announced within the year and will include particular consideration of glyphosate products containing POEA.”

On page 4: “One of the initial steps of the re-evaluation will be a public request for data to address specific topics. We appreciate your interest in the regulation of pesticides and would encourage you to submit any additional information regarding glyphosate at that time.”

## LEGISLATION

[52] The Minister’s objectives in administering the *Pest Control Products Act*, S.C. 2002, c. 28, are set out in section 4:

Primary objective

**4.** (1) In the administration of this Act, the Minister’s primary objective is to prevent unacceptable risks to people and the environment from the use of pest control products.

Ancillary objectives

(2) Consistent with, and in furtherance of, the primary objective, the Minister shall

(a) support sustainable development designed to enable the needs of the present to be met without compromising the ability of future generations to meet their own needs;

(b) seek to minimize health and environmental risks posed by pest control products and encourage the development and implementation of innovative, sustainable pest management strategies by facilitating access to pest control products that pose lower risks and by other appropriate measures;

Cette réévaluation élargie nécessitera peut-être plus de travail, mais elle permettra de plus complètement aborder toutes les préoccupations. »

À la page 4 : [TRADUCTION] « L’ARLA prévoit annoncer officiellement la réévaluation du glyphosate durant l’année en cours, et cette réévaluation portera une attention particulière aux produits à base de glyphosate contenant des POEA. »

À la page 4 : [TRADUCTION] « Une demande publique de données concernant certains aspects constituera une des premières étapes de la réévaluation. Nous apprécions l’intérêt que vous portez à la réglementation des pesticides et vous encourageons à présenter tout autre renseignement sur le glyphosate à ce moment-là. »

## LÉGISLATION

[52] Les objectifs du ministre en ce qui a trait à l’application de la *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, ch. 28, sont énoncés à l’article 4 :

**4.** (1) Pour l’application de la présente loi, le ministre a comme objectif premier de prévenir les risques inacceptables pour les personnes et l’environnement que présente l’utilisation des produits antiparasitaires.

Objectif premier

(2) À cet égard, le ministre doit :

Objectifs connexes

a) promouvoir le développement durable, soit un développement qui permet de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations futures de satisfaire les leurs;

b) tenter de réduire au minimum les risques sanitaires et environnementaux que présentent les produits antiparasitaires et d’encourager le développement et la mise en œuvre de stratégies de lutte antiparasitaire durables et innovatrices — en facilitant l’accès à des produits antiparasitaires à risque réduit — et d’autres mesures indiquées;

	(c) encourage public awareness in relation to pest control products by informing the public, facilitating public access to relevant information and public participation in the decision-making process; and		(c) sensibiliser le public aux produits antiparasitaires en l'informant, en favorisant son accès aux renseignements pertinents et en encourageant sa participation au processus de prise de décision;	
	(d) ensure that only those pest control products that are determined to be of acceptable value are approved for use in Canada.		(d) veiller à ce que seuls les produits antiparasitaires dont la valeur a été déterminée comme acceptable soient approuvés pour utilisation au Canada.	
Protection of future generations	<b>4.1</b> For greater certainty, protection and consideration afforded to children in this Act shall also extend to future generations.		<b>4.1</b> Il est entendu que la protection et la considération que la présente loi accorde aux enfants s'étendent aux générations futures.	Protection des générations futures
[53]	The Act defines “environmental risk” and “pest” in subsection 2(1):	[53]	Le paragraphe 2(1) de la Loi définit ainsi « parasite » et « risque environnemental » :	
Definitions	<b>2.</b> (1) ...	2.	[...]	Définitions
“environmental risk” « <i>risque environnemental</i> »	“environmental risk”, in respect of a pest control product, means the possibility of harm to the environment, including its biological diversity, resulting from exposure to or use of the product, taking into account its conditions or proposed conditions of registration.  ...	« parasite »	Animal, plante ou autre organisme qui est, directement ou non, nuisible, nocif ou gênant, ainsi que toute fonction organique ou condition nuisible, nocive ou gênante d'un animal, d'une plante ou d'un autre organisme.  [...]	« parasite » “ <i>pest</i> ”
“pest” « <i>parasite</i> »	“pest” means an animal, a plant or other organism that is injurious, noxious or troublesome, whether directly or indirectly, and an injurious, noxious or troublesome condition or organic function of an animal, a plant or other organism.	« risque environnemental »	Risque de dommage à l'environnement, notamment à sa diversité biologique, résultant de l'exposition au produit antiparasitaire ou de l'utilisation de celui-ci, compte tenu des conditions d'homologation proposées ou fixées.	« risque environnemental » “ <i>environmental risk</i> ”
[54]	The definition of a “pest control product” is also established in subsection 2(1) of the Act:	[54]	Le paragraphe 2(1) définit aussi l'expression « produit antiparasitaire » :	
Definitions	<b>2.</b> (1) ...	2.	[...]	Définitions
“pest control product” « <i>produit antiparasitaire</i> »	“pest control product” means  (a) a product, an organism or a substance, including a product, an organism or a substance derived through biotechnology, that consists of its active ingredient, formulants and contaminants, and that is manufactured, represented, distributed or used as a means for directly or indirectly controlling, destroying, attracting or repelling a pest or for mitigating or preventing its injurious, noxious or troublesome effects;	« produit antiparasitaire »	Produit, substance ou organisme — notamment ceux résultant de la biotechnologie — constitué d'un principe actif ainsi que de formulants et de contaminants et fabriqué, présenté, distribué ou utilisé comme moyen de lutte direct ou indirect contre les parasites par destruction, attraction ou répulsion, ou encore par atténuation ou prévention de leurs effets nuisibles, nocifs ou gênants;	« produit antiparasitaire » “ <i>pest control product</i> ”

(b) an active ingredient that is used to manufacture anything described in paragraph (a); or

b) tout principe actif servant à la fabrication de ces éléments;

(c) any other thing that is prescribed to be a pest control product.

c) toute chose désignée comme tel par règlement.

[55] The definition of what constitutes an “acceptable risk” is set out in subsection 2(2):

[55] Un « risque acceptable » est ainsi défini au paragraphe 2(2) :

2. ...

2. [...]

Acceptable risks

(2) For the purposes of this Act, the health or environmental risks of a pest control product are acceptable if there is reasonable certainty that no harm to human health, future generations or the environment will result from exposure to or use of the product, taking into account its conditions or proposed conditions of registration.

(2) Pour l'application de la présente loi, les risques sanitaires ou environnementaux d'un produit antiparasitaire sont acceptables s'il existe une certitude raisonnable qu'aucun dommage à la santé humaine, aux générations futures ou à l'environnement ne résultera de l'exposition au produit ou de l'utilisation de celui-ci, compte tenu des conditions d'homologation proposées ou fixées.

Risques acceptables

[56] The Act prohibits the use of unregistered pest control products in subsection 6(1):

[56] Le paragraphe 6(1) de la Loi interdit l'emploi de produits antiparasitaires non homologués :

Unregistered pest control products

6. (1) No person shall manufacture, possess, handle, store, transport, import, distribute or use a pest control product that is not registered under this Act, except as otherwise authorized under subsection 21(5) or 41(1), any of sections 53 to 59 or the regulations.

6. (1) Sauf dans les cas autorisés par les paragraphes 21(5) et 41(1), les articles 53 à 59 et les règlements, il est interdit de fabriquer, de posséder, de manipuler, de stocker, de transporter, d'importer, de distribuer ou d'utiliser un produit antiparasitaire non homologué en vertu de la présente loi.

Produits non homologués

[57] Subsection 6(5) prohibits the misuse of pest control products:

[57] Le paragraphe 6(5) interdit le mauvais usage de produits antiparasitaires :

6. ...

6. [...]

Misuse of pest control products

(5) No person shall handle, store, transport, use or dispose of a pest control product in a way that is inconsistent with

(5) Il est interdit de manipuler, de stocker, de transporter ou d'utiliser un produit antiparasitaire, ou d'en disposer, d'une manière non conforme :

Utilisation non conforme

(a) the regulations; or

a) soit aux règlements;

(b) if the product is registered, the directions on the label recorded in the Register, subject to the regulations.

b) soit, si le produit est homologué, aux instructions de l'étiquette figurant dans le Registre, sous réserve des règlements.

[58] The penalties for committing the above offences are stated in subsection 6(9):

[58] Les peines sanctionnant les infractions susmentionnées sont énoncées au paragraphe 6(9) :

	<b>6. ...</b>		<b>6. [...]</b>	
Offence and punishment	<p>(9) A person who contravenes any provision of this section is guilty of an offence and liable</p> <p>(a) on summary conviction, to a fine of not more than \$200,000 or to imprisonment for a term of not more than six months, or to both; or</p> <p>(b) on conviction on indictment, to a fine of not more than \$500,000 or to imprisonment for a term of not more than three years, or to both.</p>		<p>(9) Quiconque contrevient à toute disposition du présent article commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :</p> <p>a) par procédure sommaire, une amende maximale de 200 000 \$ et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;</p> <p>b) par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ et un emprisonnement maximal de trois ans, ou l'une de ces peines.</p>	Infraction et peine
	[59] Subsection 16(1) gives the Minister discretion to initiate a re-evaluation under the Act, subject to the requirements in subsection 16(2):		[59] Aux termes du paragraphe 16(1), le ministre jouit du pouvoir discrétionnaire de procéder à une réévaluation au titre de la Loi, sous réserve des exigences énoncées au paragraphe 16(2) :	
Minister's discretion to initiate re-evaluation	<p><b>16.</b> (1) The Minister may initiate the re-evaluation of a registered pest control product if the Minister considers that, since the product was registered, there has been a change in the information required, or the procedures used, for the evaluation of the health or environmental risks or the value of pest control products of the same class or kind.</p>		<p><b>16.</b> (1) Le ministre peut procéder à la réévaluation d'un produit antiparasitaire homologué s'il estime que, depuis son homologation, il y a eu un changement en ce qui touche les renseignements exigés ou la procédure à suivre pour l'évaluation de la valeur des produits de même catégorie ou de même nature ou des risques sanitaires ou environnementaux qu'ils présentent.</p>	Réévaluation
Minister required to initiate re-evaluation	<p>(2) Without limiting the generality of subsection (1),</p> <p>(a) if a decision of a type referred to in paragraph 28(1)(a) or (b) was made in relation to a pest control product on or after April 1, 1995, the Minister shall initiate a re-evaluation of that product no later than one year after 15 years have elapsed since the most recent decision of that type; and</p> <p>(b) if the most recent decision of a type referred to in paragraph 28(1)(a) or (b) was made in relation to a pest control product before April 1, 1995, the Minister shall initiate a re-evaluation of that product no later than April 1, 2005 or the date that is one year after 15 years have elapsed since that decision, whichever date is later.</p>		<p>(2) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (1) :</p> <p>a) lorsqu'une décision sur l'homologation d'un produit antiparasitaire, du même type que celle visée aux alinéas 28(1)a) ou b), est prise le 1<sup>er</sup> avril 1995 ou après cette date, le ministre procède à une réévaluation du produit au plus tard un an après la période de quinze ans écoulée depuis la plus récente décision de ce type;</p> <p>b) lorsque la plus récente décision sur l'homologation d'un produit antiparasitaire, du même type que celle visée aux alinéas 28(1)a) ou b), a été prise avant le 1<sup>er</sup> avril 1995, le ministre procède à une réévaluation du produit au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2005 ou, si cette date est postérieure, la date qui suit d'un an la période de quinze ans écoulée depuis la décision.</p>	Réévaluation exigée

[60] The requirement that the Minister conduct a special review in certain circumstances is contained in section 17 of the Act:

Initiation of special review by Minister

**17.** (1) The Minister shall initiate a special review of the registration of a pest control product if the Minister has reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the product are, or its value is, unacceptable.

Special review where OECD ban

(2) Without limiting the generality of subsection (1), when a member country of the Organisation for Economic Co-operation and Development prohibits all uses of an active ingredient for health or environmental reasons, the Minister shall initiate a special review of registered pest control products containing that active ingredient.

Special review where information from department or province

(3) Without limiting the generality of subsection (1), the Minister shall initiate a special review of the registration of a pest control product if a federal or provincial government department or agency has provided information to the Minister that relates to the health or environmental risks or the value of the product and if, after considering the information provided, the Minister has reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the product are, or its value is, unacceptable.

Request for special review

(4) Any person may request a special review of the registration of a pest control product by making a request to the Minister in the form and manner directed by the Minister.

Decision

(5) Within a reasonable time after receiving a request, the Minister shall decide whether to initiate a special review and shall respond to the request with written reasons for the decision.

## ISSUES

[61] The applicant raises the following issues on this judicial review application:

1. Did the Minister err by only considering “new evidence”, and by failing to consider the entire body of evidence relevant to the existence of an environmental risk,

[60] L'exigence que le ministre procède à un examen spécial dans certaines circonstances est prévue à l'article 17 de la Loi :

**17.** (1) Le ministre procède à l'examen spécial de l'homologation du produit antiparasitaire lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que la valeur du produit ou les risques sanitaires ou environnementaux qu'il présente sont inacceptables.

Examen spécial

(2) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (1), lorsqu'un pays membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques interdit l'utilisation d'un principe actif pour des raisons sanitaires ou environnementales, le ministre procède à l'examen spécial des produits antiparasitaires homologués contenant ce principe actif.

Examen spécial — interdiction de l'OCDE

(3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (1), le ministre procède à l'examen spécial de l'homologation du produit antiparasitaire lorsqu'un ministère ou organisme public fédéral ou provincial lui fournit les renseignements relatifs aux risques sanitaires ou environnementaux ou à la valeur du produit visé et, à la suite de l'étude de ces renseignements, le ministre a des motifs raisonnables de croire que la valeur du produit ou les risques sanitaires ou environnementaux qu'il présente sont inacceptables.

Examen spécial — renseignements des ministères ou provinces

(4) Toute personne peut faire une demande d'examen spécial au ministre, en la forme et de la façon qu'il précise.

Demande

(5) Dans un délai raisonnable suivant la réception de la demande, le ministre décide s'il procède ou non à l'examen et communique à son auteur sa décision en la motivant par écrit.

Demande de renseignements

## QUESTIONS EN LITIGE

[61] La demanderesse soulève les questions suivantes dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire :

1. Le ministre a-t-il commis une erreur en ne tenant compte que de « nouvelles données », et en n'examinant pas l'intégralité de la preuve se rapportant à l'existence d'un

- |  |   |
|--|---|
| <p>including information that he had prior to the applicant's request?</p>   | <p>risque environnemental, et notamment les renseignements dont il disposait avant que la demanderesse ne présente sa demande?</p>  |
| <p>2. Did the Minister err by concluding that a mandatory special review under section 17 is not required if he intends to engage in a periodic review under section 16 of the Act in the near future?</p> | <p>2. Le ministre a-t-il commis une erreur en concluant qu'un examen spécial obligatoire au titre de l'article 17 n'est pas requis s'il a l'intention de procéder à un examen périodique au titre de l'article 16 dans un avenir rapproché?</p> |
| <p>3. Did the Minister err in interpreting the evidentiary threshold required to initiate a special review under section 17?</p>   | <p>3. L'interprétation qu'a faite le ministre du niveau de preuve exigé pour procéder à un examen spécial au titre de l'article 17 était-elle erronée?</p>  |
| <p>4. Did the Minister err in his interpretation of his statutory obligation to apply the precautionary principle?</p>   | <p>4. L'interprétation qu'a faite le ministre de son obligation d'appliquer le principe de précaution était-elle erronée?</p>   |
| <p>5. Was the Minister's finding, that glyphosate herbicides containing POEA do not present an unacceptable risk, unreasonable?</p>  | <p>5. Était-il déraisonnable pour le ministre de conclure que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA ne présentent pas un risque inacceptable?</p>  |

[62] The respondent raises a sixth issue: whether relief should be granted. Although an earlier motion to strike the application as moot was dismissed, the respondent submits that the applicant is not entitled to relief because there is little or no practical value to her of such relief, and refusing to grant the relief is in the public interest. This is because a re-evaluation pursuant to section 16 of the Act was commenced in November 2009. Thus, were the Minister to reconsider his decision and order a special review under section 17, the respondent submits this would simply replicate the work that has already begun pursuant to section 16.

[62] Le défendeur soulève une sixième question : y a-t-il lieu d'octroyer une réparation? Bien qu'une requête antérieure en radiation de la demande pour cause de caractère théorique ait été rejetée, le défendeur fait valoir que la demanderesse n'a pas droit à une réparation, car cette mesure n'aurait que peu ou pas de bénéfice pratique pour elle et qu'il est dans l'intérêt public de la lui refuser. La raison en est qu'une réévaluation au titre de l'article 16 de la Loi a été entamée en novembre 2009. Le défendeur soutient donc que de réexaminer sa décision et d'ordonner un examen spécial aux termes de l'article 17 reviendrait à répéter le processus déjà lancé en vertu de l'article 16.

#### STANDARD OF REVIEW

[63] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court of Canada held at paragraph 62 that the first step in conducting a standard of review analysis is to "ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of (deference) to be accorded with regard to a particular category of question": see also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, per Justice Binnie at paragraph 53.

#### NORME DE CONTRÔLE

[63] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada déclare au paragraphe 62 que la première étape de l'analyse touchant la norme de contrôle consiste à « vérifie[r] si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » : voir également *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, le juge Binnie, au paragraphe 53.

[64] This application seeks to review a decision of the Minister under section 17 of the Act. The provision requires the Minister to initiate a special review where he finds reasonable grounds for believing that health or environmental risks associated with a product use are unacceptable.

[65] Neither party has pointed the Court to a case in which the standard of review of a Minister's decision under this section of the Act was considered. The respondent did, however, rely on a 1994 decision of the Federal Court of Appeal, *Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8 et al. v. Canada (Minister of Agriculture) et al.* (1994), 174 N.R. 37, reviewing a decision of the Minister to register a product under the former version of the Act [R.S.C., 1985, c. P-9]. The case is useful insofar as it discusses the scope of a Minister's discretion under the Act.

[66] In *Pulp, Paper and Woodworkers of Canada*, the Court of Appeal considered an appeal from a Federal Court decision granting the applicant a writ of *certiorari* to quash a decision by the Minister to register a pesticide as a controlled product. The legislation at issue was similar to that applicable in this case. There, the Minister had discretion, under section 18 of the former *Pest Control Products Regulations* [C.R.C., c. 1253], to refuse to register a product when the Minister felt that he did not have enough information to assess or evaluate the product, or felt that the use of the product would lead to an unacceptable risk of harm to public health. The Court of Appeal stated the following with regard to the standard a court should use in reviewing a minister's decision in these circumstances (notes omitted) [at paragraph 25]:

It follows, from section 18, that once the necessary information is before the Minister, a court of law has no jurisdiction to question the sufficiency of that information. The trial judge was, therefore, in error when he proceeded to analyze the lack of depth of Ralph's [Mr. C.D. Ralph, the Product Management Division of the Pesticides Directorate of the Department of Agriculture and Minister's delegate] evaluation and research since it was clear from the affidavit that Ralph had addressed his mind to the nature and quality of the information he had received. The trial judge certainly went too far when he

[64] La présente demande de contrôle vise une décision prise par le ministre au titre de l'article 17 de la Loi. D'après cette disposition, le ministre est tenu de procéder à un examen spécial s'il a des motifs raisonnables de croire que les risques sanitaires ou environnementaux associés à un produit sont inacceptables.

[65] Aucune des parties n'a présenté à la Cour de décision traitant de la norme de contrôle d'une décision du ministre rendue au titre de cette disposition de la Loi. Le défendeur s'est toutefois appuyé sur un arrêt de 1994 de la Cour d'appel fédérale, *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, section locale 8 et al. c. Canada (Ministre de l'Agriculture) et al.*, [1994] A.C.F. n° 1067 (QL), portant sur le contrôle d'une décision du ministre d'homologuer un produit au titre de l'ancienne loi [L.R.C. (1985), ch. P-9]. Ce jugement est utile, car il y est question de l'étendue du pouvoir discrétionnaire que la Loi confère au ministre.

[66] Dans l'arrêt *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada*, la Cour d'appel était saisie d'un appel d'une décision de la Cour fédérale de décerner un bref de *certiorari* portant annulation de la décision par laquelle le ministre avait homologué un pesticide comme produit contrôlé. La législation pertinente était comparable à celle qui s'applique en l'espèce. En vertu de l'article 18 de l'ancien *Règlement sur les produits anti-parasitaires* [C.R.C., ch. 1253], le ministre avait le pouvoir discrétionnaire de refuser d'homologuer un produit s'il estimait manquer de renseignements pour procéder à son évaluation, ou que son emploi entraînait un risque inacceptable de dommages pour la santé publique. La Cour d'appel a déclaré ce qui suit concernant la norme que les tribunaux devaient appliquer pour contrôler la décision du ministre dans ces circonstances (notes omises) [au paragraphe 25] :

Il découle de l'article 18 que, lorsque les renseignements nécessaires ont été fournis au ministre, une cour de justice n'a pas compétence pour mettre en doute le caractère suffisant de ces renseignements. Le juge de première instance a donc commis une erreur lorsqu'il s'est mis à analyser le manque de profondeur de l'évaluation et de la recherche faites par M. Ralph [M. C.D. Ralph, gestionnaire des produits de la Division de la gestion des produits de la Direction des pesticides du ministère de l'Agriculture et délégué du ministre] puisqu'il ressortait clairement de l'affidavit que M. Ralph



concluded that “[e]ven if the Minister addressed his mind to the appropriate question and found that the information supplied in relation to the application for registration of Busan 30WB was sufficient to enable the control product to be assessed and evaluated, the Minister nevertheless exceeded his authority in exercising his discretion to cause Busan 30WB to be registered because the sufficiency decision was patently in error”. In the case of *Re Maple Lodge Farms Ltd. and Government of Canada*, McIntyre J., for the Supreme Court of Canada, made it very clear that:

... It is, as well, a clearly-established rule that the courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility.

[67] Subsequent jurisprudence has reinforced this approach. Thus, the Court will evaluate the Minister’s interpretations of the legal standards applicable to him on a standard of correctness, but once the Minister has correctly interpreted his duties, his exercise of discretion in performing those duties will be reviewed on a standard of reasonableness: see also, *Dunsmuir*, above, at paragraphs 47, 49–50 and 53.

[68] Issues 1 and 5 raised by the applicant challenge the Minister’s evaluation of the evidence and application of the evidence to the law. These are reviewable on a standard of reasonableness.

[69] The remaining issues concern the Minister’s interpretation of the legal requirements of the Act. These are not areas within the Minister’s specialized area of expertise and there is no privative clause that suggests a more deferential standard should apply to the Minister’s legal interpretations. As such, they are to be reviewed on a standard of correctness: see *Dunsmuir*, at paragraph 55.

## ANALYSIS

Statutory Framework of the *Pest Control Products Act*

avait examiné la nature et la qualité des renseignements qu’il avait obtenus. Le juge de première instance a sans aucun doute dépassé la mesure lorsqu’il a conclu que « [m]ême si le ministre avait examiné la question qu’il convenait d’examiner et conclu par la suite que les renseignements fournis dans le cadre de la demande d’enregistrement du Busan 30WB étaient suffisants pour en permettre l’évaluation, il a quand même excédé sa compétence lorsqu’il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour permettre l’enregistrement de ce produit antiparasitaire puisque cette conclusion était manifestement erronée. » Dans l’affaire *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, le juge McIntyre, qui s’exprimait au nom de la Cour suprême du Canada, a bien précisé que :

[...] C’est aussi une règle bien établie que les cours ne doivent pas s’ingérer dans l’exercice qu’un organisme désigné par la loi fait d’un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé.

[67] La jurisprudence subséquente a entériné ce raisonnement. Ainsi, la Cour évaluera l’interprétation par le ministre des normes juridiques auxquelles il est assujéti selon la norme de la décision correcte, mais s’il est établi qu’il a correctement interprété ses obligations, l’exercice du pouvoir discrétionnaire dont il a usé pour s’en acquitter sera examiné selon la norme de la raisonabilité : voir aussi *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 47, 49, 50 et 53.

[68] Les questions 1 et 5 soulevées par la demanderesse contestent l’appréciation qu’a faite le ministre de la preuve et son application au droit. Ces questions relèvent de la norme de la raisonabilité.

[69] Les autres questions concernent l’interprétation par le ministre des exigences de la Loi. Celles-ci ne regardent pas l’expertise spécialisée du ministre et aucune clause privative ne donne à penser que son interprétation de la Loi mérite une plus grande déférence. À ce titre, ces questions doivent être examinées selon la norme de la décision correcte : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 55.

## ANALYSE

Cadre législatif de la *Loi sur les produits antiparasitaires*

[70] The Act's objectives are stated in section 4. Subsection 4(1) states that the Minister's "primary" objective in administering the Act is to "prevent unacceptable risks to people and the environment from the use of pest control products."

[71] Companies seeking to sell a pest control product in Canada must submit an application for registration to the Regulatory Agency, which is an agency of experts that the Minister has charged with administering the Act and regulations. The Regulatory Agency has a detailed process of review and analysis that it undertakes prior to making its decision regarding the registration of a pesticide.

[72] A pesticide's registration under the Act includes a number of details, including conditions relating to the manufacture, use, composition, labelling of the product, and the period for which the registration is valid. Products are registered for specific uses, and if registrants want to expand a product's registered uses, they must re-apply to the Regulatory Agency and provide any additional required data.

[73] Once a pesticide is registered, its registration is maintained subject to additional evaluations that may be undertaken by the Minister. There are two ways in which such evaluations occur. First, "re-evaluations" pursuant to section 16 of the Act are conducted periodically (such as every 15 years) or where the Minister believes that evaluation procedures or information requirements for the pesticide's registration have changed since the product was registered.

[74] Second, "special reviews" pursuant to section 17 of the Act must be initiated where the Minister "has reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the product are, or its value is, unacceptable"; where "a member country of the Organisation for Economic Co-operation and Development prohibits all uses of an active ingredient for health or environmental reasons"; or where a federal or provincial government has alerted the Minister to information that the Minister

[70] Les objectifs de la Loi sont énoncés à l'article 4. Le paragraphe 4(1) prévoit que, pour l'application de la Loi, le ministre a comme objectif « premier » de « prévenir les risques inacceptables pour les personnes et l'environnement que présente l'utilisation des produits antiparasitaires ».

[71] Les entreprises qui souhaitent vendre un produit antiparasitaire au Canada doivent soumettre une demande d'homologation à l'Agence réglementaire, laquelle est composée d'experts que le ministre a chargés d'appliquer la Loi et les règlements. L'Agence réglementaire s'en remet à un processus détaillé d'examen et d'analyse avant de rendre une décision sur l'homologation d'un pesticide.

[72] L'homologation d'un pesticide en vertu de la Loi couvre un certain nombre de détails, notamment les conditions liées à la fabrication, l'emploi, la composition, l'étiquetage du produit ainsi que la période de validité de l'homologation. Les produits sont homologués à des fins précises; s'ils souhaitent en élargir la portée, les titulaires doivent présenter une nouvelle demande à l'Agence réglementaire et soumettre toutes les données additionnelles requises.

[73] Une fois accordée, l'homologation du pesticide est maintenue sous réserve d'évaluations additionnelles dont le ministre peut prendre l'initiative. Celles-ci ont lieu dans deux cas. Premièrement, lorsque les « réévaluations » au titre de la Loi sont entreprises périodiquement (par exemple, tous les 15 ans) en vertu de l'article 16, ou encore si le ministre estime que les procédures d'évaluation ou les renseignements exigés pour l'homologation du pesticide ont changé depuis que le produit a été approuvé.

[74] Deuxièmement, le ministre procédera à un « examen spécial » au titre de l'article 17 de la Loi lorsqu'il « a des motifs raisonnables de croire que la valeur du produit ou les risques sanitaires ou environnementaux qu'il présente sont inacceptables »; lorsqu'« un pays membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques interdit l'utilisation d'un principe actif pour des raisons sanitaires ou environnementales »; ou lorsqu'une agence gouvernementale fédérale

thinks provide reasonable grounds for finding that the risks to health or the environment are unacceptable.

[75] Any person may make a request that the Minister initiate a special review of the safety of a particular pesticide under subsection 17(4) of the Act. This ensures that any individual in Canada worried about the safety of a pesticide can have its safety examined by the scientific experts.

[76] The Minister has an obligation to initiate a review under subsection 17(1), if the Minister has reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the pesticide are unacceptable, or the value of the pesticide is unacceptable. As provided in section 4 of the Act, the Minister's primary objective is to prevent unacceptable risks to people and the environment from the use of pest control products.

[77] In determining whether a product poses an unacceptable risk under section 17, the Regulatory Agency has a review process, described above in paragraph 22.

The Court's Analysis of the Request for Special Review in this Case

[78] The request for a special review of glyphosate herbicides containing POEA was contained in a 29-page letter dated May 25, 2009 together with a binder of studies referred to in the letter. The grounds for a special review were "the enclosed significant new evidence which establishes reasonable grounds to believe the health or environmental risks" of the pesticide in issue are unacceptable.

[79] The letter referred to several medical studies which the letter said raise reasonable grounds to believe that the health risks of the pesticides are unacceptable, "because they adversely affect human reproduction and development; cause endocrine disruption and may cause

ou provinciale attire l'attention du ministre sur des renseignements dont celui-ci croit qu'ils offrent des motifs raisonnables de conclure que les risques pour la santé ou l'environnement sont inacceptables.

[75] En vertu du paragraphe 17(4) de la Loi, toute personne peut demander au ministre de procéder à un examen spécial de l'innocuité d'un pesticide particulier. Ceci permet à toute personne au Canada préoccupée par l'innocuité d'un pesticide de soumettre la question à l'examen des experts scientifiques.

[76] Aux termes du paragraphe 17(1), le ministre est tenu de procéder à un examen s'il a des motifs raisonnables de croire que les risques sanitaires ou environnementaux ou que la valeur du pesticide sont inacceptables. Conformément à l'article 4 de la Loi, l'objectif premier du ministre est de prévenir les risques inacceptables pour les personnes et l'environnement que présente l'utilisation des produits antiparasitaires.

[77] Pour établir si un produit pose un risque inacceptable au sens de l'article 17, l'Agence réglementaire engage le processus que nous avons décrit plus haut au paragraphe 22.

L'analyse par la Cour de la demande d'examen spécial en l'espèce

[78] La demande d'examen spécial des herbicides à base de glyphosate contenant des POEA a été présentée dans une lettre de 29 pages datée du 25 mai 2009 et accompagnée d'un cartable regroupant les études citées dans la lettre. Les motifs invoqués pour demander un examen spécial sont les [TRADUCTION] « importantes nouvelles données ci-jointes qui établissent des motifs raisonnables de croire que les risques sanitaires ou environnementaux » associés au pesticide en cause sont inacceptables.

[79] Dans sa lettre, la demanderesse a fait référence à plusieurs études médicales qui, selon elle, donnent des motifs raisonnables de croire que les pesticides présentent des risques sanitaires inacceptables [TRADUCTION] « parce qu'ils nuisent à la reproduction et au

cancer”. At the hearing of this application for judicial review, the applicant abandoned these “health risks” as a ground for review. Accordingly the applicant did not challenge the respondent’s decision that there was not evidence to support a special review of health effects of the pesticide in issue.

[80] Another ground for the review was “new evidence of toxicity to amphibians”, in particular the silvicultural use of this pesticide. The decision under review recognized the toxicity of the pesticide to aquatic organisms including amphibians. This evidence was known to the respondent and it was for this reason that there are as a result mitigation measures existed, namely labels restricting the use of the pesticide to, *inter alia*:

1. “avoid direct applications to any body of water”,
2. “avoid drifting of spray on to any body of water or other non-target areas”,
3. “Specified buffer zones should be observed”, and
4. “avoid the drift hazard when aerially treating silvicultural sites by ensuring that appropriate buffer zones are maintained”

[81] The applicant did not challenge this part of the decision, i.e. avoiding bodies of water mitigates the toxicity to amphibians. Accordingly, the main reasons allegedly submitted for the need for a special review in the 29-page letter with attached studies were not maintained at the hearing before the Court. Rather, at the hearing, the applicant relied on one narrow aspect in one of the studies submitted with the request. This aspect is referred to in two places in the 29-page letter.

développement chez les êtres humains, qu’ils perturbent le système endocrinien et qu’ils peuvent causer le cancer ». À l’instruction de la demande de contrôle judiciaire, la demanderesse a abandonné l’invocation de ces « risques sanitaires » comme motifs d’examen. Par conséquent, la demanderesse n’a pas contesté la décision du défendeur portant qu’il n’y avait pas de données justifiant la tenue d’un examen spécial des effets sanitaires du pesticide en cause.

[80] Un autre motif invoqué pour tenir un examen spécial était les « nouvelles données indiquant une toxicité pour les amphibiens », en particulier pour l’utilisation sylvicole du pesticide. La décision faisant l’objet du contrôle judiciaire reconnaissait la toxicité du pesticide pour les organismes aquatiques, y compris les amphibiens. Ces données étaient connues du défendeur, et c’est pour cette raison qu’il existe des mesures d’atténuation des risques, à savoir les étiquettes restreignant l’utilisation du pesticide, notamment par les prescriptions suivantes :

[TRADUCTION]

1. « éviter toute application directe sur un plan d’eau »;
2. « éviter que la dérive du produit pulvérisé n’atteigne un plan d’eau ou tout autre zone non ciblée »;
3. « respecter les zones tampons indiquées »;
4. « éviter les risques de dérive durant l’application aérienne sur des sites sylvicoles en s’assurant de maintenir des zones tampons appropriées ».

[81] La demanderesse n’a pas contesté cette partie de la décision, à savoir que d’éviter l’application sur des plans d’eau atténue la toxicité du produit pour les amphibiens. Par conséquent, les principales raisons présentées dans la lettre de 29 pages (et les études qui y étaient jointes) pour justifier la nécessité d’un examen spécial n’ont pas été maintenues durant l’audience devant la Cour. Durant l’audience, la demanderesse s’est plutôt appuyée sur un aspect précis abordé dans une des études présentées avec la demande. La demanderesse a fait référence à cet aspect à deux endroits dans sa lettre de 29 pages.

[82] The only aspect of the request for review relied on by the applicant at the hearing is referred to in two places in the 29-page letter: the possible environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands from the silvicultural use of the pesticide. Accordingly, the only basis for the request for special review which is still in contention by the applicant relies upon the B.C. Literature Review which states in its executive summary [at page iii]:

There is insufficient information on the levels of glyphosate contamination in small ephemeral wetlands, which are favoured habitats of amphibians, and which may be exposed to direct over-spraying with herbicide under current use guidelines...

[83] These ephemeral wetlands are transitory wetlands which come and go in the clear cut areas where the forest has been replanted. The B.C. Literature Review states that [at page ii]:

Glyphosate herbicides are applied once during the silvicultural cycle (50 to 80 years), primarily during summer and early fall (July to September), but applications may be repeated if further weed suppression is required.

The concern raised by the B.C. Report is that there is insufficient information on the levels of this pesticide in these transitory wetlands which are used by frogs and salamanders. The B.C. Literature Review concludes that these knowledge gaps need to be addressed.

[84] Accordingly, this 29-page request was virtually withdrawn by counsel for the applicant at the hearings and only proceeded on the alleged environmental risk to amphibians in small transitory wetlands in the forest.

Issue 1: Did the Minister err by only considering “new evidence”, and by failing to consider the entire body of evidence relevant to the existence of an environmental risk, including information that he had prior to the applicant’s request?

[82] Le seul aspect de la demande d’examen spécial sur lequel s’est appuyée la demanderesse durant l’audience est abordé à deux endroits dans sa lettre de 29 pages : il s’agit du risque environnemental possible que présente l’utilisation sylvicole du pesticide pour les amphibiens dans les terres humides éphémères. Par conséquent, la demande d’examen spécial de la demanderesse ne repose plus que sur la synthèse documentaire de la C.-B., dont le résumé comprend la phrase suivante [à la page iii] :

[TRADUCTION] Il manque de données sur les niveaux de contamination au glyphosate dans les petites terres humides éphémères, où vivent des amphibiens, et qui peuvent être exposées directement aux herbicides pulvérisés selon les directives d’utilisation actuelles.

[83] Les terres humides éphémères touchées se trouvent dans des zones coupées à blanc qui ont été reboisées. Selon la synthèse documentaire de la C.-B. [à la page ii] :

[TRADUCTION] Les herbicides à base de glyphosate sont appliqués une fois durant le cycle sylvicole (de 50 à 80 ans), surtout à l’été et au début de l’automne (de juillet à septembre), mais on répète les applications s’il faut combattre davantage la végétation concurrente.

Ainsi, l’auteur du rapport de la C.-B. s’inquiétait du manque de données sur les concentrations du pesticide dans ces terres humides éphémères qui abritent des grenouilles et des salamandres. Il a conclu son rapport en indiquant qu’il fallait combler ces lacunes dans les connaissances.

[84] Lors de l’audience, l’avocat de la demanderesse a donc pratiquement retiré la demande de 29 pages pour se concentrer uniquement sur le risque environnemental allégué pour les amphibiens dans les petites terres humides éphémères en milieu forestier.

Question 1 : Le ministre a-t-il commis une erreur en tenant compte que de « nouvelles données », et en n’examinant pas l’intégralité de la preuve se rapportant à l’existence d’un risque environnemental, et notamment les renseignements dont il disposait avant que la demanderesse ne présente sa demande?

[85] The applicant submits that the Minister had a duty to consider all evidence in the Minister's possession regarding potential risks posed by POEA-containing glyphosate products that had arisen since the Minister's last evaluation of the products. The applicant submits that by framing one of the four questions as "Are the studies new or have they been reviewed by the PMRA previously?" the Minister excluded from consideration those studies that had been reviewed already by the Regulatory Agency after the registration of the product, and so had not been subject to risk analysis under review.

[86] The applicant submits that even if scientists at the Regulatory Agency were aware of developments in the literature, the Minister had an obligation to formally consider that evidence as a possible basis for a special review. In particular, the applicant submits that the fact that the Regulatory Agency had been consulted on, and discussed, the B.C. Literature Review did not give it grounds to escape evaluating this report in terms of the risks that it raised.

[87] The respondent submits that the Regulatory Agency did consider all of the information in its possession, including that which was not included in the applicant's request materials. Furthermore, the respondent submits that the language chosen by the Minister was chosen in part to reflect the applicant's own characterization of her evidence as "new" because it post-dated the products' registration.

[88] The Court agrees with the applicant that the Minister had an obligation to consider all of the evidence in determining whether there are reasonable grounds for finding a risk unacceptable. The Act specifies neither that the evidence presented in the request for a special review be significant nor new—this was language chosen by the applicant as grounds for initiating the special review.

[89] The Court agrees with the respondent, however, that the Minister understood her duty. The reports submitted by the scientists indicate that they were evaluating the applicant's evidence in light of their existing

[85] La demanderesse soutient que le ministre avait l'obligation de tenir compte de tous les renseignements qu'il avait obtenus depuis sa dernière évaluation des produits à base de glyphosate contenant de la POEA au sujet des risques que peuvent présenter ces produits. La demanderesse plaide que le ministre, par sa formulation d'une des quatre questions « S'agit-il de nouvelles études ou avaient-elles déjà été examinées par l'ARLA? », n'a pas tenu compte des études qui avaient déjà été examinées par l'ARLA après l'homologation du produit et qui n'avaient donc pas été incluses dans l'analyse des risques.

[86] La demanderesse fait valoir que même si les scientifiques de l'Agence réglementaire étaient au fait des publications récentes, le ministre était tenu d'envisager formellement ces éléments de preuve comme fondements possibles d'un examen spécial. Elle soutient en particulier que le fait que l'Agence réglementaire a été consultée au sujet de la synthèse documentaire de la C.-B. et qu'elle en a discuté n'était pas une raison de ne pas évaluer les risques dont ce rapport faisait état.

[87] Le défendeur affirme que l'Agence réglementaire a examiné l'ensemble des renseignements dont elle disposait, y compris ceux qui ne figuraient pas parmi les documents joints à la demande de la demanderesse. Il soutient également que les termes choisis par le ministre découlaient en partie du fait que la demanderesse qualifiait elle-même ses données de « nouvelles » parce qu'elles étaient postérieures à l'homologation des produits.

[88] La Cour convient avec la demanderesse que le ministre était tenu d'examiner l'ensemble des données pour établir s'il existait des motifs raisonnables de conclure à l'existence d'un risque inacceptable. La Loi ne précise pas que les données présentées aux fins de la demande d'examen spécial doivent être importantes ou nouvelles — termes qu'a utilisés la demanderesse pour justifier un examen spécial.

[89] Cependant, la Cour convient avec le défendeur que le ministre a bien compris son obligation. Les rapports soumis par les scientifiques indiquent qu'ils ont évalué les données fournies par la demanderesse à la

knowledge, which included all of the evidence in their possession. The Minister's conclusion was not that the evidence had already been considered and therefore did not present reasonable grounds for believing there to be an unacceptable risk, but that the evidence did not raise any concerns that there was an unacceptable risk. That is, the Minister's concern with the novelty of the evidence was properly focused on whether the evidence changed any of the analysis that had already been undertaken at the time that the pesticides were registered.

Issue 2: Did the Minister err by concluding that a mandatory special review under section 17 is not required if she intends to engage in a re-evaluation under section 16 of the Act at some point in the future?

[90] The applicant submits that the Minister is not entitled to find that a special review is not necessary because a re-evaluation is planned. The applicant submits that the Minister's discretion under section 17 is limited to determining whether there are reasonable grounds to believe that there is an unacceptable risk. If the Minister so finds, the Minister "shall" initiate a special review. The applicant submits that the Minister has no discretion to substitute a future re-evaluation in such circumstances.

[91] The respondent submits that the Minister did not refuse the applicant's request because a re-evaluation was to be undertaken. Rather, the Minister refused the applicant's request because the Minister found that there were not reasonable grounds to believe that the products pose an unacceptable environmental risk. This decision was based on an evaluation of all of the evidence and the findings of the Regulatory Agency's scientists. The respondent notes that the following key factors played into the Minister's decision:

1. The Regulatory Agency was aware of the toxicity of glyphosate end-use products containing POEA and had put in place mitigation measures to address concerns about harm to aquatic species in agricultural settings, especially by preventing the direct application of the products to water. The applicant's information

lumière de leurs connaissances actuelles, ce qui incluait toutes les données en leur possession. Le ministre n'a pas conclu que les données avaient déjà été examinées et qu'elles ne fournissaient donc aucun motif raisonnable de croire qu'il existait un risque inacceptable, mais plutôt qu'elles ne soulevaient aucune préoccupation liée à l'existence d'un tel risque. C'est-à-dire que le ministre s'est d'abord soucié, à juste titre, de savoir si les nouvelles données changeaient quelque chose à l'analyse effectuée au moment de l'homologation des pesticides.

Question 2 : Le ministre a-t-il commis une erreur en concluant qu'un examen spécial obligatoire au titre de l'article 17 n'est pas requis s'il a l'intention de procéder à un examen périodique au titre de l'article 16 dans un avenir rapproché?

[90] La demanderesse soutient qu'il ne revient pas au ministre de décider qu'un examen spécial n'était pas nécessaire parce qu'une réévaluation est prévue. Elle ajoute que le pouvoir discrétionnaire du ministre sous le régime de l'article 17 se limite à la question de savoir s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il existe un risque inacceptable. S'il conclut que tel est le cas, le ministre « procède » à un examen spécial. La demanderesse fait valoir que le ministre n'a pas le pouvoir discrétionnaire de substituer une réévaluation future à un examen spécial en pareilles circonstances.

[91] Le défendeur soutient que le ministre n'a pas refusé la demande de la demanderesse parce qu'une réévaluation était prévue, mais plutôt parce qu'il estimait qu'il n'existait pas de motif raisonnable de croire que les produits posaient un risque environnemental inacceptable. Cette décision était fondée sur une évaluation de l'ensemble des données et des conclusions des scientifiques de l'Agence réglementaire. Le défendeur fait remarquer que les facteurs déterminants dans la décision du ministre étaient les suivants :

1. L'ARLA était au courant de la toxicité des préparations commerciales à base de glyphosate contenant des POEA et avait prescrit des mesures d'atténuation pour donner suite aux préoccupations concernant les atteintes aux espèces aquatiques en milieu agricole, particulièrement en interdisant l'application directe du produit aux eaux de

did not alter the Regulatory Agency's assessments in this regard.

2. In particular, what evidence the applicant submitted that may have changed the risk assessment was found to be not convincing because it was done in a laboratory setting as opposed to in more realistic settings. Field studies showed no significant adverse effects under actual use conditions.
3. Mitigation measures were already in place to protect organisms that are significantly sensitive to the application of glyphosate end-use products like amphibians.

[92] The decision did not explicitly address the alleged risk of the pesticide to amphibians in ephemeral wetlands, which are aerially sprayed in silviculture. However, the letter did repeatedly (six times) refer to the re-evaluation of the pesticide under section 16 suggesting that a special review under section 17 was therefore not necessary. The decision stated:

1. ... there are other mechanisms, such as re-evaluations that may be better suited to responding to the risk concerns that a special review.
2. The upcoming re-evaluation of glyphosate will include the consideration of amphibians and of the surfactant POEA.
3. ... mitigation measures ... are appropriate until a re-evaluation is conducted.
4. The PMRA will address concerns ... in the broader re-evaluation ... this will lead to a more complete consideration of the concerns.
5. ... the re-evaluation of glyphosate will be officially announced within the year and will include particular consideration of glyphosate products containing POEA.
6. ... a public request for data to address specific topics ... encourage you to submit any additional information regarding glyphosate at that time.

surface. Les renseignements présentés par la demanderesse n'ont pas modifié l'évaluation de l'ARLA à cet égard.

2. En particulier, l'ARLA a jugé que les études présentées par la demanderesse pour tenter de faire modifier l'évaluation des risques n'étaient pas convaincantes parce qu'elles avaient été effectuées en laboratoire plutôt que dans des conditions réalistes. Des études de terrain n'ont mis en évidence aucun effet néfaste dans des conditions d'utilisation réelle du produit.
3. Des mesures d'atténuation étaient déjà en place afin de protéger les organismes, comme les amphibiens, qui sont particulièrement sensibles à l'application de préparations commerciales à base de glyphosate.

[92] La décision n'a pas explicitement abordé le risque allégué que présenterait le pesticide pour les amphibiens dans les terres humides éphémères sur lesquelles l'herbicide est pulvérisé par voie aérienne à des fins sylvicoles. Toutefois, dans sa lettre, l'ARLA a mentionné six fois la réévaluation du pesticide en vertu de l'article 16 de la Loi, laissant entendre qu'il n'était donc pas nécessaire de procéder à un examen spécial en vertu de l'article 17 :

[TRANSLATION]

1. [...] il existe d'autres mécanismes, comme la réévaluation, qui conviendraient mieux qu'un examen spécial aux préoccupations concernant les risques.
2. La prochaine réévaluation du glyphosate tiendra compte des amphibiens et de l'agent de surface POEA.
3. [...] les mesures d'atténuation [...] sont appropriées jusqu'à ce qu'on procède à la réévaluation.
4. L'ARLA abordera les préoccupations [...] dans le cadre de la réévaluation [...] elle [la réévaluation] permettra d'aborder plus complètement toutes les préoccupations.
5. [...] la réévaluation du glyphosate sera officiellement annoncée au cours de l'année et elle portera une attention particulière aux produits à base de glyphosate contenant des POEA.
6. [...] une demande publique de données concernant certains aspects [...] nous vous encourageons à présenter tout autre renseignement sur le glyphosate à ce moment-là.



From these six references in the decision, the Court can only conclude that the respondent fettered her discretion under section 17 because a section 16 re-evaluation of the same environmental risks was planned. The Court concludes that the Minister erred in law by misinterpreting the mandatory wording of section 17 which requires that a “special review” be conducted regardless of whether a section 16 re-evaluation is planned or is underway.

Issue 3: Did the Minister err in interpreting the evidentiary threshold required to initiate a special review under section 17?

[93] The applicant submits that the Minister applied a wrong test to the determination of whether to initiate a special review. The applicant submits that the Minister required the applicant to establish an unacceptable risk, rather than requiring only that the applicant establish “reasonable grounds to believe that there may be a possibility of a risk to the environment.”

[94] The respondent submits that the four questions used by the Regulatory Agency were derived from the “Criteria for a special review” developed by the Regulatory Agency in 2007. According to these criteria, a special review is not required if the active ingredient is under re-evaluation; the risk concern is imminent in nature so that immediate regulatory action will be taken instead; the concern can be addressed more quickly through other existing mechanisms; the Regulatory Agency has done an assessment addressing the concern; or the information does not change the current risk assessment.

[95] The respondent submits that these criteria are consistent with the Act because they are specifically designed to further the Act’s purpose of protecting Canadians. The respondent submits that this purpose is furthered when the Regulatory Agency is able to draw on a number of possible responses to potential dangers. In some cases, for example, where risk is imminent, immediate regulatory action will further the aims of the

De ces six références dans la décision, la Cour ne peut qu’inférer que le défendeur a entravé l’exercice de son pouvoir discrétionnaire découlant de l’article 17 parce qu’une réévaluation des mêmes risques environnementaux au titre de l’article 16 était prévue. La Cour conclut que le ministre a commis une erreur de droit en interprétant mal le libellé impératif de l’article 17, en vertu duquel un « examen spécial » doit avoir lieu sans égard au fait qu’une réévaluation aux termes de l’article 16 est prévue ou en cours.

Question 3 : L’interprétation par le ministre du niveau de preuve exigé pour procéder à un examen spécial au titre de l’article 17 était-elle erronée?

[93] La demanderesse soutient que le ministre a appliqué un mauvais critère pour décider de l’opportunité d’un examen spécial. Elle fait valoir que le ministre lui a demandé d’établir l’existence d’un risque inacceptable, plutôt que des [TRADUCTION] « motifs raisonnables de croire qu’il pourrait exister un risque pour l’environnement ».

[94] Le défendeur soutient que les quatre questions examinées par l’Agence réglementaire dérivent des Critères pour décider s’il y a lieu de procéder à un examen spécial qu’elle a élaborés en 2007. Suivant ces critères, il n’est pas nécessaire de procéder à un examen spécial si : le principe actif fait l’objet d’une réévaluation; la préoccupation se rapporte à un risque imminent, de telle sorte qu’une mesure réglementaire immédiate sera adoptée en lieu et place; la préoccupation peut être réglée plus rapidement par le biais d’autres mécanismes existants; l’Agence réglementaire a effectué une évaluation qui a trait à cette préoccupation; les renseignements ne changent rien à l’évaluation actuelle des risques.

[95] Le défendeur fait valoir que ces critères sont conformes à la Loi, puisqu’ils sont spécifiquement conçus pour servir l’objectif législatif de protection des Canadiens. Il ajoute que cet objectif est rempli lorsque l’Agence réglementaire dispose d’un certain nombre de réponses possibles à des risques potentiels. Dans certains cas, quand le risque est imminent par exemple, une mesure réglementaire immédiate servira mieux les

Act better than a special review. In others, for example, where a re-evaluation is underway, a special review will be superfluous and simply take resources from more efficient uses.

[96] Finally, the respondent submits that the Minister has the authority under subsection 20(1) of the Act to immediately cancel or amend a product registration during the course of a re-evaluation or a special review if the Minister has reasonable grounds to believe that such a step is necessary to protect human health or safety or the environment.

[97] With regard to the proper test that the Minister must use to determine whether to initiate a special review under subsection 17(1) of the Act, the Court finds that “reasonable grounds to believe that the health or environmental risks of the product are, or its value is, unacceptable” means the Minister has compelling and credible evidence that gives rise to a serious possibility that the pesticide may cause an unacceptable health or environmental risk. From another statutory perspective, in accordance with the definition of an “acceptable” risk in subsection 2(2) of the Act, the Minister is reasonably certain that the pesticide will cause no harm to human health or the environment taking into account its conditions of use. “Reasonable grounds” was explained by the Supreme Court of Canada in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 114:

The first issue raised by s. 19(1)(j) of the *Immigration Act* is the meaning of the evidentiary standard that there be “reasonable grounds to believe” that a person has committed a crime against humanity. The FCA has found, and we agree, that the “reasonable grounds to believe” standard requires something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities: *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), at p. 445; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at para. 60. In essence, reasonable grounds will exist where there is an objective basis for the belief which is based on compelling and credible information: *Sabour v.*

objectifs de la Loi qu’un examen spécial. Dans d’autres cas, par exemple lorsqu’une réévaluation est en cours, l’examen spécial s’avérera superflu et ne fera que détourner des ressources qui pourraient être affectées à de fins plus utiles.

[96] Enfin, le défendeur soutient que le ministre peut, en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi, révoquer ou modifier immédiatement l’homologation d’un produit dans le cours d’une réévaluation ou d’un examen spécial, s’il a des motifs raisonnables de croire qu’une telle mesure s’impose pour protéger la santé ou la sécurité humaines, ou l’environnement.

[97] Quant au critère que le ministre doit appliquer pour déterminer l’opportunité d’un examen spécial au titre du paragraphe 17(1) de la Loi, la Cour estime que la phrase « des motifs raisonnables de croire que la valeur du produit ou les risques sanitaires ou environnementaux qu’il présente sont inacceptables » signifie que le ministre doit disposer d’éléments de preuve convaincants et crédibles soulevant la possibilité sérieuse que le pesticide entraîne un risque sanitaire ou environnemental inacceptable. Par ailleurs, suivant la définition du « risque acceptable » figurant au paragraphe 2(2) de la Loi, le ministre doit être raisonnablement certain que ce pesticide ne causera aucun dommage à la santé humaine ou à l’environnement, compte tenu de ses conditions d’utilisation. La Cour suprême du Canada a ainsi expliqué l’expression « motifs raisonnables » au paragraphe 114 de l’arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 :

La première question que soulève l’al. 19(1)(j) de la *Loi sur l’immigration* est celle de la norme de preuve correspondant à l’existence de « motifs raisonnables [de penser] » qu’une personne a commis un crime contre l’humanité. La CAF a déjà statué, à juste titre selon nous, que cette norme exigeait davantage qu’un simple soupçon, mais restait moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile : *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), p. 445; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), par. 60. La croyance doit essentiellement posséder un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi : *Sabour c. Canada*

*Canada (Minister of Citizenship & Immigration) (2000)*, 9 Imm. L.R. (3d) 61 (F.C.T.D.).

[98] Based on the record before the Court upon which this decision was made, there is conflicting evidence that the pesticide in issue presents an acceptable risk to amphibians in ephemeral wetlands which are aerially sprayed with the pesticide in silviculture. The briefing notes for the Science Operations Committee and the Science Management Committee and the draft letter all recognize that there is an uncertainty about whether the pesticide will harm amphibians in this environment. The Regulatory Agency recognizes that the pesticide is toxic to amphibians in bodies of water and for this reason the pesticide cannot be sprayed over or close to bodies of water. On the other hand, Dr. Delorme and an official at the Environmental Risk Directorate were of the opinion that the field studies done by the Canadian Forestry Service showed that there was no environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands as a result of the pesticide. However, there were no reports of these field studies or any other documentary evidence in the record before the decision-maker in this case. Accordingly the Court finds that the Minister did err in interpreting the evidentiary threshold required to initiate a special review under section 17 of the Act with respect to one small aspect of the request.

[99] The Minister's decision to engage in a re-evaluation of glyphosate products under section 16 of the Act demonstrates a concern with keeping product registrations current. Section 16 permits the Minister to initiate a re-evaluation where the Minister considers that procedures for evaluating products, or the information required to register them, has changed since a product was registered. The re-evaluation therefore allows the Minister to keep registrations current. The fact that the Minister chose to initiate a re-evaluation is therefore not evidence that the Minister believed that there were reasonable grounds for finding the risks posed by glyphosate products are unacceptable.

*(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1615 (1<sup>re</sup> inst.) (C.F. 1<sup>re</sup> instance).

[98] Selon le dossier de la Cour sur lequel est fondée la décision attaquée, les éléments de preuve sont contradictoires quant à savoir si le pesticide en cause présente un risque acceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères touchées par la pulvérisation aérienne du produit à des fins sylvicoles. Les notes de breffage à l'intention du Comité des opérations scientifiques et du Comité de gestion scientifique et l'ébauche de la lettre à la demanderesse reconnaissent toutes qu'il y a une incertitude sur la question de savoir si le pesticide nuit aux amphibiens dans ces milieux. L'ARLA reconnaît que le pesticide est toxique pour les amphibiens dans les plans d'eau, raison pour laquelle elle interdit la pulvérisation du pesticide sur des plans d'eau ou à proximité. Par contre, M. Delorme et un responsable de la Direction du risque environnemental étaient d'avis que les études de terrain menées par le Service canadien des forêts montrent que le pesticide ne présente pas de risque environnemental pour les amphibiens dans les terres humides éphémères. Toutefois, aucune référence à ces études de terrain, ni autre preuve documentaire, ne figurait au dossier présenté au décideur dans ce cas. Par conséquent, la Cour juge que le ministre a commis une erreur dans son interprétation du niveau de preuve requis pour procéder, en vertu de l'article 17 de la Loi, à un examen spécial sur un seul petit aspect de la demande.

[99] La décision du ministre de procéder à une réévaluation des produits à base de glyphosate en vertu de l'article 16 de la Loi témoigne de sa préoccupation pour la tenue à jour des homologations. L'article 16 permet au ministre de procéder à la réévaluation d'un produit lorsqu'il estime qu'il y a eu, depuis l'homologation du produit, un changement dans les procédures d'évaluation ou les renseignements exigés. Ainsi, la réévaluation permet au ministre de tenir les homologations à jour. Le fait que le ministre a choisi de procéder à une réévaluation n'indique donc pas qu'il croyait qu'il y avait des motifs raisonnables de juger inacceptables les risques associés aux produits à base de glyphosate.

Issue 4: Did the Minister err in his interpretation of his statutory obligation to apply the precautionary principle?

[100] Subsection 20(2) of the Act states that “Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent adverse health impact or environmental degradation.” The applicant submits that this section should apply to the Minister’s determinations under section 17 of the Act.

[101] With opinions within the Regulatory Agency on both sides of the question as to whether the pesticide presents an unacceptable environmental risk to amphibians in ephemeral wetlands, the precautionary principle would require that the Minister initiate a special review into that issue.

Issue 5: Was the Minister’s finding that glyphosate herbicides containing POEA do not present an unacceptable risk, unreasonable?

[102] The applicant submits that the findings of the B.C. Literature Review, the report of the Regulatory Agency’s own scientists from the Environmental Assessment Directorate, and the Minister’s own statement of risk in its decision, demonstrate that the Minister’s decision is unreasonable.

[103] In *Pulp, Paper and Woodworkers of Canada*, above, the Court of Appeal stated the degree of deference to be given to the Minister in her determinations of risks under the Act. In that case, the Court stated the following, as quoted above [at paragraph 65 of these reasons]:

It follows, from section 18, that once the necessary information is before the Minister, a court of law has no jurisdiction to question the sufficiency of that information.

[104] As stated above, the Minister’s decision will be reasonable where it is based on the evidence, is justified,

Question 4 : L’interprétation par le ministre de son obligation d’appliquer le principe de précaution était-elle erronée?

[100] Le paragraphe 20(2) de la Loi prévoit qu’« [e]n cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l’absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard la prise de mesures rentables visant à prévenir toute conséquence néfaste pour la santé ou la dégradation de l’environnement ». La demanderesse soutient que cette disposition doit s’appliquer aux décisions prises par le ministre au titre de l’article 17 de la Loi.

[101] Comme les opinions au sein de l’ARLA sont partagées quant à savoir si le pesticide présente un risque environnemental inacceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères, le principe de précaution devrait obliger le ministre à procéder à un examen spécial sur la question.

Question 5 : Était-il déraisonnable pour le ministre de conclure que les herbicides à base de glyphosate contenant des POEA ne présentent pas de risque inacceptable?

[102] La demanderesse fait valoir que les conclusions de la synthèse documentaire de la C.-B., le rapport des scientifiques mêmes de la Direction de l’évaluation environnementale de l’Agence réglementaire et la propre déclaration de risque du ministre dans sa décision, prouvent que celle-ci est déraisonnable.

[103] Dans l’arrêt *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada*, précité, la Cour d’appel a précisé le degré de déférence qu’il fallait accorder aux évaluations des risques effectuées par le ministre au titre de la Loi. La Cour s’est exprimée ainsi dans un passage cité plus haut [au paragraphe 65 des présents motifs] :

Il découle de l’article 18 que, lorsque les renseignements nécessaires ont été fournis au ministre, une cour de justice n’a pas compétence pour mettre en doute le caractère suffisant de ces renseignements.

[104] Comme nous l’avons déjà indiqué, la décision du ministre sera raisonnable si elle est fondée sur la

transparent and intelligible, and where it falls within the range of acceptable outcomes.

[105] In this case, there was evidence on both sides of the issue. The evidence relied upon by Dr. Delorme that the Canadian Forestry Service had done field studies which showed there was not an environmental risk to amphibians from this pesticide in ephemeral wetlands was not consistent with the briefing notes prepared by the scientists in the Regulatory Agency, was not consistent with the B.C. Literature Review and was not consistent with the recognition by the Minister that a re-evaluation of the environmental risk of the pesticide to amphibians in ephemeral wetlands was necessary.

[106] Moreover, the decision is not transparent or intelligible, because the decision does not expressly address the narrow environmental risk at issue in this case. The Court recognizes that the 29-page letter requesting the special review barely referred to this narrow risk and instead emphasized a health risk and other issues. Accordingly, it is understandable that the decision did not expressly address this narrow risk. At the same time, since this application seeks review on this narrow ground, the Court must concede that the decision is not transparent or intelligible with respect to this risk. It would have been preferable if the letter had referred to the Canadian Forestry Service field studies and had specifically addressed the risk. Accordingly, the Court agrees with the applicant that the Minister's decision is not transparent or intelligible with respect to the narrow risk at issue before the Court, and that the evidence with respect to this risk is not properly documented in the record such that it could be relied upon as the basis for the decision.

#### Issue 6: Should the Court Grant Relief?

[107] The respondent submits that even if the Court agrees that the Minister erred, the Court should decline to refer the matter back to the Minister because there will be little, if any, practical value to the applicant since the section 16 re-evaluation of the pesticide is underway.

preuve, si elle est justifiée, transparente et intelligible et si elle appartient aux issues acceptables.

[105] Dans la présente affaire, il y avait des données qui étayaient les deux opinions sur la question. Les études de terrain du Service canadien des forêts montrant que le pesticide ne présente pas de risque environnemental pour les amphibiens dans les terres humides éphémères, études sur lesquelles s'appuyait M. Delorme, ne cadraient pas avec les notes de breffage rédigées par des scientifiques de l'ARLA, ni avec la synthèse documentaire de la C.-B., ni avec le fait que le ministre a reconnu la nécessité de réévaluer le risque environnemental que présente le pesticide pour les amphibiens dans les terres humides éphémères.

[106] De plus, la décision n'est ni transparente ni intelligible puisqu'elle n'aborde pas expressément le risque environnemental limité dont il est question en l'espèce. La Cour reconnaît que la lettre de 29 pages à l'appui de la demande d'examen spécial mentionne à peine ce faible risque et qu'elle met plutôt l'accent, entre autres, sur un risque sanitaire. Il est donc naturel que la décision n'ait pas expressément abordé cet élément. En même temps, comme la présente demande vise le contrôle de la décision en invoquant ce motif restreint, la Cour doit concéder que la décision n'est ni transparente ni intelligible en ce qui a trait à ce risque. Il aurait été préférable que la lettre évoque les études de terrain effectuées par le Service canadien des forêts et qu'elle traite spécifiquement du risque. Par conséquent, la Cour convient avec la demanderesse que la décision du ministre n'est ni transparente ni intelligible eu égard au risque limité dont il est question devant la Cour, et que la preuve qui s'y rapporte n'est pas correctement documentée dans le dossier de manière à pouvoir étayer la décision.

#### Question 6 : La Cour devrait-elle octroyer une réparation?

[107] Le défendeur soutient que même si la Cour reconnaît que le ministre a commis une erreur, elle devrait refuser de lui renvoyer l'affaire, car la demanderesse n'en retirera qu'un bénéfice pratique infime ou nul, puisque l'évaluation du pesticide au titre de l'article 16

The Court does not agree. If the criteria for a special review under section 17 have been met, Parliament mandates that the Minister shall conduct the special review. The special review can co-exist with the section 16 re-evaluation of the pesticide. The special review will be narrower than the comprehensive re-evaluation being conducted in conjunction with the United States. For this reason, the special review will be targeted and possibly quicker. The applicant is entitled to a proper analysis as to whether the pesticide in issue presents an environmental risk to amphibians inhabiting ephemeral wetlands which are subject to the aerial spraying of the pesticide in silviculture. The evidence alluded to is that the two year field studies have just been completed and that the studies may present new evidence upon which the Minister can make a transparent and intelligible decision under section 17 of the Act.

## CONCLUSION

[108] For these reasons, this application for judicial review will be allowed with costs and the matter referred back to the Minister for reconsideration.

## COSTS

[109] The applicant is a public interest litigant concerned that the registered pesticide “glyphosate containing POEA” presents a health and environmental risk and asks the Minister of Health under the Act to initiate a “special review”. While this application for judicial review is allowed, the Court notes that most of the grounds for the applicant’s request for the special review were abandoned before this Court at the hearing of the application. At the same time the application did raise complex and important issues. For these reasons, the Court will exercise its discretion under Rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F); 2010-176, s. 11] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, rule 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] over the amount and allocation of costs in considering the factors set out in subsection 3 of Rule 400. Costs awarded to the applicant will

est en cours. La Cour n’est pas de cet avis. Si les critères relatifs à l’examen spécial prévu à l’article 17 sont remplis, le législateur enjoint au ministre de procéder à cet examen. Celui-ci peut coïncider avec une réévaluation du pesticide au titre de l’article 16. L’examen spécial aura une portée plus étroite que la réévaluation complète menée en collaboration avec les États-Unis. Pour cette raison, l’examen spécial sera ciblé et possiblement plus rapide. La demanderesse a droit à une analyse convenable qui déterminerait si le pesticide en cause présente un risque environnemental pour les amphibiens vivant dans les terres humides éphémères touchées par la pulvérisation aérienne du produit à des fins sylvicoles. La preuve à laquelle nous faisons allusion reposera éventuellement sur les nouveaux éléments issus des études de terrain de deux ans, à peine complétées, sur la base desquels le ministre pourra rendre une décision transparente et intelligible au titre de l’article 17 de la Loi.

## CONCLUSION

[108] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie avec dépens et l’affaire renvoyée au ministre pour nouvel examen.

## DÉPENS

[109] La demanderesse est une partie à un litige d’intérêt public qui s’inquiète du risque environnemental et sanitaire que présente le pesticide homologué à base de glyphosate contenant de la POEA et qui demande au ministre de la Santé de procéder à un examen spécial. Bien qu’il soit fait droit à la demande de contrôle judiciaire, la Cour note que la plupart des motifs sur lesquels la demanderesse s’est fondée pour solliciter l’examen spécial ont été abandonnés à l’instruction de la demande. Il n’en reste pas moins que celle-ci soulevait des questions complexes et importantes. Pour ces motifs, la Cour exercera son pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F); 2010-176, art. 11] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] en ce qui a trait au montant et à la répartition des

be calculated under Tariff B, Column III at the mid-point number of units allowed under that column.

dépens, en tenant compte des facteurs énoncés au paragraphe 400(3). Les dépens adjugés à la demanderesse seront calculés selon la colonne III du tarif B, dans le milieu de la fourchette des valeurs unitaires autorisée au titre de cette colonne.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review is allowed with costs.
2. The decision of the Minister of Health, dated August 24, 2009 not to initiate a "special review" is set aside, and the matter is referred back to the Minister for reconsideration in accordance with these reasons for judgment.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens.
2. La décision du ministre de la Santé, datée du 24 août 2009, de ne pas procéder à un « examen spécial » est annulée, et l'affaire est renvoyée au ministre pour nouvel examen conformément aux présents motifs de jugement.

T-735-07  
2012 FC 1128

T-735-07  
2012 CF 1128

**Bodum USA, Inc. and PI Design AG.** (*Plaintiffs/Defendants by Counterclaim*)

**Bodum USA, Inc. et PI Design AG.** (*demandereses/défenderesses reconventionnelles*)

v.

c.

**Trudeau Corporation (1889) Inc.** (*Defendant/Plaintiff by Counterclaim*)

**Trudeau Corporation (1889) Inc.** (*défenderesse/demanderesse reconventionnelle*)

**INDEXED AS: BODUM USA, INC. v. TRUDEAU CORPORATION (1889) INC.**

**RÉPERTORIÉ : BODUM USA, INC. c. TRUDEAU CORPORATION (1889) INC.**

Federal Court, Boivin J.—Montréal, May 22, 23, 24 and 29; Ottawa, September 26, 2012.

Cour fédérale, juge Boivin—Montréal, 22, 23, 24 et 29 mai; Ottawa, 26 septembre 2012.

*Industrial Design — Infringement — Invalidity — Registration — Action seeking relief in application of Industrial Design Act on ground, inter alia, of infringement of two Canadian industrial designs registered under numbers 107736, 114070 corresponding to Bodum USA, Inc.'s (Bodum) double wall glasses marketed by Bodum — Defendant denying committing any violation or creating confusion with own wares, those of Bodum; by counterclaim, seeking declaration industrial designs in question invalid — Plaintiff PI Design AG. holding intellectual property of Bodum USA, Inc., including industrial designs at issue; defendant designing, manufacturing “Trudeau”, “Home Presence by Trudeau” brand kitchen products — Bodum introducing double wall glasses to Canadian market in 2003/2004; defendant introducing double wall glasses to Canadian market in 2006 — Whether plaintiffs’ industrial designs 107736, 114070 infringed; whether registration thereof invalid — In infringement analysis, Federal Court required to disregard utilitarian function of double wall glasses — Regarding prior art, evidence showing that double wall glasses existing when Bodum introducing own double wall glasses on Canadian market — Parties disagreeing on legal test applicable to comparative analysis Federal Court having to apply to determine whether infringement occurring herein — Plaintiffs claiming that three-pronged test developed in England (“imperfect recollection” doctrine) applicable while defendant claiming test no longer applying since Act amended in 1993 — While issue not ruled upon, relevance of three-prong test since 1993 amendment may be questioned — Use of expressions “aware consumer”, “informed consumer”, whether expressions different discussed — Issue of using expression “aware consumer” or “informed consumer” constituting false debate; alleged infringing product having to be analysed on basis of how informed consumer would see things — Based on evidence, defendant’s glasses not having features attributed thereto by*

*Dessins industriels — Contrefaçon — Invalidité — Enregistrement — Action demandant réparation en application de la Loi sur les dessins industriels au motif, notamment, de la contrefaçon de deux dessins industriels canadiens portant les numéros d’enregistrement 107736 et 114070, correspondant à des verres Bodum à double paroi, commercialisés par Bodum USA, Inc. (Bodum) — La défenderesse niait avoir commis une violation ou causé de la confusion entre ses marchandises et celles de Bodum; se portant demanderesse reconventionnelle, elle a sollicité une déclaration selon laquelle les dessins industriels en cause sont invalides — La demanderesse PI Design AG. détient la propriété intellectuelle de la compagnie Bodum USA, Inc., incluant les dessins industriels en litige; la défenderesse se consacre à la conception et à la fabrication de produits de cuisine sous les marques de commerce « Trudeau » et « Home Presence by Trudeau » — Bodum a lancé ses verres à double paroi sur le marché canadien en 2003-2004; la défenderesse a lancé les siens sur le marché canadien en 2006 — Il s’agissait de déterminer s’il y a eu contrefaçon des dessins industriels 107736 et 114070 et si l’enregistrement de ces dessins était invalide — Dans son analyse de la contrefaçon, la Cour fédérale a fait abstraction de la fonction utilitaire des verres à double paroi — En ce qui concerne l’art antérieur, la preuve a révélé que les verres à double paroi existaient déjà lorsque Bodum a lancé les siens sur le marché canadien — Les parties étaient en désaccord sur le test juridique applicable à l’analyse comparative que la Cour fédérale devait effectuer pour déterminer s’il y a eu contrefaçon en l’espèce — Les demandereses prétendaient que le test à trois volets développé en Angleterre (doctrine de l’« imperfect recollection » (souvenir imparfait)) était applicable, alors que la défenderesse soutenait que ce test n’était plus applicable, depuis que la Loi a été modifiée en 1993 — Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur cette question, la pertinence du test à trois volets, depuis la modification qui*



*plaintiffs; not infringing Bodum products — Prior art clearly demonstrating that lines of industrial design 107736 existing back to 1897; proportions of industrial designs at issue compared with defendant's glasses showing that proportions differing — As to invalidity, comparison of prior art with industrial designs in question showing designs not varying substantially — Industrial designs thus not satisfying requirement of substantial originality; therefore, having to be expunged from register — Action dismissed; counterclaim allowed.*

This was an action by the plaintiffs against the defendant seeking relief in application of the *Industrial Design Act* on the ground of infringement of two Canadian industrial designs registered under numbers 107736 and 114070 which correspond to Bodum USA, Inc.'s (Bodum) double wall glasses marketed by Bodum. The defendant denied committing any violation or creating any confusion with its wares and those of Bodum. By counterclaim, it sought a declaration that the industrial designs in question are and have always been invalid.

The plaintiff PI Design AG., a foreign company, holds the intellectual property of the company Bodum USA, Inc., including the industrial designs at issue. PI Design AG. granted Bodum USA a licence to distribute "Bodum" brand products, in particular, in North America. The defendant, a Canadian company, is dedicated to designing, manufacturing and importing "Trudeau" and "Home Presence by Trudeau" brand kitchen products in Canada and around the world. Bodum introduced its double wall glasses to the Canadian market at the end of 2003 or the beginning of 2004 and filed its industrial designs in question in July 2004. It registered those industrial designs with the Office of the Commissioner of Patents of the Canadian Intellectual Property Office in February 2006. The priority date for those industrial designs is February 18, 2004. Industrial designs protect visual features of an article but not utilitarian function, which in this case, meant the space between the double walls of the glass.

*y a été apportée en 1993, peut être remise en question — Une discussion a eu lieu concernant l'utilisation des expressions « consommateur averti » et « consommateur informé » et l'existence d'une différence entre elles — La question de l'emploi des expressions « consommateur averti » et « consommateur informé » est un faux débat; le produit prétendument contrefacteur doit être analysé du point de vue de l'œil du consommateur averti (« informed consumer ») — Compte tenu de la preuve soumise, les verres de la défenderesse ne comportent pas les caractéristiques que lui imputaient les demanderessees et ne sont pas des contrefaçons des produits Bodum — L'art antérieur a démontré que les lignes du dessin industriel 107736 existaient déjà en 1897; en comparant les proportions des dessins industriels en litige à celles des verres de la défenderesse, on a constaté que ces proportions diffèrent — Quant à l'invalidité, la comparaison de l'art antérieur avec les dessins industriels en cause a démontré que les dessins ne varient pas de façon significative — Ainsi, les dessins industriels en cause ne satisfaisaient pas à l'exigence du caractère original substantiel; en conséquence, ils devaient être radiés du registre — Action rejetée; demande reconventionnelle accueillie.*

Il s'agissait d'une action intentée par les demanderessees contre la défenderesse, demandant réparation en application de la *Loi sur les dessins industriels*, au motif de la contrefaçon de deux dessins industriels canadiens portant les numéros d'enregistrement 107736 et 114070, qui correspondent à des verres à double paroi de Bodum USA, Inc. (Bodum), commercialisés par Bodum. La défenderesse a nié avoir commis une violation ou causé de la confusion entre ses marchandises et celles de Bodum. Se portant demanderesse reconventionnelle, elle a demandé une déclaration selon laquelle les dessins industriels en cause sont et ont toujours été invalides.

La demanderesse PI Design AG., société étrangère, détient la propriété intellectuelle de la compagnie Bodum USA, Inc., incluant les dessins industriels en cause. PI Design AG. a accordé à Bodum USA une licence pour la distribution des produits de marque « Bodum », et plus particulièrement, en Amérique du Nord. La défenderesse, société canadienne, se consacre à la conception, à la fabrication et à l'importation des produits de cuisine de marques « Trudeau » et « Home Presence by Trudeau » au Canada et partout dans le monde. Bodum a lancé ses verres à double paroi sur le marché canadien à la fin de 2003, ou au début de 2004, et a déposé les dessins industriels en cause en juillet 2004. Elle a enregistré ces dessins industriels auprès du Bureau du commissaire aux brevets de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada en février 2006. La date de priorité pour ces dessins industriels est le 18 février 2004. Le dessin industriel protège les caractéristiques visuelles d'un objet, et non sa fonctionnalité; en

The defendant's double wall glasses were introduced to the Canadian market in the fall of 2006 and it was aware of the double wall glasses marketed by Bodum at that time. The plaintiffs commenced their action against the defendant in May 2007.

The issues were whether there was infringement of the plaintiffs' industrial designs 107736 and 114070 and whether the registration of those industrial designs was invalid.

*Held*, the action should be dismissed and the counterclaim should be allowed.

The functional element of Bodum's double wall glasses is the space between the interior and exterior walls of the double wall glasses. The configuration of the double wall glasses was of particular relevance in this case. The defendant's double wall glasses had to be characterized as substantially the same as the industrial designs in question for there to be infringement and, in the Federal Court's analysis, the utilitarian function of the double wall glasses was disregarded. Regarding the prior art, the evidence showed that double wall glasses existed when Bodum introduced its double wall glasses on the Canadian market in 2003/2004.

The parties did not agree on the legal test applicable to the comparative analysis the Court had to apply to determine whether infringement, as defined in section 11 of the Act, occurred herein. The plaintiffs claimed that the three-pronged test developed in England that refers to the doctrine of "imperfect recollection" had to be applied while the defendant claimed that this test was no longer applicable since the 1993 amendment of the Act and that the test should be carried out from the point of view of how the aware consumer would see things. A comparison of section 11 of the Act before the amendment of 1993 and after the amendment of 1993 showed that the pre-1993 version contained an element of "fraudulent imitation" whereas the element was removed by the 1993 amendment and replaced with the concept of "design not differing substantially". Without ruling on the issue, it was noted that the application of the three-pronged test may raise a certain number of questions with respect to its relevance, in light of the 1993 amendment of section 11 of the Act.

The use of the expressions "aware consumer" and "informed consumer" and whether they were different was

l'occurrence, il s'agit de l'espace situé entre les parois intérieure et extérieure des verres à double paroi.

Les verres à double paroi de la défenderesse ont été lancés sur le marché canadien à l'automne 2006, et à l'époque, la défenderesse était au courant de l'existence des verres à double paroi commercialisés par Bodum. Les demanderesse ont intenté une action contre la défenderesse en mai 2007.

Les questions en litige étaient de savoir s'il y avait eu contrefaçon des dessins industriels 107736 et 114070 des demanderesse et si l'enregistrement de ces dessins industriels était invalide.

*Jugement* : l'action doit être rejetée, et la demande reconventionnelle doit être accueillie.

L'élément fonctionnel des verres à double paroi de Bodum est l'espace situé entre les parois intérieure et extérieure des verres à double paroi. La configuration des verres à double paroi était particulièrement pertinente en l'espèce. Les verres à double paroi de la défenderesse devaient être qualifiés d'à peu près identiques aux dessins industriels en cause pour qu'il y ait contrefaçon et, dans l'analyse de la Cour fédérale, la fonction utilitaire des verres à double paroi n'a pas été prise en compte. En ce qui concerne l'art antérieur, la preuve a révélé que les verres à double paroi existaient déjà lorsque Bodum a lancé les siens sur le marché canadien, en 2003-2004.

Les parties étaient en désaccord sur le test juridique applicable à l'analyse comparative que la Cour devait effectuer pour déterminer s'il y avait eu contrefaçon en l'espèce, au sens de l'article 11 de la Loi. Les demanderesse prétendaient qu'il fallait appliquer le test à trois volets développé en Angleterre qui fait référence à la doctrine d'« *imperfect recollection* » (souvenir imparfait), alors que la défenderesse soutenait que ce test n'est plus applicable depuis que la Loi a été modifiée, en 1993, et qu'il devrait se faire du point de vue de l'œil du consommateur averti. Une comparaison de l'article 11 de la Loi avant la modification de 1993 et après la modification de 1993 a démontré effectivement que la version antérieure à 1993 contenait un élément d'« imitation frauduleuse », alors que cet élément a été supprimé par la modification apportée en 1993, et remplacé par la notion de « dessin ne différant pas de façon importante ». Sans se prononcer sur la question, la Cour a remarqué, en effet, que l'application du test à trois volets peut soulever un certain nombre de questions relativement à sa pertinence, compte tenu de la modification apportée à l'article 11 de la Loi en 1993.

Une discussion a eu lieu concernant l'utilisation des expressions « consommateur averti » et « consommateur

discussed. It was shown that the French words “*averti*” and “*informé*” mean the same thing and could thus be considered synonyms of the English expression “informed consumer”. Therefore, the issue of using the expression “aware consumer” or “informed consumer” was a false debate and the alleged infringing product had to be analysed from the point of view of how the informed consumer would see things.

Based on the evidence, it was found that the defendant’s glasses did not have the features attributed to them by the plaintiffs and that the defendant’s glasses were not infringing products. Firstly, prior art clearly demonstrated that the lines of industrial design 107736 existed dating back to 1897. Moreover, a comparison of the proportions of the industrial designs at issue with the defendant’s glasses showed that the proportions differed, namely with respect to the exterior curves and openings. In light of the evidence, the defendant’s glasses are a lot more similar to some pre-2003 glasses than to the industrial designs in question in this case. Even if the Federal Court were to disregard the prior art, the defendant’s glasses have almost none of the features of the configuration of the industrial designs that were at issue.

The defendant’s counterclaim argument that the industrial designs in question were invalid was examined. To be registrable, an industrial design must be substantially different from prior art. A simple variation is not sufficient; the designs in question must show originality. By comparing the prior art submitted into evidence and the industrial designs in question, by focussing on lines and by ignoring the manufacturing processes, materials used and colours, it was found that the designs did not vary substantially. Therefore, the industrial designs in question did not meet the criteria defined by the case law entitling them to registration. As a result, they did not satisfy the requirement of substantial originality and, consequently, they were not entitled to the protection set out in the Act and had to be expunged from the register.

informé » et l’existence d’une différence entre elles. Il a été démontré qu’en français, les mots « averti » et « informé » ont le même sens et qu’ils peuvent être considérés comme des synonymes de l’expression anglaise « *informed consumer* ». Par conséquent, la question de l’emploi des expressions « consommateur averti » ou « consommateur informé » est un faux débat, et le produit prétendument contrefacteur devait être analysé du point de vue de l’œil du consommateur averti.

Compte tenu de la preuve soumise, il a été conclu que les verres de la défenderesse ne comportaient pas les caractéristiques que lui imputaient les demanderesse, et n’étaient pas des produits contrefacteurs. D’une part, l’art antérieur a démontré que les lignes du dessin industriel 107736 existaient déjà en 1897. D’autre part, en comparant les proportions des dessins industriels en cause avec les verres de la défenderesse, on a constaté que les proportions diffèrent, notamment par les courbes extérieures et les ouvertures. À la lumière de la preuve, les verres de la défenderesse sont beaucoup plus semblables à certains verres antérieurs à 2003 qu’aux dessins industriels en cause dans la présente affaire. Même si la Cour fédérale faisait fi de l’art antérieur, les verres de la défenderesse ne comportent à peu près aucune des caractéristiques de la configuration des dessins industriels en cause.

L’argument de la défenderesse qui reposait dans sa demande reconventionnelle sur l’invalidité des dessins industriels en cause a été examiné. Pour être enregistrable, un dessin industriel doit se démarquer substantiellement de l’art antérieur. Une simple variation ne suffira pas; les dessins en question doivent faire preuve d’originalité. En comparant l’art antérieur produit en preuve et les dessins industriels en cause, en s’attardant aux lignes et en faisant fi des procédés de fabrication, des matériaux utilisés et des couleurs, la Cour en est arrivée à la conclusion que les dessins ne variaient pas de façon significative. Pour ces raisons, les dessins industriels en question ne répondaient pas aux critères définis par la jurisprudence donnant droit à un enregistrement. En conséquence, les dessins industriels en cause ne satisfaisaient pas à l’exigence du caractère original substantiel, ils n’avaient pas droit à la protection prévue par la Loi, et devaient être radiés du registre.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9, ss. 2 “design” (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 20), “utilitarian function” (as am. *idem*), “variants” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 161), 5.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 21), 6(1) (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 162), 7(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 15), (3) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, Item 16), 9, 10 (as

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9, art. 2 « dessin » (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 20), « fonction utilitaire » (mod., *idem*), « variants » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 161), 5.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 21), 6(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 162), 7(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 15), (3) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 143, ann.

am. by S.C. 1993, c. 44, s. 163), 11 (as am. *idem*, s. 164), 17 (as am. *idem*, s. 168).  
*Trade-marks Act*, R.C.S., 1985, c. T-13, s. 7(a),(b).

VI, n° 16), 9, 10 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 163), 11 (mod., *idem*, art. 164), 17 (mod., *idem*, art. 168).  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7a),b).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch.D.); *Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 339 (F.C.T.D.); *Rothbury International Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2004 FC 578, [2005] 1 F.C.R. 130, 36 C.P.R. (4th) 203, 257 F.T.R. 280; *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429, [1929] 3 D.L.R. 11.

## CONSIDERED:

*Valor Heating Co. Ltd. v. Main Gas Appliances Ltd.*, [1972] F.S.R. 497, [1973] R.P.C. 871 (Ch.D.); *Industries Lumio (Canada) inc. c. Dusablon*, 2007 QCCS 1204, [2007] R.J.Q. 1216.

## REFERRED TO:

*Bodum USA Inc. v. Trudeau Corporation (1889) Inc.*, 2012 FC 240, 101 C.P.R. (4th) 455; *Jones & Attwood Ltd. v. National Radiator Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 71 (Ch.D.); *Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 134, 1 C.P.R. (3d) 75 (F.C.A.); *Le May v. Welch* (1884), 28 Ch.D. 24 (C.A.).

## AUTHORS CITED

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 48. London: Butterworths, 1984.  
*Larousse French-English/English-French Dictionary*. Paris: Larousse, 1994, "averti", "informed".  
*Le Petit Robert de la langue française*, 2006. Paris: Le Robert, 2006, "averti", "informé".  
 McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3rd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2000.  
 McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., loose-leaf. Toronto: Thomson/Carswell, 2003.

ACTION by the plaintiffs seeking relief in application of the *Industrial Design Act* on the ground of infringement of two Canadian industrial designs and

## JURISPRUDNCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch.D.); *Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.*, [1985] A.C.F. n° 239 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Rothbury International Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2004 CF 578, [2005] 1 R.C.F. 130; *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] R.C.S. 429.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Valor Heating Co. Ltd. v. Main Gas Appliances Ltd.*, [1972] F.S.R. 497, [1973] R.P.C. 871 (Ch.D.); *Industries Lumio (Canada) inc. c. Dusablon*, 2007 QCCS 1204, [2007] R.J.Q. 1216.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Bodum USA Inc. v. Trudeau Corporation (1889) Inc.*, 2012 FC 240, 101 C.P.R. (4th) 455; *Jones & Attwood Ltd. v. National Radiator Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 71 (Ch.D.); *Algonquin Mercantile Corporation c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 500 (C.A.) (QL); *Le May v. Welch* (1884), 28 Ch.D. 24 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

*Dictionnaire Larousse Français-Anglais/Anglais-Français*. Paris : Larousse, 1994, « averti », « informed ».  
*Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 48. Londres : Butterworths, 1984.  
*Le Petit Robert de la langue française*, 2006. Paris : Le Robert, 2006, « averti », « informé ».  
 McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Thomson/Carswell, 2000.  
 McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles. Toronto : Thomson/Carswell, 2003.

ACTION intentée par les demanderesse, demandant réparation en application de la *Loi sur les dessins industriels*, au motif de la contrefaçon de deux dessins

COUNTERCLAIM by the defendant seeking a declaration of invalidity. Action dismissed and counterclaim allowed.

industriels canadiens et DEMANDE RECONVENTIONNELLE de la défenderesse, sollicitant une déclaration d'invalidité. Action rejetée et demande reconventionnelle accueillie.

#### APPEARANCES

*Christopher Atchison* for plaintiffs.  
*François Guay* and *Ekaterina K. Tsimberis* for defendant.

#### ONT COMPARU

*Christopher Atchison* pour les demanderesse.  
*François Guay* et *Ekaterina K. Tsimberis* pour la défenderesse.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Atchison Law Firm*, Montréal, for plaintiffs.  
*Smart & Biggar*, Montréal, for defendant.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Cabinet d'avocats Atchison*, Montréal, pour les demanderesse.  
*Smart & Biggar*, Montréal, pour la défenderesse.

*The following is the English version of the public reasons for judgment rendered by*

*Voici les motifs publics du jugement rendu en français par*

BOIVIN J.:

LE JUGE BOIVIN :

#### I. Overview

#### I. Aperçu

[1] Bodum USA, Inc. (Bodum) and PI Design AG. (collectively the plaintiffs) are commencing an action against the company Trudeau Corporation (1889) Inc. (Trudeau or the defendant) and are seeking relief in application of the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9 (Act) on the ground of infringement of two Canadian industrial designs registered under numbers 107736 and 114070 (industrial designs), which correspond to Bodum double wall glasses marketed by Bodum.

[1] Bodum USA, Inc. (Bodum) et PI Design AG. (ensemble les demanderesse) intentent une action contre la compagnie Trudeau Corporation (1889) Inc. (Trudeau ou la défenderesse) et demandent réparation en application de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9 (Loi) en invoquant la contrefaçon de deux dessins industriels canadiens portant les numéros d'enregistrement 107736 et 114070 (les dessins industriels), lesquels dessins correspondent à des verres Bodum à double paroi commercialisés par Bodum.

[2] As part of their action, the plaintiffs are also claiming that Trudeau violated paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, and are raising allegations of unfair competition (offence of confusion). The plaintiffs are seeking a permanent injunction against Trudeau as well as the profits in connection with its activities.

[2] Dans le cadre de leur action, les demanderesse prétendent également que Trudeau a enfreint l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, et soulèvent des allégations de concurrence déloyale (délit de confusion). Les demanderesse réclament une injonction permanente à l'encontre de Trudeau ainsi que les profits en lien avec les activités de cette dernière.

[3] Trudeau denies acting in violation of the industrial designs in question. Trudeau also denies directing public attention to its wares in such a way as to cause or be

[3] Trudeau conteste avoir agi en violation des dessins industriels en cause. Trudeau nie aussi avoir attiré l'attention du public sur ses marchandises de manière à

likely to cause confusion between its wares and the wares of Bodum. Furthermore, as plaintiff by counterclaim, Trudeau is seeking a declaration that the industrial designs in question are and have always been invalid.

[4] For the following reasons, the Court finds that the plaintiffs' action should be dismissed and that Trudeau's counterclaim should be allowed.

## II. Factual background

### *The parties*

[5] The plaintiff PI Design AG. is a company established in accordance with Swiss laws, and has its place of business in Lucerne, Switzerland. It holds the intellectual property of the company Bodum USA, Inc., including industrial designs 107736 and 114070.

[6] The company Bodum was founded in Denmark in 1944 and markets kitchen products. The plaintiff Bodum USA, Inc. is a company established in accordance with American laws, and its place of business is in New York City in the United States.

[7] PI Design AG. granted Bodum USA, Inc. a licence to distribute "BODUM" brand products in the United States, Canada, Mexico and South America. Bodum USA, Inc. has no place of business in Canada. Canadian retailers are supplied from the United States.

[8] The defendant, Trudeau, is a company established in accordance with Canadian laws, and its place of business is in Boucherville, Quebec. Founded in 1889, Trudeau is dedicated to researching and developing, designing, manufacturing, importing and marketing "Trudeau" and "Home Presence by Trudeau" brand kitchen products in Canada and around the world.

causer ou à vraisemblablement causer de la confusion entre ses marchandises et celles de Bodum. De plus, se portant demanderesse reconventionnelle, Trudeau demande une déclaration selon laquelle les dessins industriels en cause sont et ont toujours été invalides.

[4] Pour les motifs qui suivent, la Cour conclut qu'il y a lieu de rejeter l'action des demandereses et d'accorder la demande reconventionnelle introduite par Trudeau.

## II. Le contexte factuel

### *Les parties*

[5] La demanderesse PI Design AG. est une société organisée conformément aux lois suisses et ayant son établissement à Lucerne, en Suisse. Elle détient la propriété intellectuelle de la compagnie Bodum USA, Inc., incluant les dessins industriels 107736 et 114070.

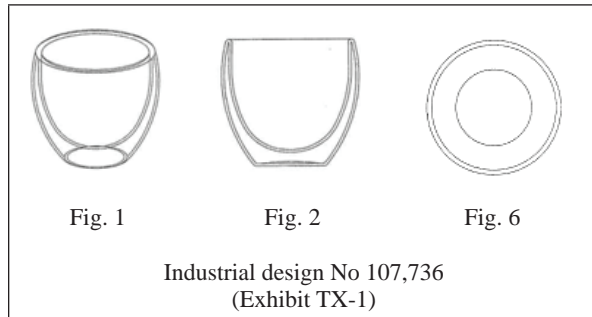
[6] La société Bodum a été fondée au Danemark en 1944 et commercialise des articles de cuisine. La demanderesse Bodum USA, Inc. est une société organisée conformément aux lois américaines et ayant son établissement à New York aux États-Unis.

[7] PI Design AG. a accordé une licence à Bodum USA, Inc. pour la distribution des produits de marque « BODUM » aux États-Unis, au Canada, au Mexique et en Amérique du Sud. Bodum USA, Inc. n'a pas d'établissement situé au Canada. Les détaillants canadiens sont approvisionnés à partir des États-Unis.

[8] La défenderesse Trudeau est une société organisée selon les lois du Canada et a son établissement à Boucherville au Québec. Fondée en 1889, Trudeau se consacre à la recherche et au développement, la conception, la fabrication, l'importation et la commercialisation, au Canada et à travers le monde, de produits de cuisine sous la marque de commerce « Trudeau » et « Home Presence by Trudeau ».

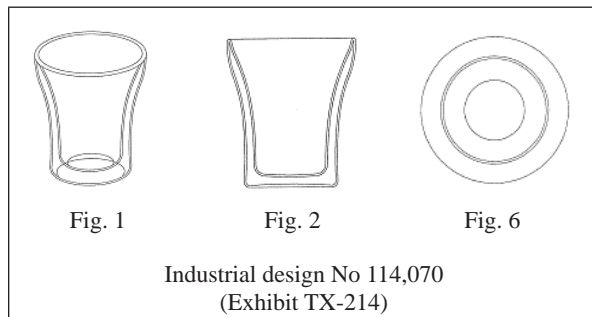
*The industrial designs and the glasses in question*

[9] Industrial design 107736 (TX-1)<sup>1</sup> is described as follows:



The design consists of the visual features of the entirety of the drinking glass shown in the drawings. Drawings of the design are included wherein: Figure 1 is an oblique perspective view of the design; Figure 2 is a front view of the design; [Figure 3 is a rear view of the design; Figure 4 is a right view of the design; Figure 5 is a left view of the design]; Figure 6 is a top view of the design; and [Figure 7 is a bottom view of the design].

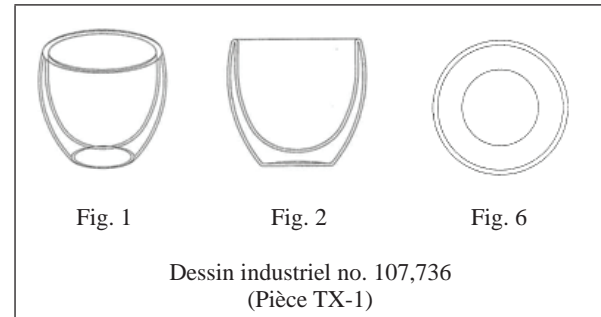
[10] Industrial design 114070 (TX-214)<sup>2</sup> is described as follows:



The design consists of the visual features of the entirety of the drinking glass shown in the drawings. Drawings of the design are included wherein: Figure 1 is a perspective view of the design; Figure 2 is a front view of the design; [Figure 3 is a rear view of the design; Figure 4 is a right side view of

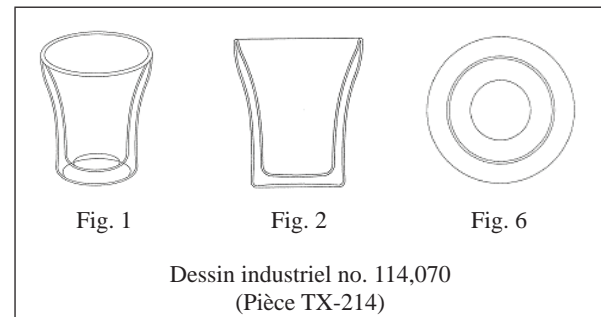
*Les dessins industriels et les verres en litige*

[9] Le dessin industriel 107736 (TX-1)<sup>1</sup> comporte la description suivante :



[TRADUCTION] Le dessin consiste en les caractéristiques visuelles de l'ensemble du verre à boire illustré sur les esquisses. Des esquisses du dessin sont incluses, dans lesquelles : la Figure 1 représente la vue perspective oblique du dessin; la Figure 2 représente la vue avant du dessin; [la Figure 3 représente la vue arrière du dessin; la Figure 4 représente la vue latérale droite du dessin; la Figure 5 représente la vue latérale gauche du dessin]; la Figure 6 représente la vue en plan du dessin; [la Figure 7 représente la vue de dessous du dessin].

[10] Le dessin industriel 114070 (TX-214)<sup>2</sup> comporte la description suivante :



[TRADUCTION] Le dessin consiste en les caractéristiques visuelles de l'ensemble du verre à boire illustré sur les esquisses. Des esquisses du dessin sont incluses, dans lesquelles : la Figure 1 représente la vue perspective du dessin; la Figure 2 représente la vue avant du dessin; [la Figure 3 représente la

1 TX-1 corresponds to Exhibit TX-198 (Pavina).



2 TX-214 corresponds to Exhibit TX-189 (Assam).

1 TX-1 correspond à la pièce TX-198 (Pavina).

2 TX-214 correspond à la pièce TX-189 (Assam).

the design; Figure 5 is a left side view of the design]; Figure 6 is a top view of the design; and [Figure 7 is a bottom view of the design].

[11] The glass models TX-186 and TX-47 sold by Trudeau that are at issue in this case are as follows:

	
Trudeau glass (Exhibit TX-186)	Trudeau glass (Exhibit TX-47)
Product number: 4,601,063	Product number: 4,601,064

#### *Earlier proceedings*

[12] Bodum introduced its double wall glasses for the first time in August 2003 at the Ambiente trade fair in Frankfurt, Germany.



[13] Subsequently, Bodum's double wall glasses were introduced to the Canadian market towards the end of 2003 or the beginning of 2004 (T86 – May 22).

[14] The industrial designs 107736 and 114070 were filed on July 27, 2004. The industrial designs were registered with the Office of the Commissioner of Patents of the Canadian Intellectual Property Office on February 1, 2006. The priority date for the industrial designs in question is February 18, 2004. The industrial designs have no registered variants.

[15] The Court notes that the industrial designs in question were not identified by the letter “D” in a circle with the name or the usual abbreviation of the proprietor

vue arrière du dessin; la Figure 4 représente la vue latérale droite du dessin; la Figure 5 représente la vue latérale gauche du dessin]; la Figure 6 représente la vue en plan du dessin; [la Figure 7 représente la vue de dessous du dessin].

[11] Les modèles de verres TX-186 et TX-47 vendus par Trudeau qui sont l'objet du présent litige sont les suivants :

	
Verre Trudeau (Pièce TX-186)	Verre Trudeau (Pièce TX-47)
Numéro de produit : 4,601,063	Numéro de produit : 4,601,064

#### *Genèse de l'instance*

[12] Bodum a présenté ses verres à double paroi pour la première fois en août 2003 lors de la foire commerciale Ambiente à Francfort en Allemagne.

[13] Par la suite, les verres à double paroi de Bodum ont été introduits sur le marché canadien vers la fin de l'année 2003 ou vers le début de l'année 2004 (T86 – 22 mai).

[14] La date de dépôt des dessins industriels 107736 et 114070 est le 27 juillet 2004. Les dessins industriels ont été enregistrés au Bureau du commissaire aux brevets de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada le 1<sup>er</sup> février 2006. La date de priorité des dessins industriels en cause est le 18 février 2004. Ces dessins industriels ne comportent pas de variantes enregistrées.

[15] La Cour note que les dessins industriels en cause ne sont pas identifiés par une lettre « D », entourée d'un cercle avec le nom du propriétaire du dessin ou son



of the design as set out in section 17 [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 168] of the Act.

[16] Trudeau's double wall glasses were introduced to the Canadian market in the fall of 2006. At the time, Trudeau was aware of the double wall glasses marketed by Bodum.

[17] On January 31, 2007, the plaintiffs sent a letter of formal notice to Trudeau. On May 1, 2007, the plaintiffs commenced this action in the Federal Court against Trudeau.

[18] On November 9, 2009, Prothonotary Morneau issued a confidentiality order. The order was renewed by the undersigned on May 16, 2012.

[19] On April 13, 2011, before the trial started, counsel for Trudeau served on counsel for the plaintiffs a written offer to settle.

[20] On January 30, 2012, Prothonotary Morneau rendered a decision setting security for Trudeau's costs at \$55 000. That decision was appealed. On February 21, 2012, Justice de Montigny set aside Prothonotary Morneau's decision [2012 FC 240, 101 C.P.R. (4th) 455] in part and increased security for Trudeau's costs to \$75 000.

### III. Issues

[21] The issues raised in this case are the following:

- (1) Was there infringement of industrial designs 107736 and 114070?
- (2) Is the registration of industrial designs 107736 and 114070 invalid?
- (3) Does Trudeau's marketing of double wall glasses constitute unfair competition (offence of confusion)?

abréviation usuelle suivant l'article 17 [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 168] de la Loi.

[16] Quant aux verres à double paroi de Trudeau, ils ont été introduits sur le marché canadien à l'automne 2006. À l'époque, Trudeau était au courant de l'existence des verres à double paroi commercialisés par Bodum.

[17] Le 31 janvier 2007, les demandesses ont envoyé une lettre de mise en demeure à Trudeau. Le 1<sup>er</sup> mai 2007, les demandesses ont introduit la présente action en Cour fédérale à l'encontre de Trudeau.

[18] Le 9 novembre 2009, le protonotaire Morneau a rendu une ordonnance de confidentialité. Cette ordonnance a été reconduite par le soussigné le 16 mai 2012.

[19] Le 13 avril 2011, avant le début du procès, les avocats de Trudeau ont signifié aux avocats des demandesses une offre écrite de règlement.

[20] Le 30 janvier 2012, le protonotaire Morneau a rendu une décision fixant un cautionnement pour les frais de Trudeau au montant de 55 000 \$. Cette décision a été portée en appel. Le 21 février 2012, le juge de Montigny a annulé la décision du protonotaire Morneau [2012 FC 240] en partie et a augmenté le montant du cautionnement pour les frais de Trudeau à 75 000 \$.

### III. Les questions en litige

[21] Les questions en litige soulevées par la présente affaire sont les suivantes :

- 1) Y a-t-il eu contrefaçon des dessins industriels 107736 et 114070?
- 2) L'enregistrement des dessins industriels 107736 et 114070 est-il invalide?
- 3) La commercialisation des verres à double paroi par Trudeau constitue-t-elle de la concurrence déloyale (délit de confusion)?

IV. Fact witnesses

[22] One fact witness was heard on behalf of the plaintiffs: Thomas Perez.

*Thomas Perez*

[23] Mr. Perez is the President of Bodum USA, Inc. He testified that he has worked at Bodum since June 2000 and that he has been the President of Bodum USA, Inc. since September 2007. Mr. Perez provided Bodum's history and its connection to PI Design AG. In addition, Mr. Perez testified as to the presence of Bodum products on the Canadian market since the 1970s. Mr. Perez presented various products sold by Bodum in Canada as well as Bodum's sales figures in Canada. More specifically, Mr. Perez testified as to the company's sales percentages and their breakdown into, namely, coffee presses, double wall glasses, tea products and finally, electrical appliances and other coffee makers.

[24] Regarding double wall glasses, Mr. Perez indicated that the double wall glass design was inspired by a small Japanese sake bowl spotted by Jørgen Bodum (T93 – May 22). Mr. Perez also described the introduction of the double wall glasses to the Canadian market and their marketing. In cross-examination, counsel for Trudeau raised questions concerning the amount of Bodum sales in Canada and questions with respect to the industrial designs at issue. Furthermore, counsel for Trudeau guided Mr. Perez through a comparison between a variety of glasses and industrial designs.

[25] The defendant, Trudeau, presented two fact witnesses: Robert Trudeau and Charles Harari.

*Robert Trudeau*

[26] Mr. Trudeau shared the story and evolution of the Trudeau company.

IV. Les témoins de faits

[22] Un seul témoin de faits a été entendu pour le compte des demanderesse : Thomas Perez.

*Thomas Perez*

[23] M. Perez est président de Bodum USA, Inc. Il a témoigné qu'il travaille chez Bodum depuis le mois de juin 2000 et qu'il occupe le poste de président de Bodum USA, Inc. depuis le mois de septembre 2007. M. Perez a relaté l'histoire de la compagnie Bodum et ses liens avec PI Design AG. En outre, M. Perez a témoigné sur la présence des produits Bodum sur le marché canadien depuis les années 1970. M. Perez a présenté les différents produits vendus par Bodum au Canada ainsi que les chiffres d'affaires de la compagnie Bodum au Canada. Plus précisément, M. Perez a témoigné sur les pourcentages de ventes de la compagnie ainsi que leur répartition entre notamment les cafetières à pression, les verres à double paroi et les ventes qui correspondent aux produits de thé et enfin, les appareils électriques et autres cafetières.

[24] En ce qui concerne les verres à double paroi, M. Perez a indiqué que la conception des verres à double paroi a été inspirée d'un bol sake japonais de petite taille remarqué par M. Jørgen Bodum (T93 – 22 mai). M. Perez a également situé l'introduction des verres à double paroi sur le marché canadien et leur commercialisation. En contre-interrogatoire, le procureur de Trudeau a soulevé des questions concernant le montant des ventes de la compagnie Bodum au Canada, et aussi des questions relatives aux dessins industriels en cause. De plus, le procureur de Trudeau a guidé M. Perez à travers une comparaison entre une variété de verres et de dessins industriels.

[25] Pour sa part, la défenderesse Trudeau a présenté deux témoins de faits : Robert Trudeau et Charles Harari.

*Robert Trudeau*

[26] M. Trudeau a fait part de l'historique de la société Trudeau et de son évolution.

[27] Mr. Trudeau is President of Trudeau's Board and has worked within the Trudeau company since 1967. He indicated that the company started to develop kitchen products in the 1980s. It was in 1995 that the company created the "Trudeau" and "Home Presence by Trudeau" brands. Mr. Trudeau testified as to the percentage of Trudeau products that are designed and manufactured by the company itself and then on the remaining percentage that represents Walt Disney brand products and Bormioli brand products distributed by the company in Canada.

[28] Mr. Trudeau also testified as to the diversity of the products sold by Trudeau on the Canadian market as well as the types of stores where products are available. In cross-examination, Mr. Trudeau confirmed that a children's double wall glass was created by Trudeau for Walt Disney in the 1990s (T202 – May 22). That glass was later submitted and shown as Exhibit P-1.

*Charles Harari*

[29] Mr. Harari is vice-president of development at Trudeau. He testified that he has worked for the company since 1994 and that he is currently responsible for intellectual property issues, factory selection, quality control at the office in China, and product development.

[30] Mr. Harari testified as to the research and development of Trudeau's products. He also indicated that Trudeau has a portfolio of patents and industrial designs. Mr. Harari also testified as to the marking, labelling and packaging of Trudeau's products, as well as to the presentation of the products at the points of sale. Furthermore, Mr. Harari addressed the advertising of the company's products.

[31] Regarding Trudeau's sale of double wall glasses, Mr. Harari's testimony pertained namely to the company's initial agreement with the American company "Formation" (T57 – May 23) and his visit to the Chinese factory in 2006 (T60-62 – May 23), where the double

[27] M. Trudeau est le président du conseil de Trudeau et il œuvre au sein de la société Trudeau depuis 1967. Il a indiqué que la société a commencé à développer des produits pour la cuisine dans les années 1980. C'est en 1995 que la société a créé la marque « Trudeau » et la marque « Home Presence by Trudeau ». M. Trudeau a témoigné sur le pourcentage des produits Trudeau qui sont conçus et fabriqués par la compagnie elle-même, puis sur le pourcentage restant représentant les produits de la marque Walt Disney et les produits de la marque Bormioli distribués par la société au Canada.

[28] En outre, M. Trudeau a également témoigné au sujet de la diversité des produits vendus par Trudeau sur le marché canadien ainsi que les types de magasins où les produits sont disponibles. En contre-interrogatoire, M. Trudeau a confirmé qu'un verre à double paroi pour enfants avait été créé par Trudeau pour Walt Disney dans les années 1990 (T202 – 22 mai). Ce verre a ultérieurement été déposé et produit sous la pièce P-1.

*Charles Harari*

[29] M. Harari est vice-président de développement de Trudeau. Il a témoigné qu'il travaille pour la société depuis 1994 et qu'il y est présentement le responsable des questions relatives à la propriété intellectuelle, la sélection des usines, le contrôle de la qualité du bureau de la Chine, et le développement des produits.

[30] M. Harari a témoigné relativement à la recherche et au développement des produits de la société Trudeau. Il a aussi indiqué que la société Trudeau détient un portefeuille de brevets et des dessins industriels. M. Harari a également témoigné sur le marquage, l'étiquetage et l'emballage des produits Trudeau, ainsi que sur la présentation des produits aux points de vente. De plus, M. Harari a abordé la publicité des produits de la société.

[31] Quant à la vente des verres à double paroi par la société Trudeau, le témoignage de M. Harari a notamment porté sur l'entente initiale de la société avec la compagnie américaine « Formation » (T57 – 23 mai) de même que sa visite à l'usine chinoise en 2006 (T60-62

wall glasses are made, and his initial questions concerning the intellectual property of double wall glasses. He also provided an overview of the various double wall glasses sold on the Canadian market. Finally, Mr. Harari specified that certain stores in Canada offer “Trudeau” brand products whereas others offer “Home Presence by Trudeau” brand products. There were no questions in cross-examination.

#### V. The expert witness

[32] Michel Morand is the only expert witness who appeared before the Court during the trial. He was called by Trudeau. His qualifications as an expert witness in industrial design as well as the content of his report were not the subject of objections by the plaintiffs.

#### *Michel Morand*

[33] Mr. Morand obtained a bachelor’s degree in industrial design from the Université de Montréal in 1979. He started his own industrial design consultation office, Enta Design, in 1979.

[34] Mr. Morand gave an overview of the work of an industrial designer and explained the different products that he has designed throughout his career. Mr. Morand admitted that he has never designed a glass, but explained that the same methodology and process are applicable to the field. Mr. Morand stated that the shape of the industrial designs has existed for a long time. Moreover, Mr. Morand compared the industrial designs and the pre-2003 glasses and determined that the differences between the prior art glasses and the industrial designs are very minimal. Mr. Morand testified that, in his opinion, there was no “spark of inspiration” in the shape of the Bodum double wall glass. By comparing the industrial designs in question and the Trudeau double wall glasses and by analysing the exterior lines and the interior lines more specifically, he concluded that the

– 23 mai) où les verres à double paroi sont fabriqués et ses questions initiales concernant la propriété intellectuelle des verres à double paroi. Il a également donné un aperçu des différents verres à double paroi qui sont vendus sur le marché canadien. Finalement, M. Harari a précisé que certains magasins au Canada offrent les produits de marque « Trudeau » alors que d’autres offrent les produits de marque « Home Presence by Trudeau ». Il n’y a pas eu de questions en contre-interrogatoire.

#### V. Le témoin expert

[32] M. Michel Morand est le seul témoin expert qui a comparu devant la Cour pendant le procès. Il a été appelé par Trudeau. Ses qualifications à titre de témoin expert en design industriel ainsi que le contenu de son rapport n’ont pas fait l’objet d’objections de la part des demandresses.

#### *Michel Morand*

[33] M. Morand a obtenu un baccalauréat en design industriel de l’Université de Montréal en 1979. Il a fondé son propre bureau de consultation en design industriel en 1979, Enta Design.

[34] M. Morand a donné un aperçu du travail d’un designer industriel et a aussi expliqué les différents produits qu’il a conçus au cours de sa carrière. M. Morand a admis qu’il n’avait jamais conçu un verre, mais il a expliqué que la même méthodologie et le même processus s’appliquent à ce domaine. M. Morand a énoncé que la forme des dessins industriels existe depuis longtemps. Par ailleurs, M. Morand a offert une comparaison entre les dessins industriels et les verres antérieurs à 2003 et il a déterminé que les différences entre les verres d’antériorité et les dessins industriels sont très minimes. M. Morand a témoigné qu’on ne trouvait pas, à son avis, le « *spark of inspiration* » (l’étincelle d’inspiration) dans la forme du verre à double paroi de Bodum. En comparant les dessins industriels en cause et les verres à double paroi de Trudeau et en analysant plus particulièrement

interior and exterior lines of the industrial designs in question and the Trudeau glasses were different.

[35] In cross-examination, Mr. Morand admitted that he is not a glassware designer. Mr. Morand also admitted that some glasses included in his report (MM-9, MM-12, MM-10, MM-13, MM-18) were undoubtedly not double wall glasses. Also, Mr. Morand indicated that he had no physical example of several of the prior art glasses included in his report. Finally, Mr. Morand confirmed that the blue Bodum glass (TX-194) was a double wall glass and that there were no relevant differences in this case between that glass and the Trudeau glasses.

#### VI. Relevant statutory provisions

[36] The relevant legislation is reproduced in Annex A. At this point, the Court reiterates some relevant provisions for the purposes of this case.

[37] First, the Act defines a “design” in section 2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 20] as being “features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye”.

[38] It is also important to note that industrial designs protect the visual features of an article, not its functionality. This principle is codified in section 5.1 [as enacted *idem*, s. 21] of the Act:

Restriction on protection

**5.1** No protection afforded by this Act shall extend to

(a) features applied to a useful article that are dictated solely by a utilitarian function of the article; or

(b) any method or principle of manufacture or construction.

les lignes extérieures et les lignes intérieures, il en a conclu que les lignes intérieures et extérieures des dessins industriels en cause et des verres Trudeau étaient différentes.

[35] En contre-interrogatoire, M. Morand a admis qu’il n’est pas un designer en matière de verrerie. M. Morand a également admis que certains verres inclus dans son rapport (MM-9, MM-12, MM-10, MM-13, MM-18) n’étaient sans doute pas des verres à double paroi. Aussi, M. Morand a indiqué qu’il n’avait pas d’exemple physique de plusieurs verres d’antériorité inclus dans son rapport. M. Morand a finalement confirmé que le verre bleu Bodum (TX-194) était un verre à double paroi et qu’il n’existait pas de différences pertinentes en l’espèce entre ce verre et les verres Trudeau.

#### VI. Dispositions législatives applicables

[36] La législation pertinente est reproduite à l’annexe A. La Cour rappelle ici quelques dispositions pertinentes pour les fins du présent litige.

[37] Tout d’abord, la Loi définit un « dessin » à l’article 2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 20] comme étant les « [c]aractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d’un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs ».

[38] Il est également important de noter que le dessin industriel protège les caractéristiques visuelles d’un objet et non sa fonctionnalité. Ce principe est codifié à l’article 5.1 [édicte, *idem*, art. 21] de la Loi :

**5.1** Les caractéristiques résultant uniquement de la fonction utilitaire d’un objet utilitaire ni les méthodes ou principes de réalisation d’un objet ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la présente loi.

Limites et protection

[39] Finally, the registration of industrial designs is done in accordance with subsection 6(1) [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 162] of the Act:

Registration of design

6. (1) The Minister shall register the design if the Minister finds that it is not identical with or does not so closely resemble any other design already registered as to be confounded therewith, and shall return to the proprietor thereof the drawing or photograph and description with the certificate required by this Part.

[39] Enfin, l'enregistrement en matière de dessins industriels se fait conformément au paragraphe 6(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 162] de la Loi :

Enregistrement de dessins

6. (1) Si le ministre trouve que le dessin n'est pas identique à un autre dessin déjà enregistré ou qu'il n'y ressemble pas au point qu'il puisse y avoir confusion, il l'enregistre et remet au propriétaire une esquisse ou une photographie ainsi qu'une description en même temps que le certificat prescrit par la présente partie.

VII. Analysis

1. Infringement

*Preliminary remarks*





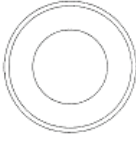
[40] Before beginning to analyse the infringement issue, it is useful to reproduce the industrial designs of the Bodum glasses and the Trudeau glasses side by side:





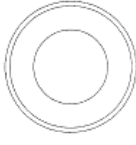
VII. Analyse




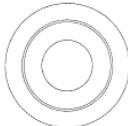

1. La contrefaçon






*Remarques liminaires*

[40] Avant de débiter l'analyse portant sur la question de la contrefaçon, il est opportun de rappeler les dessins industriels des verres Bodum et les verres Trudeau côte à côte :

Industrial Designs At Issue	TRUDEAU Double Wall Glasses
 Fig. 1	 (Exhibit TX-186) and
 Fig. 2	 (Exhibit TX-47)
 Fig. 6	
Industrial design No 107,736 (Exhibit TX-1)	

Dessins Industriels Invoqués	Verres à Double Paroi TRUDEAU
 Fig. 1	 (Pièce TX-186) et
 Fig. 2	 (Pièce TX-47)
 Fig. 6	
Dessin industriel no. 107,736 (Pièce TX-1)	

Industrial Designs At Issue	TRUDEAU Double Wall Glasses
 <p data-bbox="310 474 379 499">Fig. 1</p>	
 <p data-bbox="310 662 379 686">Fig. 2</p>	<p data-bbox="553 504 722 555">(Exhibit TX-186) and</p>
 <p data-bbox="310 857 379 881">Fig. 6</p>	 <p data-bbox="558 804 718 829">(Exhibit TX-47)</p>
<p data-bbox="200 913 484 964">Industrial design No 114,070 (Exhibit TX-214)</p>	

Dessins Industriels Invoqués	Verres à Double Paroi TRUDEAU
 <p data-bbox="943 474 1012 499">Fig. 1</p>	
 <p data-bbox="943 662 1012 686">Fig. 2</p>	<p data-bbox="1196 504 1350 555">(Pièce TX-186) et</p>
 <p data-bbox="943 857 1012 881">Fig. 6</p>	 <p data-bbox="1202 804 1346 829">(Pièce TX-47)</p>
<p data-bbox="834 913 1117 964">Dessin industriel no. 114,070 (Pièce TX-214)</p>	

[41] The industrial designs represent the double wall glasses. It is also apparent from the hearings that Bodum’s double wall glasses have a utilitarian function and that utilitarian function was admitted by the plaintiffs (plan of argumentation of plaintiffs/defendants by counterclaim, at page 6).

[41] Les dessins industriels représentent des verres à double paroi. Il est également ressorti lors des audiences que les verres à double paroi de Bodum comportent une fonction utilitaire et cette fonction utilitaire est admise par les demandresses (plan d’argumentation des demandresses/défenderesses reconventionnelles, à la page 6).

[42] The Court also points out that Bodum’s description of the Pavina series, which includes Bodum double wall glass TX-198, mentions that the utilitarian function of those glasses is to keep hot drinks hot and cold drinks cold. The following description indicates that those glasses are multifunctional:

[42] La Cour rappelle également que la description que fait Bodum de la série Pavina — qui inclut le verre Bodum TX-198 à double paroi — mentionne que la fonction utilitaire de ces verres est de conserver les boissons chaudes ou froides. La description ci-dessous indique que ces verres sont multifonctionnels :

Double wall glass PAVINA  
 0.08 l/2.5 oz - 4557-10  
 0.25 l/8 oz - 4558-10  
 0.35 l/12 oz - 4559-10  
 0.45 l/15 oz - 4560-10  
 BODUM® Product Information



Double wall glass PAVINA  
 0.08 l/2.5 oz - 4557-10  
 0.25 l/8 oz - 4558-10  
 0.35 l/12 oz - 4559-10  
 0.45 l/15 oz - 4560-10  
 BODUM® Product Information



#### PRODUCT DESCRIPTION – THE STORY

The insulating quality of the double wall glasses doesn't just keep hot drinks hot for a longer period of time, it also keeps cold drinks cold longer. Another nice thing about them – there is no condensation water when you serve cold drinks, therefore no messy rings on your table. And by the way, they're great for ice cream as well. Double wall glasses are truly multifunctional. They are made from borosilicate glass and are dishwasher safe.

The insulating quality of the double wall glasses doesn't just keep hot drinks hot for a longer period of time, it also keeps cold drinks cold longer. Another nice thing about them – there is no condensation water when you serve cold drinks, therefore no messy rings on your table. And by the way, they're great for ice cream as well. Double wall glasses are truly multifunctional. They are made from borosilicate glass and are dishwasher safe.

[43] The utilitarian function of Bodum's double wall glasses was confirmed by Mr. Perez, the President of Bodum USA, Inc., during his examination, as making it possible to keep hot liquid hot or cold liquid cold (T89 – May 22).

[44] As such, more specifically, what is the functional element of Bodum's double wall glasses? In the case at bar, it is the space between the interior and exterior walls of the double wall glasses.

[45] As previously specified, and the parties agree on this point, industrial designs protect visual features but not utilitarian function, that is, in this case, the



#### PRODUCT DESCRIPTION – THE STORY

The insulating quality of the double wall glasses doesn't just keep hot drinks hot for a longer period of time, it also keeps cold drinks cold longer. Another nice thing about them – there is no condensation water when you serve cold drinks, therefore no messy rings on your table. And by the way, they're great for ice cream as well. Double wall glasses are truly multifunctional. They are made from borosilicate glass and are dishwasher safe.

[TRANADUCTION] Les propriétés isolantes des verres à double paroi font en sorte que ceux-ci conservent plus longtemps la température des boissons chaudes comme celle des boissons froides. Une autre propriété utile de ces verres est qu'il ne se forme pas d'eau de condensation lorsque vous servez des boissons froides; votre table reste exempte de cernes. Et, en passant, ils sont aussi excellents pour la crème glacée. Les verres à double paroi sont vraiment multifonctionnels. Ils sont faits de verre borosilicaté et peuvent aller au lave-vaisselle.

[43] La fonction utilitaire des verres à double paroi Bodum a été confirmée par M. Perez, le président de Bodum USA, Inc., lors de son interrogatoire, à savoir qu'elle permet de garder le liquide chaud ou froid (T89 – 22 mai).

[44] Cela étant, quel est plus spécifiquement l'élément fonctionnel des verres à double paroi Bodum? Dans le cas qui nous occupe, il s'agit de l'espace situé entre les parois intérieure et extérieure des verres à double paroi.

[45] Tel que précisé précédemment, et les parties s'entendent sur ce point, les dessins industriels protègent les caractéristiques visuelles mais ne protègent pas



space between the double walls (John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., loose-leaf (Toronto: Carswell, 2003), at page 31-9).

[46] The protection offered by industrial designs should also not be confused with the protection obtained for a product or a process through a patent. As admitted by the plaintiffs, industrial designs do not confer on them monopoly over double wall glasses in Canada (plan of argumentation of plaintiffs/defendants by counterclaim, at page 6). Thus, as explained in *Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch.D.) (*Sommer Allibert*), at page 625, the similarities arising from the utilitarian function are not taken into account by the Court in its infringement analysis:

The court has to decide only whether the alleged infringement has the same shape or pattern, and must eliminate the question of the identity of function, as another design may have parts fulfilling the same functions without being an infringement. Similarly, in judging the question of infringement the court will ignore similarities or even identities between the registered design and the alleged infringement which arise from functional matters included within the design. [Emphasis added.]

(Joint book of authorities, Tab 39, citing *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 48, at paragraph 407.)

[47] In this case, it is the configuration of the double wall glasses that is of particular relevance. The Court notes that there are two industrial designs at issue in this case: design 107736 (Exhibit TX-1) and design 114070 (Exhibit TX-214).

la fonction utilitaire, c'est-à-dire, dans ce cas-ci, l'espace entre les doubles parois (John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 2003), à la page 31-9).



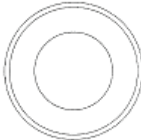
[46] La protection offerte par le dessin industriel ne doit d'ailleurs pas être confondue avec la protection obtenue pour un produit ou un procédé par l'entremise d'un brevet. Comme l'admettent les demanderesse, les dessins industriels ne lui confèrent pas de monopole sur les verres à double paroi au Canada (plan d'argumentation des demanderesse/défenderesse reconventionnelles, à la page 6). Ainsi, tel que l'enseigne l'affaire *Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch.D.) (*Sommer Allibert*), à la page 625, les similitudes qui découlent de la fonction utilitaire ne sont pas prises en compte par la Cour dans son analyse de la contrefaçon :

[TRADUCTION] La Cour doit uniquement décider si la contrefaçon alléguée a la même forme ou les mêmes éléments, et doit donc écarter la question du caractère identique des fonctions, étant donné qu'un autre dessin peut avoir des éléments permettant d'accomplir les mêmes fonctions sans pour autant constituer une contrefaçon. De façon similaire, lorsqu'elle tranche la question de la contrefaçon, la Cour ne devra pas tenir compte des similitudes ou même des aspects identiques entre le dessin enregistré et la contrefaçon alléguée, lesquels naissent des éléments fonctionnels contenus dans le dessin. [La Cour souligne.]



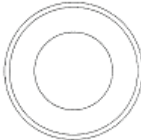
(Cahier conjoint des lois et règlements, onglet 39, citant *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 48, au paragraphe 407.)

[47] En l'espèce, c'est la configuration des verres à double paroi qui est plus particulièrement pertinente. La Cour rappelle qu'il y a deux dessins industriels en cause dans la présente affaire : le dessin 107736 (pièce TX-1) et le dessin 114070 (pièce TX-214).

[48] Industrial design 107736 (Exhibit TX-1) is configured as follows:




Configuration	 Fig. 1  Fig. 2  Fig. 6 Industrial design No 107,736 (Exhibit TX-1)
(i) <b>Height : width proportion [ratio]</b>	9 : 10 [90%]
(ii) <b>Curvature of the exterior wall (bottom ⇒ top)</b>	Convex (very rounded)
(iii) <b>Curvature of the interior wall (bottom ⇒ top)</b>	Convex (very rounded)
(iv) <b>Opening : base proportion [ratio]</b>	2 : 1 [200%]



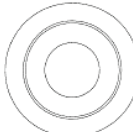
[48] Le dessin industriel 107736 (pièce TX-1) est configuré de la façon suivante :

Configuration	 Fig. 1  Fig. 2  Fig. 6 Dessin industriel no. 107,736 (Pièce TX-1)
(i) <b>Proportion Hauteur : Largeur [ratio]</b>	9 : 10 [90%]
(ii) <b>Courbure de la paroi extérieure (bas ⇒ haut)</b>	Convexe (très arrondi)
(iii) <b>Courbure de la paroi intérieure (bas ⇒ haut)</b>	Convexe (très arrondi)
(iv) <b>Proportion Ouverture : Base [ratio]</b>	2 : 1 [200%]

[49] Industrial design 114070 (Exhibit TX-214) is configured as follows:

[49] Le dessin industriel 114070 (pièce TX-214) est configuré de la façon suivante :

Configuration	 Fig. 1  Fig. 2  Fig. 6 Industrial design No 114,070 (Exhibit TX-214)
(i) <b>Height : width proportion [ratio]</b>	6 : 5 [120%]
(ii) <b>Curvature of the exterior wall (bottom ⇒ top)</b>	Concave ⇒ slightly convex
(iii) <b>Curvature of the interior wall (bottom ⇒ top)</b>	Concave ⇒ convex
(iv) <b>Opening : base proportion [ratio]</b>	4 : 3 [135%]

Configuration	 Fig. 1  Fig. 2  Fig. 6 Dessin industriel no. 114,070 (Pièce TX-214)
(i) <b>Proportion Hauteur : Largeur [ratio]</b>	6 : 5 [120%]
(ii) <b>Courbure de la paroi extérieure (bas ⇒ haut)</b>	Concave ⇒ Légèrement convexe
(iii) <b>Courbure de la paroi intérieure (bas ⇒ haut)</b>	Concave ⇒ Convexe
(iv) <b>Proportion Ouverture : Base [ratio]</b>	4 : 3 [135%]

[50] It is also important to point out that industrial designs claim the design in its entirety as opposed to in part. Industrial designs 107736 (Exhibit TX-1) and 114070 (Exhibit TX-214) mention the following: “The design consists of the visual features of the entirety of the drinking glass in the drawings.” In this case, where emphasis is on the entirety of the design, in order to

[50] Il importe aussi de souligner que les dessins industriels revendiquent le dessin dans son ensemble par opposition à une partie de ceux-ci. Les dessins industriels 107736 (pièce TX-1) et 114070 (pièce TX-214) mentionnent ce qui suit : [TRADUCTION] « Le dessin consiste en les caractéristiques visuelles de l’ensemble du verre à boire illustré sur les esquisses ». Dans ce cas,

establish infringement, the article in question will have to be quasi identical:

To establish infringement where the shape or configuration of the whole of an article of this kind is the essence of the design, I think there must be shown to be something reasonably approaching identity....

(*Sommer Allibert*, above, at page 626, citing *Jones & Attwood Ltd. v. National Radiator Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 71 (Ch. D.), at page 84.)

[51] It follows that Trudeau double wall glasses must be characterized as substantially the same for there to be infringement and, in its analysis, the Court will ignore the utilitarian function of the double wall glasses, that is, the space between the walls.

[52] The analysis of the infringement issue starts with prior art.

#### *Prior art*

[53] With respect to prior art, the plaintiffs claim that the prior art differs from the industrial designs whereas the defendant is of the opposite opinion that the prior art is very similar, if not identical.

#### *Relevant date*

[54] The relevant date to determine the prior art is not an issue in this case, it is therefore sufficient to note that the relevant priority date for industrial designs 107736 and 114070 is February 18, 2004.

#### *Comparison parameters*

[55] In *Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 339 (F.C.T.D.) (*Bata*), at page 345, Justice

lorsque l'emphase est mise sur l'ensemble du dessin, pour conclure à la contrefaçon, l'objet en cause se devra d'être quasi identique :

[TRADUCTION] Afin d'établir la contrefaçon lorsque la forme ou la configuration de l'ensemble d'un article de ce genre est l'essence même du dessin, je suis d'avis qu'on doit montrer qu'il existe quelque chose qui est raisonnablement presque identique [...]

(*Sommer Allibert*, précitée, à la page 626, citant *Jones & Attwood Ltd. v. National Radiator Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 71 (Ch. D.), à la page 84.)

[51] Il s'en suit que les verres à double paroi Trudeau doivent être qualifiés d'à peu près identiques pour qu'il y ait contrefaçon et, dans son analyse, la Cour fera abstraction de la fonction utilitaire des verres à double paroi, c'est-à-dire l'espace entre les parois.

[52] L'analyse de la question de la contrefaçon commence par l'art antérieur.

#### *L'art antérieur*

[53] Au sujet de l'art antérieur, les demanderesses prétendent que l'art antérieur se distingue des dessins industriels alors que la défenderesse est au contraire d'avis que l'art antérieur est très semblable pour ne pas dire identique.

#### *La date pertinente*

[54] La date pertinente pour déterminer l'art antérieur n'est pas un enjeu dans la présente cause si bien qu'il suffit de noter que la date de priorité pertinente pour les dessins industriels 107736 et 114070 est le 18 février 2004.

#### *Paramètres de la comparaison*

[55] Dans l'affaire *Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.*, [1985] A.C.F. n° 239 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Bata*), le juge

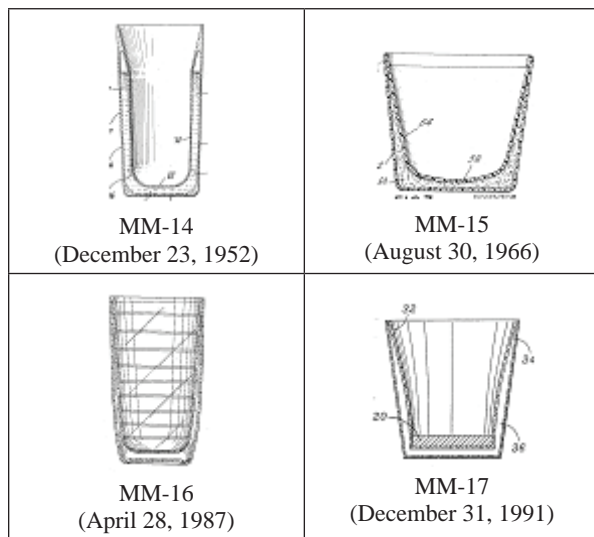
Reed explained that industrial designs and prior art must be compared by ignoring the construction, colour and material processes:

The relevant evidence then, must be considered for the purpose of comparing the pre-existing designs with the registered design; differences in construction, material (leather-canvas, rubber-plastic), and colour (colour is not a part of the registered design in this case) must be ignored. It is the ornamentation, pattern, design, shape and configuration as set out in the drawings and description of the registered design which must be compared with that of pre-existing shoe designs.

[56] In the context of this case, the Court is mindful of those parameters and now turns to the issue of prior art in this case.

*Double wall glasses*

[57] The trial gave rise to discussions on the existence of double wall glasses prior to the priority date. Mr. Morand, the expert witness, explained that double wall glasses have existed for a certain number of years, even before 2003, and that a great many patents and industrial designs have provided specifications for double wall glasses. He provided the following examples, in particular:



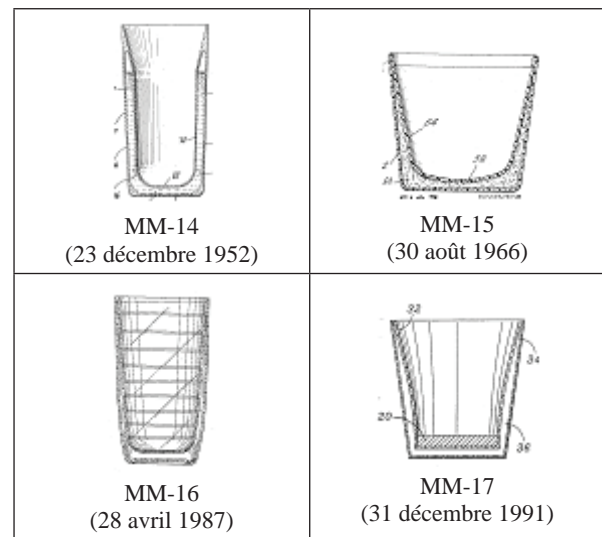
Reed a expliqué que la comparaison des dessins industriels et de l'art antérieur doit se faire en ignorant les procédés de fabrication, la couleur et les matériaux :

Les éléments de preuve pertinents doivent être étudiés pour comparer les dessins qui existaient déjà avec les dessins enregistrés, sans tenir compte des différences de composition, de matériel (cuir-toile; caoutchouc-plastique) et de couleur (en l'espèce, la couleur n'est pas un élément du dessin enregistré). La comparaison doit se faire entre la décoration, le modèle, le dessin, la forme et la configuration apparaissant dans les croquis et la description du dessin enregistré, et ceux des dessins antérieurs de chaussures.

[56] Dans le cadre de la présente affaire, la Cour garde ces paramètres à l'esprit et se penche maintenant sur la question de l'art antérieur en l'espèce.

*Les verres à double paroi*

[57] Le procès a donné lieu à des discussions concernant l'existence de verres à double paroi précédant la date de priorité. M. Morand, le témoin expert, a expliqué que les verres à double paroi existaient depuis un certain nombre d'années, bien avant 2003, et qu'une quantité de brevets et de dessins industriels faisaient le descriptif des verres à double paroi. Il a notamment donné les exemples suivants :






(Michel Morand’s expert report, at paragraph 23.)

[58] For example, Mr. Morand referred to U.S. patent 3,269,144 from 1966 entitled “Double Wall Tumbler Having Cooling Means Therein” (T39-40 – May 24 and Exhibit MM-15) and U.S. patent 289,484 from 1987 entitled “Double Wall Insulated Tumbler” (T40 – May 24 and Exhibit MM-16). Mr. Morand is therefore of the opinion that [TRANSLATION] “double wall [glasses] have existed for a long time” (T40 – May 24).

[59] Furthermore, the evidence shows that Bodum marketed a blue plastic double wall glass in 1991 (Exhibit D-1, tabs 6–9; Exhibit TX-194). In light of the evidence, the Court finds that double wall glasses existed when Bodum introduced its double wall glasses on the Canadian market in 2003/2004.

*Relevant prior art and the lines of industrial design 107,736 and Trudeau glasses TX-186 and TX-47*

[60] Mr. Morand, the expert witness, indicated that internet research and an American patents database called USPTO [United States Patent and Trademark Office] (T7 – May 24) made it possible to show that there is relevant prior art for industrial design 107736 (Exhibit TX-1). Mr. Morand explained to the Court that the differences between what can be found in the prior art and industrial design 107736 are minimal (T33 – May 24). The table illustrates the prior art relevant to industrial design 107736:

Bodum Industrial Design	Prior Art	
	 FIG. 315. (One third.) (Exhibit TX-97) (1897)	 (Exhibit TX-106) (2000)




(Rapport d’expertise de Michel Morand, au paragraphe 23.)

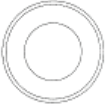
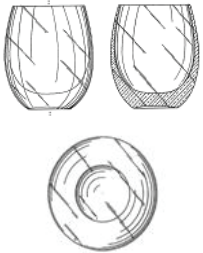

[58] À titre d’exemple, M. Morand a fait référence au brevet américain 3,269,144 datant de 1966 s’intitulant « Double Wall Tumbler Having Cooling Means Therein » (T39-40 – 24 mai et pièce MM-15) et au brevet américain 289,484 datant de 1987 et intitulé « Double Wall Insulated Tumbler » (T40 – 24 mai et pièce MM-16). M. Morand est donc d’avis que les verres « à double paroi existaient déjà depuis longtemps » (T40 – 24 mai).

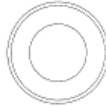
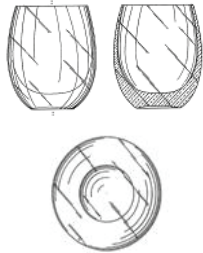

[59] De plus, la preuve a révélé que Bodum a commercialisé un verre bleu en plastique à double paroi en 1991 (pièce D-1, onglets 6 à 9; pièce TX-194). À la lumière de la preuve, la Cour estime qu’il est fondé de conclure que les verres à double paroi existaient lorsque Bodum a introduit ses verres à double paroi sur le marché canadien en 2003/2004.

*Les antériorités pertinentes et les lignes du dessin industriel 107,736 et les verres Trudeau TX-186 et TX-47*

[60] M. Morand, le témoin expert, a indiqué que des recherches sur Internet et une base de données américaines de brevets appelée USPTO [United States Patent and Trademark Office] (T7 – 24 mai) permettaient de démontrer qu’il existe des antériorités pertinentes au dessin industriel 107736 (pièce TX-1). M. Morand a expliqué à la Cour que les différences entre ce qui peut être trouvé dans l’antériorité et le dessin industriel 107736 sont minimales (T33 – 24 mai). Le tableau illustre les antériorités pertinentes au dessin industriel 107736 :

Dessin Industriel Bodum	Antériorités	
	 FIG. 315. (One third.) (Pièce TX-97) (1897)	 (Pièce TX-106) (2000)

Bodum Industrial Design	Prior Art	
 <p>Industrial design No 107,736 (Exhibit TX-1) (2003)</p>	 <p>(Exhibit TX-105) (2001)</p>	 <p>Double-walled salt dish (Exhibit TX-168) (circa 1750-1800)</p>

Dessin Industriel Bodum	Antériorités	
 <p>Dessin industriel no. 107,736 (Pièce TX-1) (2003)</p>	 <p>(Pièce TX-105) (2001)</p>	 <p>Double-walled salt dish (Pièce TX-168) (circa 1750-1800)</p>

[61] More specifically, Mr. Morand addressed the resemblances between the shape of the prior art designs and that of industrial design 107736. In cross-examination, Mr. Morand was not able to confirm whether the prior art designs had a double wall. However, that element is not determinative in this case because, even though the two industrial designs in question show an exterior line and an interior line with a space in between the two, nothing indicates that that space contains air, liquid or glass. The description of the industrial designs in question is also silent on this point. The same can be said for certain prior art, including the design from 1897 (Exhibit TX-97).

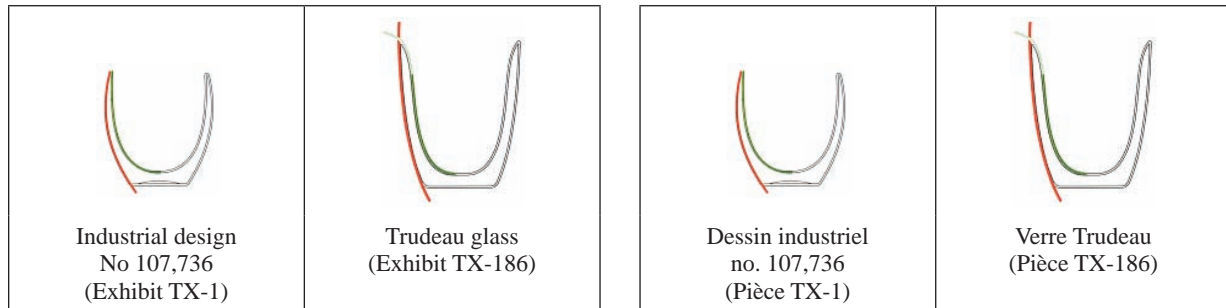
*The lines of industrial design 107736 and Trudeau glass TX-186*

[62] As illustrated below, the interior line and the exterior line of industrial design 107736 are completely convex, from the bottom to the top of the glass (Michel Morand, T19-20 – May 24). However, the interior line of Trudeau glass TX-186 is first convex, and then becomes concave. The exterior wall of the Trudeau glass is completely convex, like that of industrial design 107736 (Michel Morand's expert report, at paragraph 25):

[61] Plus particulièrement, M. Morand a fait état des ressemblances entre la forme des dessins de l'art antérieur et celle du dessin industriel 107736. En contre-interrogatoire, M. Morand n'a pu confirmer si les dessins de l'art antérieur comportaient une double paroi. Toutefois, cet élément n'est pas déterminant en l'espèce, car bien que les deux dessins industriels en cause démontrent une ligne extérieure et une ligne intérieure contenant un espace entre les deux, rien n'indique que cet espace contienne de l'air, du liquide ou du verre. La description des dessins industriels en cause est également muette sur ce point. Il en est de même pour certaines pièces d'antériorité dont le dessin de 1897 (pièce TX-97).

*Les lignes du dessin industriel 107736 et du verre Trudeau TX-186*

[62] Tel qu'illustré ci-dessous, la ligne intérieure et la ligne extérieure du dessin industriel 107736 sont complètement convexes, du bas jusqu'en haut du verre (Michel Morand, T19-20 – 24 mai). Par contre, la ligne intérieure du verre Trudeau TX-186 est d'abord convexe, pour ensuite devenir concave. La paroi extérieure du verre Trudeau est complètement convexe, comme celle du dessin industriel 107736 (rapport d'expertise de Michel Morand, au paragraphe 25) :



[63] Mr. Morand, the expert witness, opined that the proportions of industrial design 107736 and Trudeau glass TX-186 are not the same:

[TRANSLATION] And even if I tried to reduce the Trudeau glasses, I would never arrive at the shape at the top because I would not have the same proportions; I would not have the same, the same look. But it must still be noted that the curves at the top of the industrial design, a prominent curve compared to the others which have—in the Trudeau glasses, I clearly have two curves in the interior with a point of tangency; that is very important to say. (T24 – May 24)

*The lines of industrial design 107736 and Trudeau glass TX-47*

[64] Regarding industrial design 107736 and Trudeau glass TX-47, Mr. Morand noted that the interior walls of industrial design 107736 are completely convex, whereas the interior wall of Trudeau glass TX-47 is first convex, and then becomes concave at the top of the glass. The exterior wall of Trudeau glass TX-47 is completely convex, but a lot less rounded than the exterior wall of industrial design 107736, as illustrated below (Michel Morand's expert report, at paragraph 25):

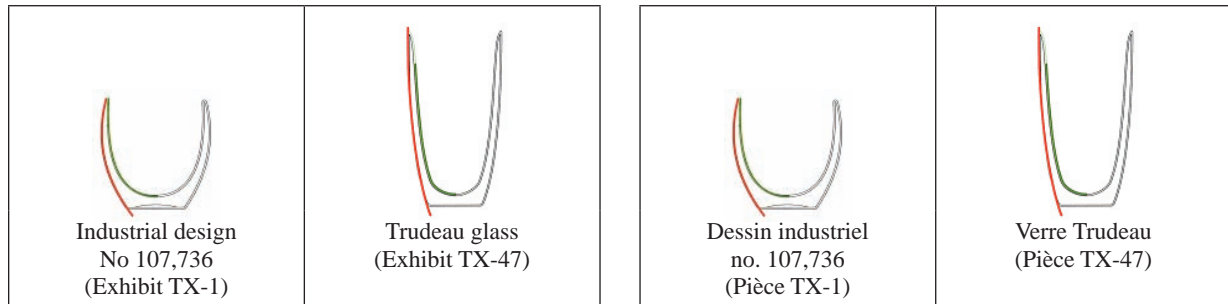
[63] M. Morand, le témoin expert, a émis l'opinion que les proportions du dessin industriel 107736 et celles du verre Trudeau TX-186 ne sont pas les mêmes :

Et même si j'essayais de diminuer les verres de Trudeau, j'arriverais jamais à la forme d'en haut, parce que j'aurais pas les mêmes proportions, j'aurais pas le même – même look. Mais faut quand même voir que les courbes dans le dessin industriel d'en haut justement, une courbe très accentuée comparée aux autres qui a des – dans les verres de Trudeau, j'ai définitivement deux courbes à l'intérieur avec un point de tangence, c'est très important de le dire. (T24 – 24 mai)

*Les lignes du dessin industriel 107736 et du verre Trudeau TX-47*

[64] En ce qui a trait au dessin industriel 107736 et au verre Trudeau TX-47, M. Morand a rappelé que les parois intérieures du dessin industriel 107736 sont complètement convexes, alors que la paroi intérieure du verre Trudeau TX-47 est d'abord convexe, pour ensuite devenir concave dans le haut du verre. La paroi extérieure du verre Trudeau TX-47 est complètement convexe, mais beaucoup moins arrondie que la paroi extérieure du dessin industriel 107736, tel qu'illustré ci-dessous (rapport d'expertise de Michel Morand, au paragraphe 25) :



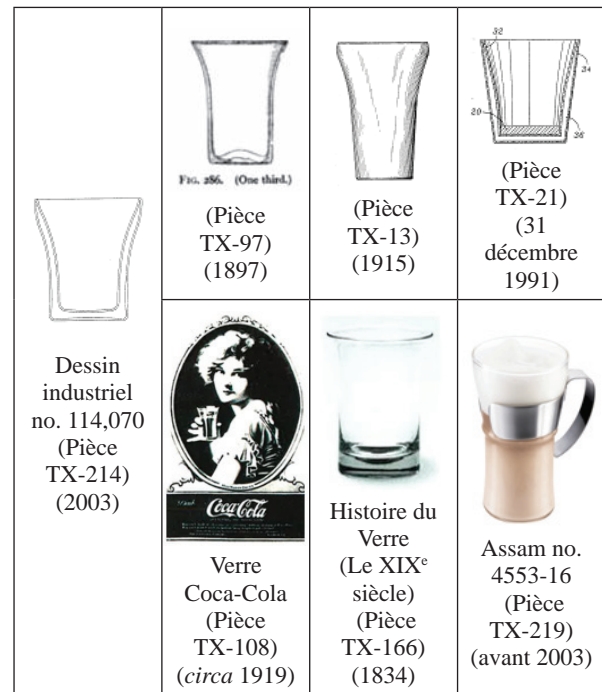
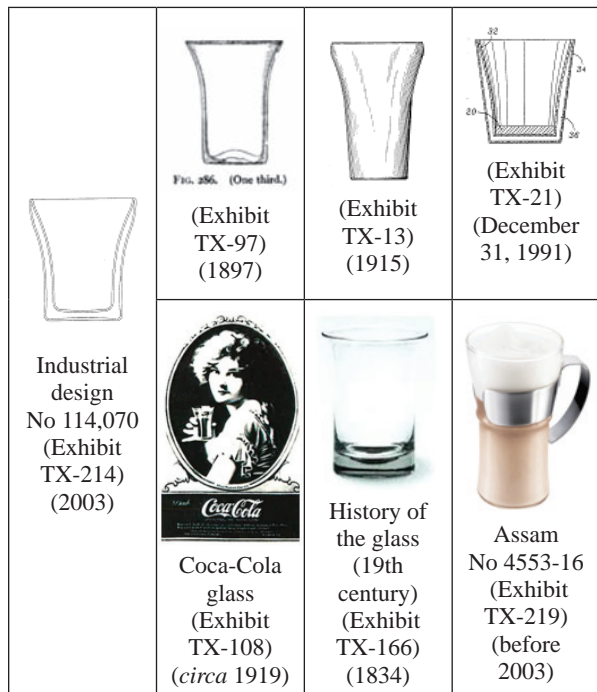


Relevant prior art and the lines of industrial design 114070 and Trudeau glasses TX-186 and TX-4

Les antériorités pertinentes et les lignes du dessin industriel 114070 et des verres Trudeau TX-186 et TX-4

[65] The prior art submitted into evidence in respect of industrial design 114070 (TX-214) are the following:

[65] Les antériorités relativement au dessin industriel 114070 (TX-214) déposées en preuve sont les suivantes :



[66] Mr. Morand also stated that the differences between what can be found in prior art and industrial design 11470 (Exhibit TX-214) are minimal (Michel Morand, T33 – May 24). He also opined that industrial

[66] M. Morand a également affirmé que les différences entre ce qui peut être trouvé dans l'antériorité et le dessin industriel 114070 (pièce TX-214) sont minimales (Michel Morand, T33 – 24 mai). Il a également émis

design 114070 differs from Trudeau glasses TX-186 and TX-47 (T24-25 – May 24).

l'opinion que le dessin industriel 114070 se différencie des verres Trudeau TX-186 et TX-47 (T24-25 – 24 mai).

*The lines of industrial design 114070 and Trudeau glass TX-186*

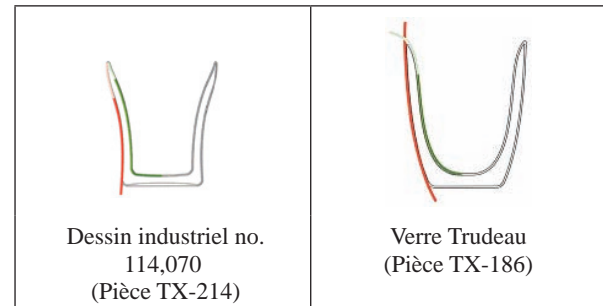
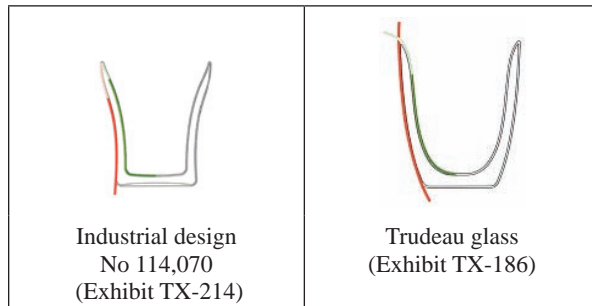
*Les lignes du dessin industriel 114070 et du verre Trudeau TX-186*

[67] Regarding industrial design 114070 and Trudeau glass TX-186, Mr. Morand explained that the lines also differ (Michel Morand's expert report, at paragraph 26).

[67] En ce qui a trait au dessin industriel 114070 et au verre Trudeau TX-186, M. Morand a expliqué que les lignes diffèrent également (rapport d'expertise de Michel Morand, au paragraphe 26).

[68] In that respect, Mr. Morand explained that the exterior line of industrial design 114070 starts out concave and then becomes slightly convex towards the top whereas it is clear that the exterior line of Trudeau glass (TX-186) is convex. Regarding the interior lines of the Trudeau glass, they are first convex and then become concave, which is contrary to industrial design 114070, as illustrated below:

[68] À cet égard, M. Morand a expliqué que la ligne extérieure du dessin industriel 114070 commence concave pour ensuite devenir légèrement convexe vers le haut alors qu'il est clair que la ligne extérieure du verre Trudeau (TX-186) est convexe. Quant aux lignes intérieures du verre Trudeau, elles sont d'abord convexes pour ensuite devenir concaves, ce qui est le contraire du dessin industriel 114070, le tout tel qu'illustré ci-dessous :



*The lines of industrial design 114070 and Trudeau glass TX-47*

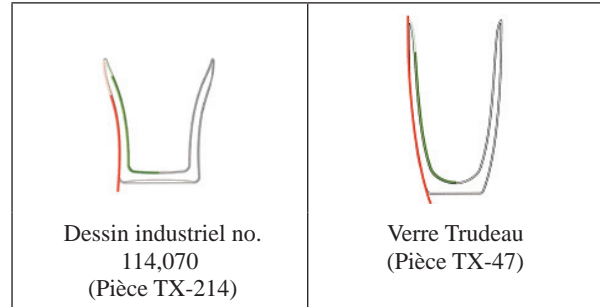
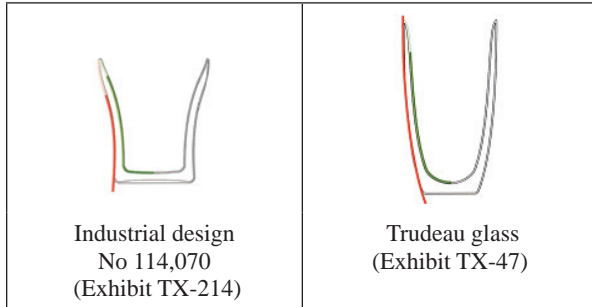
*Les lignes du dessin industriel 114070 et du verre Trudeau TX-47*

[69] Finally, with respect to industrial design 114070 and Trudeau glass TX-47, Mr. Morand explained that the exterior wall and the interior wall of industrial design 114070 are concave at the bottom of the glass and become slightly convex at the top of the glass. However, the interior wall of Trudeau glass TX-47 has a completely opposite curvature, that is, convex at the bottom becoming concave at the top. Also, the exterior wall of

[69] Finalement, en ce qui concerne le dessin industriel 114070 et le verre Trudeau TX-47, M. Morand a expliqué que la paroi extérieure et la paroi intérieure du dessin industriel 114070 sont concaves au bas du verre et deviennent légèrement convexes en haut du verre. Par contre, la paroi intérieure du verre Trudeau TX-47 a une courbure complètement opposée, soit convexe dans le bas, devenant concave dans le haut. Aussi, la paroi

Trudeau glass TX-47 is completely convex, which is not the case for industrial design 114070 (Michel Morand’s expert report, at paragraph 26), as illustrated below:

extérieure du verre Trudeau TX-47 est complètement convexe, ce qui n’est pas le cas du dessin industriel 114070 (rapport d’expertise de Michel Morand, au paragraphe 26), le tout tel qu’illustré ci-dessous :



*The legal test for comparison*

*Le test juridique de la comparaison*

[70] Having shown the prior art, the Court now turns to the legal test applicable to the comparative analysis. Section 11 [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 164] of the Act defines infringement of an industrial design as follows:

[70] Ayant exposé l’art antérieur, la Cour se penche maintenant sur le test juridique applicable à l’analyse comparative. L’article 11 [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 164] de la Loi définit la contrefaçon d’un dessin industriel comme suit :

Using design without licence

**11.** (1) During the existence of an exclusive right, no person shall, without the licence of the proprietor of the design,

**11.** (1) Pendant l’existence du droit exclusif, il est interdit, sans l’autorisation du propriétaire du dessin :

Usage sans autorisation

(a) make, import for the purpose of trade or business, or sell, rent, or offer or expose for sale or rent, any article in respect of which the design is registered and to which the design or a design not differing substantially therefrom has been applied; or

a) de fabriquer, d’importer à des fins commerciales, ou de vendre, de louer ou d’offrir ou d’exposer en vue de la vente ou la location un objet pour lequel un dessin a été enregistré et auquel est appliqué le dessin ou un dessin ne différant pas de façon importante de celui-ci;

...

[...]

Substantial differences

(2) For the purposes of subsection (1), in considering whether differences are substantial, the extent to which the registered design differs from any previously published design may be taken into account. [Emphasis added.]

(2) Pour l’application du paragraphe (1), il peut être tenu compte, pour déterminer si les différences sont importantes, de la mesure dans laquelle le dessin enregistré est différent de dessins publiés auparavant. [La Cour souligne.]

Différences importantes

[71] In this case, infringement will therefore occur if the Trudeau glasses do not differ substantially from the industrial designs in question, as specified in the following excerpt from the doctrine in the field:

[71] En l’espèce, il y aura donc contrefaçon si les verres Trudeau ne diffèrent pas de façon importante des dessins industriels en cause comme le précise l’extrait suivant tiré de la doctrine en la matière :

As previously set out, designs are registered in association with specifically identified articles. Infringement will occur when the design or a design not differing substantially therefrom has been applied to the article(s) for which the design was registered.

(John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3rd ed. (Toronto: Thomson/Carswell, 2000), at pages 837–838).

[72] The parties do not agree on the legal test the Court should apply for comparing the industrial designs in question and the Trudeau glasses and thus deciding whether infringement occurred.

[73] The plaintiffs claim that the Court must decide the issue by carrying out an analysis the way the consumer would see it and by applying the three-pronged test developed in England and stated in *Valor Heating Co. Ltd. v. Main Gas Appliances Ltd.*, [1972] F.S.R. 497 (Ch.D.), that refers to the doctrine of “imperfect recollection”. The plaintiffs also rely on the judgment of the Superior Court of Quebec in *Industries Lumio (Canada) inc. c. Dusablon*, 2007 QCCS 1204, [2007] R.J.Q. 1216 (*Lumio*). The three-pronged test raised by the plaintiffs and reiterated in *Lumio* at paragraph 182 is as follows:

[TRANSLATION]

- (a) The designs that are the subject of the comparison must not be examined side by side, but separately, so that imperfect recollection can guide the visual perception of the finished article;
- (b) One must look at the entirety, and not the individual components of the design;
- (c) Any change with respect to prior art must be substantial.

[74] The defendant told the Court that the test should be carried out from the point of view of how the aware consumer would see things. The defendant also contended that the three-pronged test, which was developed in England and was applied before the amendment of the Act in 1993, is no longer applicable.

[TRADUCTION] Comme il a déjà été mentionné, les dessins sont enregistrés avec des articles expressément désignés. Il y aura contrefaçon lorsque le dessin ou un dessin qui n’en est pas essentiellement différent a été appliqué à l’article pour lequel le dessin était enregistré.

(John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson/Carswell, 2000), aux pages 837 et 838).

[72] Or, les parties ne s’entendent pas sur le test juridique que devrait appliquer la Cour pour effectuer la comparaison entre les dessins industriels en cause et les verres Trudeau et ainsi décider si il y a contrefaçon.

[73] Les demanderessees prétendent que la Cour doit décider de la question en analysant du point de vue de l’œil du consommateur et appliquer le test à trois volets développé en Angleterre et énoncé dans l’affaire *Valor Heating Co. Ltd. v. Main Gas Appliances Ltd.*, [1972] F.S.R. 497 (Ch.D.), qui fait référence à la doctrine de « *imperfect recollection* » (souvenir imparfait). Les demanderessees s’appuient également sur le jugement de la Cour supérieure du Québec dans la décision *Industries Lumio (Canada) inc. c. Dusablon*, 2007 QCCS 1204, [2007] R.J.Q. 1216 (*Lumio*). Le test à trois volets évoqué par les demanderessees et repris dans la décision *Lumio*, au paragraphe 182 s’évoque comme ainsi :

- a) Les dessins faisant l’objet de comparaison ne doivent pas être examinés côte à côte, mais séparément, pour que le souvenir imparfait puisse guider la perception visuelle de l’objet fini (« *imperfect recollection* »);
- b) L’on doit regarder l’ensemble, et non les composantes individuelles du dessin;
- c) Tout changement par rapport à l’art antérieur doit être substantiel.

[74] Pour sa part, la défenderesse a fait valoir à la Cour que le test devrait se faire du point de vue de l’œil du consommateur averti. La défenderesse a également soutenu que le test à trois volets, développé en Angleterre et qui était appliqué avant l’amendement de la Loi en 1993, n’est plus applicable.

[75] As noted by the defendant, a comparison of section 11 of the Act before the amendment of 1993 and after the amendment of 1993 indeed shows that the pre-1993 version contained an element of “fraudulent imitation”, whereas that element was removed by the 1993 amendment and replaced by the concept of “design not differing substantially”:

#### Before the 1993 Amendment

Using  
design  
without  
leave

**11.** During the existence of an exclusive right, whether of the entire or partial use of a design, no person shall, without the licence in writing of the registered proprietor, or, if assigned, of the assignee of the proprietor, apply, for the purposes of sale, the design or a fraudulent imitation thereof to the ornamenting of any article of manufacture or other article to which an industrial design may be applied or attached, or publish, sell or expose for sale or use, any such article to which the design or fraudulent imitation thereof has been applied. R.S., c. I-8, s. 11. [Emphasis added.]

*Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9, section 11 (before the amendment of S.C. 1993, c. 44, s. 164) (defendant’s book of additional authorities).

#### After the 1993 Amendment

Using  
design  
without  
licence

**11.** (1) During the existence of an exclusive right, no person shall, without the licence of the proprietor of the design,

(a) make, import for the purpose of trade or business, or sell, rent, or offer or expose for sale or rent, any article in respect of which the design is registered and to which the design or a design not differing substantially therefrom has been applied; or

(b) do, in relation to a kit, anything specified in paragraph (a) that would constitute an infringement if done in relation to an article assembled from the kit.

[75] Comme l’a fait remarquer la défenderesse, une comparaison de l’article 11 de la Loi avant l’amendement de 1993 et après l’amendement de 1993 démontre effectivement que la version pré-1993 contenait un élément d’« imitation frauduleuse » alors que cet élément a été évacué avec l’amendement de 1993 et remplacé par la notion de « dessin ne différant pas de façon importante » :

#### Avant l’amendement de 1993

Se servir  
d’un dessin  
sans autorisa-  
tion

**11.** Pendant l’existence du droit exclusif, qu’il s’agisse de l’usage entier ou partiel du dessin, personne, sans la permission par écrit du propriétaire enregistré, ou, en cas de cession, de son cessionnaire, ne peut appliquer, pour des fins de vente, ce dessin, ou une imitation frauduleuse de ce dessin, à l’ornementation d’un article fabriqué ou autre sur lequel peut être appliqué, ou auquel peut être attaché, un dessin industriel; et personne ne peut publier, ni vendre ni exposer en vente, ni employer l’article ci-dessus mentionné, sur lequel ce dessin ou cette imitation frauduleuse a été appliqué. S.R., ch. I-8, art. 11. [La Cour souligne.]

*Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9, article 11 (avant l’amendement de L.C. 1993, ch. 44, art.164) (cahier d’autorités supplémentaires de la défenderesse).

#### Après l’amendement de 1993

Usage sans  
autorisation

**11.** (1) Pendant l’existence du droit exclusif, il est interdit, sans l’autorisation du propriétaire du dessin :

a) de fabriquer, d’importer à des fins commerciales, ou de vendre, de louer ou d’offrir ou d’exposer en vue de la vente ou la location un objet pour lequel un dessin a été enregistré et auquel est appliqué le dessin ou un dessin ne différant pas de façon importante de celui-ci;

b) d’effectuer l’une quelconque des opérations visées à l’alinéa a) dans la mesure où elle constituerait une violation si elle portait sur l’objet résultant de l’assemblage d’un prêt-à-monter.

Substantial  
differences

(2) For the purposes of subsection (1), in considering whether differences are substantial, the extent to which the registered design differs from any previously published design may be taken into account.

*Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9, section 11 (after the amendment of S.C. 1993, c. 44, s. 164) (joint book of authorities, Tab 42).

[76] Furthermore, even though the doctrine also seems to support the proposal that the test to determine whether infringement occurred has been different since the amendment (John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3rd ed. (Toronto: Thomson/Carswell, 2000), at page 838), without ruling on the issue, the Court indeed notes that the application of the three-pronged test may raise a certain number of questions with respect to its relevance, in light of the amendment of section 11 of the Act in 1993.

[77] During the hearing, a discussion took place concerning the use of the expression “aware consumer” and “informed consumer”. The Court notes that the French versions of certain Federal Court decisions on industrial designs, namely *Bata*, above, and *Rothbury International Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2004 FC 578, [2005] 1 F.C.R. 130 (*Rothbury*), at paragraph 31, use the French expression “consommateur averti” (aware consumer) to translate the English expression “informed consumer” (*consommateur informé*).

[78] The question is thus the following: is there a difference between the expressions “aware consumer” and “informed consumer” for the purposes of this case? *Le Petit Robert de la langue française*, 2006, defines the term “*averti*” (aware) as follows: [TRANSLATION] “having knowledge, conscious. = well-informed, not ignorant, concerned”. It defines the term “*informé*” (informed) as follows: [TRANSLATION] “With knowledge of the facts. = aware, knowledgeable, apprised of”. The *Larousse French-English/English-French Dictionary* defines “*averti*” (aware) as “Informed, experienced” and “Informed” as “*Au courant, renseigné*” (“Aware, apprised of”).

Différences  
importantes

(2) Pour l’application du paragraphe (1), il peut être tenu compte, pour déterminer si les différences sont importantes, de la mesure dans laquelle le dessin enregistré est différent de dessins publiés auparavant.

*Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9, article 11 (après l’amendement de L.C. 1993, ch. 44, art. 164) (cahier conjoint des lois, règlements, onglet 42).

[76] De plus, bien que la doctrine semble également appuyer la proposition que le test pour décider s’il y a contrefaçon ou non soit différent depuis l’amendement (John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson/Carswell, 2000), à la page 838), sans se prononcer sur la question, la Cour remarque en effet que l’application du test à trois volets peut soulever un certain nombre de questions relativement à sa pertinence, compte tenu de l’amendement de l’article 11 de la Loi en 1993.

[77] Lors de l’audience, une discussion a eu lieu concernant l’utilisation de l’expression « consommateur averti » et « consommateur informé ». La Cour note que les versions françaises de certaines décisions de la Cour fédérale en matière de dessins industriels, notamment les décisions *Bata*, précitée, et *Rothbury International Inc. c. Canada (Ministre de l’Industrie)*, 2004 CF 578, [2005] 1 R.C.F. 130 (*Rothbury*), au paragraphe 31, utilisent l’expression « consommateur averti » pour traduire l’expression en anglais de « *informed consumer* ».

[78] La question qui se pose dès lors est la suivante : y a-t-il une différence entre les expressions « consommateur averti » et « consommateur informé » pour les fins de la présente cause? *Le Petit Robert de la langue française*, 2006, définit le terme « *averti* » comme suit : « Qui connaît bien, qui est au courant. = avisé, expérimenté, instruit ». Il définit le terme « *informé* » comme suit : « Qui sait ce qu’il faut savoir. = averti, avisé, documenté ». Pour ce qui est du *Dictionnaire Larousse Français-Anglais/Anglais-Français* [Paris : Larousse, 1994], il définit « *averti* » comme « *Informed, [mature], experienced* » et « *informed* » comme « [informé], Au courant, renseigné ».

[79] The definitions quoted above show that the words “*averti*” (aware) and “*informé*” (informed) indeed mean the same thing and the Court is of the opinion that they can be considered synonyms of the English expression “informed consumer”.

[80] In short, the issue of using the expression “aware consumer” or “informed consumer” is a false debate. The Court is of the opinion that the alleged infringing product must be analysed by the Court from the point of view of how the informed consumer would see things, as specified by my colleague Justice Tremblay-Lamer in 2004 in *Rothbury*, above, at paragraph 31; see also *Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Ltd.* (1984), 5 C.I.P.R. 134 (F.C.A.), at page 81; *Sommer Allibert*, above, at pages 624–625.

#### *Application in this case*

[81] Thus, after weighing the testimony of the expert witness, Mr. Morand, and the parties’ arguments, the Court finds that the Trudeau glasses do not have the features attributed to them by the plaintiffs and that the Trudeau glasses are not infringing products.

[82] Firstly, prior art clearly demonstrates that the lines of industrial design 107736 existed. More specifically, and the Court is in agreement with Mr. Morand, the design from 1897 has interior and exterior lines very similar to industrial design 107736. The design from 1897 has an interior line and therefore a double wall. That double wall may contain an air chamber, glass or liquid. Exhibit TX-168 (double-walled salt dish) is also very similar if we disregard the base, which could be characterized as a variant.

[83] Moreover, by comparing the proportions of industrial design 107736 and Trudeau glasses TX-186 and TX-47, the proportions differ namely with respect to the exterior curves and openings. Similarly, by comparing industrial design 114070 and Trudeau glasses TX-186 and TX-47, the fact is that the proportions differ once

[79] Les définitions reprises ci-dessus permettent de constater que les mots « *averti* » et « *informé* » ont en fait le même sens et la Cour est d’avis qu’ils peuvent être considérés comme synonyme de l’expression anglaise « *informed consumer* ».

[80] En somme, la question de l’emploi des expressions « consommateur *averti* » ou « consommateur *informé* » est un faux débat. La Cour est d’opinion que le produit prétendument contrefacteur doit être analysé par la Cour du point de vue de l’œil du consommateur *averti* (*informed consumer*) tel que précisé par ma collègue la juge Tremblay-Lamer en 2004 dans l’affaire *Rothbury*, précité, au paragraphe 31; voir aussi *Algonquin Mercantile Corporation c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 500 (C.A.) (QL); *Sommer Allibert*, précité, aux pages 624 et 625.

#### *Application en l’espèce*

[81] Ainsi, après avoir soupesé le témoignage du témoin expert, M. Morand, et les arguments des parties, la Cour en arrive à la conclusion que les verres Trudeau ne comportent pas les caractéristiques que lui imputent les demanderesse et que les verres Trudeau ne sont pas des produits contrefacteurs.

[82] D’une part, l’art antérieur démontre clairement que les lignes du dessin industriel 107736 existaient. Plus particulièrement, et la Cour est en accord avec M. Morand, le dessin datant de 1897 comporte des lignes intérieures et extérieures très semblables au dessin industriel 107736. Ce dessin datant de 1897 comporte une ligne intérieure et donc une double paroi. Cette double paroi peut contenir une chambre à air, du verre ou du liquide. La pièce TX-168 (*double-walled salt dish*) est également très semblable si on fait abstraction de la base qui pourrait être qualifiée de variante.

[83] De plus, en comparant les proportions du dessin industriel 107736 et les verres Trudeau TX-186 et TX-47, les proportions diffèrent notamment par les courbes extérieures et les ouvertures. Pareillement, en comparant le dessin industriel 114070 et les verres Trudeau TX-186 et TX-47, force est de constater que les

again as industrial design 114070 is designed according to an exterior concave curve that becomes convex. However, the exterior line of the Trudeau glasses is completely convex. What is more, the evidence in the record demonstrates that the shape of industrial design 114070 existed in a prior Bodum Assam model (Exhibit TX-219, Assam No. 4553-16), the only real difference being that it had a handle (Exhibit D-1, “Defendant’s Discovery Read-Ins of Jörgen Bodum”, Tab 10, at pages 30 and 32).

*Blue Bodum double wall glass TX-194*

[84] In addition, the blue Bodum double wall glass TX-194 made in 1991 was the focus of the discussions during the trial.

[85] The blue Bodum double wall glass TX-194 clearly shows that Bodum made double wall glasses before 2003/2004. The plaintiffs admit that colour is not protected by industrial design, but allege that there are differences between the blue Bodum double wall glass and the Trudeau glasses in question. The plaintiffs’ arguments can be summarized as follows:

[TRANSLATION]

- The Trudeau glasses are translucent, but the blue Bodum double wall glass is less so;
- The blue Bodum double wall glass does not seem to be a double wall glass;
- The blue Bodum double wall glass contains two (2) pronounced rings at the top of the glass;
- The bottom of the glass does not have the same shape as the Trudeau glasses.

(Plan of argumentation of plaintiffs/defendants by counterclaim, at page 8.)

[86] The defendant denies these differences and their relevance, if applicable.

proportions diffèrent une fois de plus, le dessin industriel 114070 étant dessiné selon une courbe extérieure concave qui devient convexe. Or, la ligne extérieure des verres Trudeau est totalement convexe. Qui plus est, la preuve au dossier démontre que la forme du dessin industriel 114070 existait dans un modèle Bodum Assam antérieur (pièce TX-219, Assam No. 4553-16) à la différence près qu’il avait une poignée (pièce D-1, « Defendant’s Discovery Read-Ins of Jörgen Bodum », onglet 10, aux pages 30 et 32).

*Le verre bleu Bodum à double paroi TX-194*

[84] En marge de ce qui précède, le verre bleu Bodum à double paroi TX-194 fabriqué en 1991 s’est retrouvé au centre des discussions pendant le procès.

[85] Le verre bleu Bodum à double paroi TX-194 démontre sans conteste que Bodum fabriquait des verres à double paroi avant 2003/2004. Les demanderesse admettent d’une part que la couleur n’est pas protégée par le dessin industriel, mais allèguent d’autre part qu’il existe des différences entre le verre bleu Bodum à double paroi et les verres Trudeau en cause. Les arguments des demanderesse peuvent être résumés comme suit :

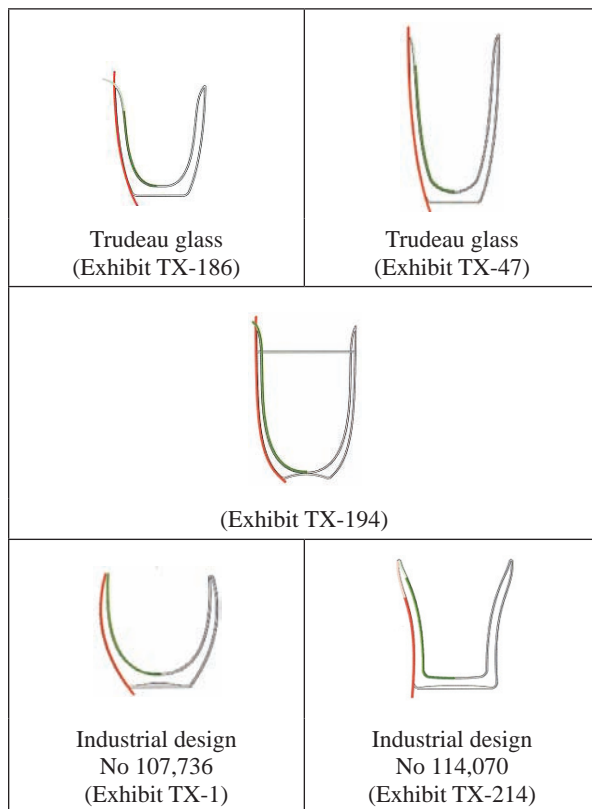
- Les verres Trudeau sont translucides, mais le verre bleu Bodum à double paroi l’est moins;
- Le verre bleu Bodum à double paroi n’apparaît pas comme un verre à double paroi;
- Le verre bleu Bodum à double paroi contient deux (2) anneaux prononcés en haut du verre;
- Le dessous du verre n’a pas la même forme que les verres Trudeau.

(Plan d’argumentation des demanderesse/défenderesse reconventionnelles, à la page 8.)

[86] Pour sa part, la défenderesse nie ces différences et leur pertinence, le cas échéant.

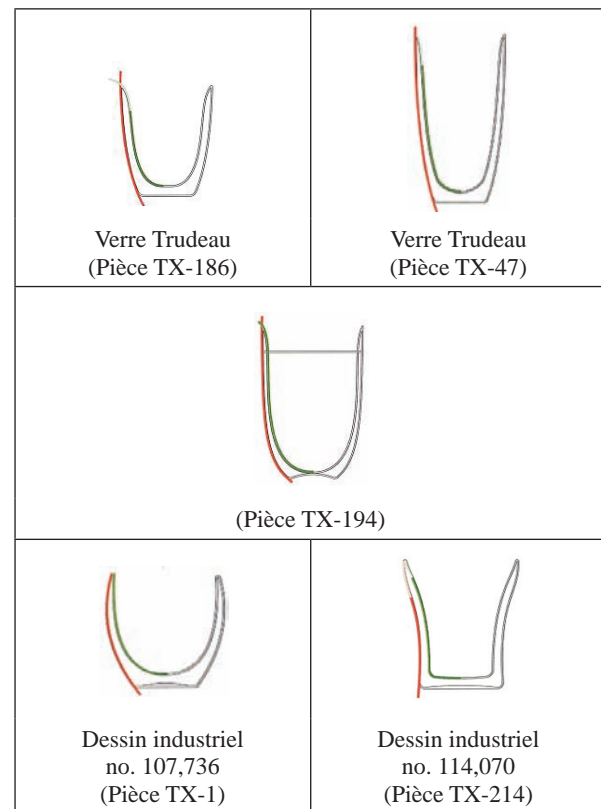


[87] In light of the evidence, the Court is of the opinion that the Trudeau glasses are a lot more similar to some pre-2003 glasses than to the industrial designs in question in this case. The blue Bodum double wall glass TX-194 is an example of this. More specifically, as explained by the expert witness, Mr. Morand, the Court is in agreement with him that the Trudeau glasses have the same configuration as the blue Bodum double wall glass TX-194. When compared, the Trudeau glasses and the blue Bodum double wall glass TX-194 have a convex exterior line and an interior line that becomes convex towards the top and those lines differ from the industrial designs, as illustrated below:



[88] The Court recalls that it is settled law that colour must be disregarded when assessing prior art. With respect to the rings and the bottom of the blue Bodum double wall glass TX-194, they are not [TRANSLATION]

[87] À la lumière de la preuve, la Cour est d'avis que les verres Trudeau sont beaucoup plus semblables à certains verres antérieurs à 2003 qu'aux dessins industriels en cause dans la présente affaire. Le verre bleu Bodum à double paroi TX-194 en est un exemple. Plus particulièrement, comme l'a expliqué le témoin expert, M. Morand, et la Cour est en accord avec ce dernier à l'effet que les verres Trudeau ont la même configuration que le verre bleu Bodum à double paroi TX-194. Lorsque comparés, les verres Trudeau et le verre bleu Bodum à double paroi TX-194 ont une ligne extérieure convexe et une ligne intérieure qui devient convexe vers le haut et ces lignes diffèrent des dessins industriels, tel qu'illustré ci-dessous :



[88] La Cour rappelle qu'il est bien établi par la jurisprudence que la couleur doit être ignorée lors de l'évaluation de l'art antérieur. En ce qui concerne les anneaux et le dessous du verre bleu Bodum à double

“obvious” and the Court is instead of the opinion that they have no impact on the visual aspect of the glass (Mr. Morand, cross-examination, T53-55 – May 24).

[89] As a result, the plaintiffs’ argument that it is the translucent double wall of the Trudeau glasses that makes them so similar to Bodum double wall glasses (opening statement of plaintiffs/defendants by counterclaim, at paragraph 5) must be rejected.

[90] It follows that, even if the Court disregarded the prior art, the Trudeau glasses have almost none of the features of the configuration of the industrial designs in question.

## 2. Invalidity

[91] The Court recalls that the defendant, by counterclaim, argues the invalidity of the industrial designs in question whereas the plaintiffs contend that the registration of those designs is valid.

[92] First, it must be noted that industrial designs registered with the Office of the Commissioner of Patents of the Canadian Intellectual Property Office are protected for 10 years (section 10 [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 163] of the Act) and enjoy a *prima facie* presumption of validity. Subsection 7(3) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, Item 16] of the Act states the following:

### 7. ...

Certificate to be evidence of contents

(3) The certificate, in the absence of proof to the contrary, is sufficient evidence of the design, of the originality of the design, of the name of the proprietor, of the person named as proprietor being proprietor, of the commencement and term of registration, and of compliance with this Act.

[93] That presumption is, however, not irrebuttable.

paroi TX-194, ils ne sont pas « évidents » et la Cour est plutôt d’avis qu’ils n’ont pas d’impact sur l’aspect visuel du verre (M. Morand, contre-interrogatoire, T53-55 – 24 mai).

[89] En conséquence, l’argument des demandereses voulant que ce soit la double paroi translucide des verres Trudeau qui les rend si semblables aux verres à double paroi Bodum (opening statement of plaintiffs/defendants by counterclaim, au paragraphe 5) doit être rejeté.

[90] Il s’ensuit que, même si la Cour faisait fi de l’art antérieur, les verres Trudeau ne comportent à peu près aucune des caractéristiques de la configuration des dessins industriels en cause.

## 2. L’invalidité

[91] La Cour rappelle que la défenderesse en demande reconventionnelle plaide l’invalidité des dessins industriels en cause alors que les demandereses soutiennent que l’enregistrement de ces dessins est valide.

[92] En premier lieu, il convient de rappeler que les dessins industriels enregistrés par le Bureau du commissaire aux brevets de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada sont protégés pour 10 ans (article 10 [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 163] de la Loi) et jouissent d’une présomption de validité *prima facie*. Le paragraphe 7(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 143, ann. VI, n° 16] de la Loi s’énonce comme suit :

### 7. [...]

Le certificat fait foi de son contenu

(3) En l’absence de preuve contraire, le certificat est une attestation suffisante du dessin, de son originalité, du nom du propriétaire, du fait que la personne dite propriétaire est propriétaire, de la date et de l’expiration de l’enregistrement, et de l’observation de la présente loi.

[93] Cette présomption n’est toutefois pas irréfragable et peut être réfutée.

[94] As mentioned in paragraph 12, the first public disclosure of the Bodum glasses took place in August 2003 (Exhibit D-1, defendant's discovery read-ins of Jürgen Bodum, Tab 5, at page 24, line 5).

[95] As indicated at paragraphs 57–59, the prior art shows that double wall glasses existed before 2003. In fact, the evidence demonstrates that the existence of double wall glasses goes back as far as the 19th century (Michel Morand's expert report, at paragraph 22). The evidence also demonstrates that the pre-2003 glasses—including one prior art glass that goes back to 1897—had configurations and proportions very similar to the industrial designs in question.

[96] The courts have held that to be registrable, an industrial design must be substantially different from prior art. A simple variation is not sufficient. The Supreme Court of Canada stated this principle in 1929—a principle that is still in effect today—in *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429, at page 433. The Supreme Court of Canada remarked that opening the door to a simple variation would as a result paralyze the market:

It must be remembered, however, that to constitute an original design there must be some substantial difference between the new design and what had theretofore existed. A slight change of outline or configuration, or an unsubstantial variation is not sufficient to enable the author to obtain registration. If it were, the benefits which the Act was intended to secure would be to a great extent lost and industry would be hampered, if not paralyzed....

[97] In 1985, in *Bata*, above, at page 347, Justice Reed pointed out that, to be registrable, the designs in question must show originality, that is, there needs to be a spark of inspiration. The Court adopts Justice Reed's comments:

This jurisprudence demands a higher degree of originality than is required with regard to copyright. It seems to involve at least a spark of inspiration on the part of the designer either in creating an entirely new design or in hitting upon a new use for an old one.

[94] Tel que mentionné au paragraphe 12, la première divulgation publique des verres Bodum a eu lieu en août 2003 (pièce D-1, défendeur's discovery read-ins of Jürgen Bodum, onglet 5, à la page 24, ligne 5).

[95] Tel qu'indiqué aux paragraphes 57 à 59, l'art antérieur démontre que les verres à double paroi existaient avant 2003. En effet, la preuve démontre que l'existence des verres à double paroi remonte aussi loin que le 19<sup>e</sup> siècle (rapport d'expertise de Michel Morand, au paragraphe 22). La preuve a également démontré que des verres antérieurs à 2003 — dont un remonte à 1897 — avaient des configurations et des proportions très similaires aux dessins industriels en cause.

[96] La jurisprudence enseigne que pour être enregistrable, un dessin industriel doit se démarquer substantiellement de l'art antérieur. Une simple variation ne suffira pas. La Cour suprême du Canada a énoncé ce principe dès 1929 — principe qui a toujours cours aujourd'hui — dans l'arrêt *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] R.C.S. 429, à la page 433. La Cour suprême du Canada a observé qu'ouvrir la porte à une simple variation aurait pour conséquence de paralyser le marché :

[TRADUCTION] Il faut toutefois se rappeler qu'un dessin n'est original que s'il existe des différences substantielles entre le nouveau dessin et ceux qui existaient déjà. Un léger changement de forme ou de configuration, ou une modification mineure, ne justifient pas l'auteur d'en demander l'enregistrement. Si tel était le cas, les avantages que la Loi avait pour but de protéger seraient en grande partie perdus, et le marché serait compromis, voire paralysé [...]

[97] En 1985, dans l'affaire *Bata*, précitée, à la page 347, le juge Reed a souligné que pour être enregistrable les dessins en question doivent faire preuve d'originalité, c'est-à-dire, qu'il doit y avoir une étincelle d'originalité. La Cour fait siens les propos du juge Reed :

Cet arrêt exige un degré d'originalité plus grand que celui qui est requis en matière de droit d'auteur. Il semble à tout le moins exiger une étincelle d'inspiration de la part de l'auteur, soit par la création d'un dessin entièrement nouveau ou par la découverte d'un nouvel usage pour un dessin qui existait déjà.

[98] By comparing the prior art submitted into evidence and the industrial designs in question, by focussing on lines and by ignoring the manufacturing processes, materials used and colours (*Bata*, above, at page 345), the Court finds that the designs do not vary substantially. Even though Mr. Perez, the President of Bodum USA, Inc., testified that the inspiration for industrial design 107736 (TX-1 and Exhibit glass TX-198) came from a sake bowl that Jørgen Bodum apparently saw in Japan—Jørgen Bodum did not testify at the trial—the evidence nevertheless demonstrates that the field of glassware, like the fields of shirt collars and shoes, is a field that has existed for a long time. They are articles used daily and, therefore, the difference must be marked and substantial (*Le May v. Welch* (1884), 28 Ch.D. 24 (C.A.), at pages 34–35, cited in *Bata*, above, at page 348). On that point, the expert witness, Mr. Morand, testified that [TRANSLATION] “glasses have indeed existed for thousands of years and all shapes have already, for the most part, been explored in the same way as shown by other prior art” (examination, Michel Morand, T29 – May 24).

[99] For these reasons, the Court is of the opinion that the industrial designs in question do not meet the criteria defined by the jurisprudence entitling them to registration. As a result, the industrial designs in question do not satisfy the requirement of substantial originality and, consequently, they are not entitled to the protection set out in the Act and must be expunged from the register.

### 3. Unfair competition

[100] Regarding the allegations raised by the plaintiffs concerning unfair competition, they were made at the time of the written submissions and were still part of the plaintiffs’ allegations during the opening statements. Those allegations were, however, withdrawn at the pleading stage (plan of argumentation of plaintiffs/defendants by counterclaim, at page 11; T142-143 – May 29). The Court will therefore not rule on the issue.

[98] En comparant l’art antérieur produit en preuve et les dessins industriels en cause, en s’attardant aux lignes et en faisant fi des procédés de fabrication, des matériaux utilisés et des couleurs (*Bata*, précitée, à la page 345), la Cour en arrive à la conclusion que les dessins ne varient pas de façon significative. Bien que M. Perez, le président de Bodum USA Inc., ait témoigné que l’inspiration pour le dessin industriel 107736 (TX-1 et verre pièce TX-198) soit venue d’un bol pour le sake (*sake bowl*) que M. Bodum aurait vu au Japon — M. Jørgen Bodum n’ayant pas témoigné au procès — la preuve démontre néanmoins que le domaine de la verrerie, comme les domaines des collets de chemises et des chaussures, sont des domaines qui existent depuis longtemps. Il s’agit d’articles utilisés quotidiennement et, partant, la différence doit être bien marquée et substantielle (*Le May v. Welch* (1884), 28 Ch.D. 24 (C.A.), aux pages 34 et 35, cité dans la décision *Bata*, précitée, à la page 348). À cet effet, le témoin expert, M. Morand, a témoigné que les « verres en fait existent depuis des milliers d’années et que toutes formes ont déjà, pour la plupart, été explorées de la même façon d’autres antériorités qui montrent » (interrogatoire, Michel Morand, T29 – 24 mai).

[99] Pour ces raisons, la Cour est d’avis que les dessins industriels en cause ne rencontrent pas les critères définis par la jurisprudence donnant droit à un enregistrement. En conséquence, les dessins industriels en cause ne satisfont pas à l’exigence du caractère original substantiel et, en conséquence, ils n’ont pas droit à la protection prévue par la Loi et doivent être radiés du registre.

### 3. Concurrence déloyale

[100] En ce qui concerne les allégations soulevées par les demandresses concernant la concurrence déloyale, elles ont été formulées lors des écritures et faisaient toujours parties des allégations des demandresses lors des présentations d’ouverture. Ces allégations ont toutefois été retirées au stade de la plaidoirie (plan d’argumentation des demandresses/défenderesses reconventionnelles, à la page 11; T142-143 – 29 mai). La Cour ne se prononcera donc pas sur cette question.

### VIII. Conclusion

[101] In conclusion, the Court dismisses the plaintiffs' infringement action and allows Trudeau's counterclaim of invalidity. Consequently, the industrial designs in question must be expunged from the register.

[102] Regarding costs, the parties will be given a deadline to try to resolve the issue themselves. Prothonotary Morneau informed the Court that he will remain available in that respect.

[103] If the parties are unable to agree on costs, they can serve and file written submissions on costs by October 24, 2012. Those submissions should not exceed 10 pages. Responses not exceeding 5 pages could be served and filed by October 31, 2012.

[104] Finally, the Court reiterates its thanks to the parties' counsel involved in this litigation for their professionalism, respect and courtesy *vis-à-vis* each other and *vis-à-vis* the Court.

### POSTSCRIPT

[105] These public reasons for judgment are unredacted from confidential reasons for judgment which were issued on September 26, 2012, pursuant to the Direction dated September 26, 2012.

[106] The Court canvassed counsel for the parties whether they had concerns if the confidential reasons for judgment were issued to the public without redactions. On October 3, 2012, counsel for the plaintiffs and counsel for the defendant jointly advised that there were no portions of the confidential reasons for judgment that should be redacted but requested certain amendments. The Court accepts the amendments requested by counsel for the plaintiffs and counsel for the defendant. The amendments have been incorporated in these public reasons for judgment.

### VIII. Conclusion

[101] En conclusion, la Cour rejette l'action en contrefaçon intentée par les demanderesse et accueille la demande reconventionnelle de Trudeau en invalidation. Par conséquent, les dessins industriels en question doivent être radiés du registre.

[102] En ce qui a trait aux dépens, les parties se verront accorder un délai pour tenter de résoudre elles-mêmes cette question. Le protonotaire Morneau a informé la Cour qu'il demeure disponible à cet égard.

[103] Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les dépens, elles pourront signifier et déposer des observations écrites sur les dépens au plus tard le 24 octobre 2012. Ces observations ne devraient pas dépasser 10 pages. Des réponses ne dépassant pas 5 pages pourront être signifiées et déposées au plus tard le 31 octobre 2012.

[104] Finalement, la Cour remercie à nouveau les avocats des parties pour leur professionnalisme, leur attitude respectueuse et leur courtoisie les uns envers les autres ainsi qu'envers la Cour.

### POST-SCRIPTUM

[105] Les présents motifs publics du jugement sont une version non caviardée des motifs confidentiels du jugement rendu le 26 septembre 2012, conformément à la directive portant la même date.

[106] La Cour a demandé aux avocats des parties de lui faire part de leurs réserves quant à la publication des motifs du jugement sous une forme non caviardée. Le 3 octobre 2012, l'avocat des demanderesse et les avocats de la défenderesse ont informé la Cour qu'il n'y avait aucun passage des motifs confidentiels du jugement qu'il y avait lieu de caviarder, mais ils ont demandé que certaines modifications soient apportées. La Cour accepte les modifications demandées par l'avocat des demanderesse et les avocats de la défenderesse. Ces modifications ont été incorporées aux présents motifs publics du jugement.

## ANNEX

*Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9 [ss. 2 “utilitarian function” (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 20), “variants” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 161), 7(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 15)]

## INTERPRETATION

Definitions	<b>2.</b> In this Act,
	...
“design” or “industrial design” « <i>dessin</i> »	“design” or “industrial design” means features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye;
	...
“utilitarian function” « <i>fonction utilitaire</i> »	“utilitarian function”, in respect of an article, means a function other than merely serving as a substrate or carrier for artistic or literary matter;
“variants” « <i>variantes</i> »	“variants” means designs applied to the same article or set and not differing substantially from one another.

## PART I

## INDUSTRIAL DESIGNS

## REGISTRATION

...

Restriction on protection	<b>5.1</b> No protection afforded by this Act shall extend to
	(a) features applied to a useful article that are dictated solely by a utilitarian function of the article; or
	(b) any method or principle of manufacture or construction.

## ANNEXE

*Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch I-9 [art. 2 « fonction utilitaire » (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 20), « variantes » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 161), 7(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 15)]

## DÉFINITIONS

Definitions	<b>2.</b> Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.
	[...]
« dessin » “ <i>design</i> ” or “ <i>industrial design</i> ”	« dessin » Caractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d’un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs.
	[...]
« fonction utilitaire » “ <i>utilitarian function</i> ”	« fonction utilitaire » Fonction d’un objet autre que celle de support d’un produit artistique ou littéraire.
	[...]
« variantes » “ <i>variants</i> ”	« variantes » Dessins s’appliquant au même objet ou ensemble et ne différant pas de façon importante les uns des autres.

## PARTIE I

## DESSINS INDUSTRIELS

## ENREGISTREMENT

[...]

Limites et protection	<b>5.1</b> Les caractéristiques résultant uniquement de la fonction utilitaire d’un objet utilitaire ni les méthodes ou principes de réalisation d’un objet ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la présente loi.
-----------------------	--

Registration of design	<p><b>6.</b> (1) The Minister shall register the design if the Minister finds that it is not identical with or does not so closely resemble any other design already registered as to be confounded therewith, and shall return to the proprietor thereof the drawing or photograph and description with the certificate required by this Part.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>6.</b> (1) Si le ministre trouve que le dessin n'est pas identique à un autre dessin déjà enregistré ou qu'il n'y ressemble pas au point qu'il puisse y avoir confusion, il l'enregistre et remet au propriétaire une esquisse ou une photographie ainsi qu'une description en même temps que le certificat prescrit par la présente partie.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Enregistrement du dessin
Certificate of registration	<p><b>7.</b> (1) A certificate shall be signed by the Minister, the Commissioner of Patents or an officer, clerk or employee of the Commissioner's office and shall state that the design has been registered in accordance with this Act.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>7.</b> (1) Le certificat, qui atteste que le dessin a été enregistré conformément à la présente loi, peut être signé par le ministre, le commissaire aux brevets ou tout membre du personnel du bureau de ce dernier.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Certificat d'enregistrement
Certificate to be evidence of contents	<p>(3) The certificate, in the absence of proof to the contrary, is sufficient evidence of the design, of the originality of the design, of the name of the proprietor, of the person named as proprietor being proprietor, of the commencement and term of registration, and of compliance with this Act.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(3) En l'absence de preuve contraire, le certificat est une attestation suffisante du dessin, de son originalité, du nom du propriétaire, du fait que la personne dite propriétaire est propriétaire, de la date et de l'expiration de l'enregistrement, et de l'observation de la présente loi.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Le certificat fait foi de son contenu
EXCLUSIVE RIGHT		DROIT EXCLUSIF	
Exclusive right	<p><b>9.</b> An exclusive right for an industrial design may be acquired by registration of the design under this Part.</p>	<p><b>9.</b> Le droit exclusif à la propriété d'un dessin industriel peut être acquis par l'enregistrement de ce dessin conformément à la présente partie.</p>	Droit exclusif
Duration of right	<p><b>10.</b> (1) Subject to subsection (3), the term limited for the duration of an exclusive right for an industrial design is ten years beginning on the date of registration of the design.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>10.</b> (1) Sous réserve du paragraphe (3), la durée du droit exclusif à la propriété d'un dessin industriel est limitée à dix ans à compter de la date de l'enregistrement du dessin.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Durée du droit
Using design without licence	<p><b>11.</b> (1) During the existence of an exclusive right, no person shall, without the licence of the proprietor of the design,</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) make, import for the purpose of trade or business, or sell, rent, or offer or expose for sale or rent, any article in respect of which the design is registered and to which the design or a design not differing substantially therefrom has been applied; or</p>	<p><b>11.</b> (1) Pendant l'existence du droit exclusif, il est interdit, sans l'autorisation du propriétaire du dessin :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) de fabriquer, d'importer à des fins commerciales, ou de vendre, de louer ou d'offrir ou d'exposer en vue de la vente ou la location un objet pour lequel un dessin a été enregistré et auquel est appliqué le dessin ou un dessin ne différant pas de façon importante de celui-ci;</p>	Usage sans autorisation

	<i>(b)</i> do, in relation to a kit, anything specified in paragraph (a) that would constitute an infringement if done in relation to an article assembled from the kit.	<i>b)</i> d'effectuer l'une quelconque des opérations visées à l'alinéa <i>a)</i> dans la mesure où elle constituerait une violation si elle portait sur l'objet résultant de l'assemblage d'un prêt-à-monter.	
Substantial differences	(2) For the purposes of subsection (1), in considering whether differences are substantial, the extent to which the registered design differs from any previously published design may be taken into account.	(2) Pour l'application du paragraphe (1), il peut être tenu compte, pour déterminer si les différences sont importantes, de la mesure dans laquelle le dessin enregistré est différent de dessins publiés auparavant.	Différences importantes
	...	[...]	
	ACTION FOR INFRINGEMENT	ACTIONS POUR VIOLATION D'UN DROIT EXCLUSIF	
	...	[...]	
Defence	<b>17.</b> (1) In any proceedings under section 15, a court shall not award a remedy, other than an injunction, if the defendant establishes that, at the time of the act that is the subject of the proceedings, the defendant was not aware, and had no reasonable grounds to suspect, that the design was registered.	<b>17.</b> (1) Dans le cadre des procédures visées à l'article 15, le tribunal ne peut procéder que par voie d'injonction si le défendeur démontre que, lors de la survenance des faits reprochés, il ignorait – ou ne pouvait raisonnablement savoir – que le dessin avait été enregistré.	Action irrecevable
Exception	(2) Subsection (1) does not apply if the plaintiff establishes that the capital letter "D" in a circle and the name, or the usual abbreviation of the name, of the proprietor of the design were marked on	(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si le plaignant démontre que la lettre « D », entourée d'un cercle, et le nom du propriétaire du dessin, ou son abréviation usuelle, figuraient lors de la survenance des faits reprochés :	Exception
	<i>(a)</i> all, or substantially all, of the articles to which the registration pertains and that were distributed in Canada by or with the consent of the proprietor before the act complained of; or	<i>a)</i> soit sur la totalité ou la quasi-totalité des objets qui étaient distribués au Canada par le propriétaire ou avec son consentement;	
	<i>(b)</i> the labels or packaging associated with those articles.	<i>b)</i> soit sur les étiquettes ou les emballages de ces objets.	
Proprietor	(3) For the purposes of subsection (2), the proprietor is the proprietor at the time the articles, labels or packaging were marked.	(3) Pour l'application du paragraphe (2), le propriétaire du dessin est celui qui en est le propriétaire lors du marquage des objets, des étiquettes ou des emballages.	Propriétaire



*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985),  
ch. T-13

UNFAIR COMPETITION AND  
PROHIBITED MARKS

CONCURRENCE DÉLOYALE ET  
MARQUES INTERDITES

Prohibitions

7. No person shall

(a) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor;

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

7. Nul ne peut :

a) faire une déclaration fautive ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

Interdictions

IMM-1862-11  
2011 FC 1392

IMM-1862-11  
2011 CF 1392

**Amparo Torres Victoria** (*Applicant*)

**Amparo Torres Victoria** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeur*)

**INDEXED AS: TORRES VICTORIA v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : TORRES VICTORIA c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, September 20; Ottawa, November 30, 2011.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto, 20 septembre; Ottawa, 30 novembre 2011.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Division (Board) decision declining applicant's request for immediate ruling on applicability of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 in inadmissibility proceeding — Respondent alleging applicant, permanent resident, inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f), applying for non-disclosure of information pursuant to IRPA, s. 86 — Board reserving on Charter issues until all evidence, submissions on admissibility heard — However, Board granting applicant's motion for full disclosure — Whether application moot in light of decision granting full disclosure; whether premature to rule on application herein — Board's decision granting full disclosure only partially addressing applicant's argument — Application thus not moot — No legal justification for Court to intervene — Decision to reserve Charter issues interlocutory decision, not reviewable — Preferable for Court to rule on Charter issues on basis of full evidentiary record, informed decision by tribunal — No special circumstances warranting immediate judicial review — Courts not to rule on allegations of Charter infringements in factual vacuum — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande formulée par la demanderesse en vue d'obtenir une décision immédiate sur l'applicabilité de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés dans une procédure d'interdiction de territoire — Le défendeur a allégué que la demanderesse, résidente permanente, était interdite de territoire au sens de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), et il a présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 86 de la LIPR — La Section de l'immigration a attendu, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments concernant l'interdiction de territoire — Toutefois, la Section de l'immigration a fait droit à la requête en communication intégrale présentée par la demanderesse — Il s'agissait de savoir si la demande était devenue théorique, compte tenu de la décision faisant droit à la communication intégrale, et s'il était prématuré de statuer sur la demande en l'espèce — La décision de la Section de l'immigration faisant droit à la communication intégrale ne répondait qu'en partie à l'argument de la demanderesse — La demande n'est donc pas théorique — Rien, en droit, ne justifierait la Cour d'intervenir — La décision d'attendre, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, constitue une décision interlocutoire qui n'est pas susceptible de contrôle judiciaire — Il est préférable que la Cour ne se prononce sur les questions relatives à la Charte que si elle dispose d'un dossier de preuve complet et d'une décision éclairée rendue par le tribunal — Il n'existe en l'espèce aucune circonstance spéciale qui justifierait le contrôle judiciaire immédiat — Les cours de justice devraient éviter de se prononcer sur des allégations de violation de la Charte dans un vide factuel — Demande rejetée.*

*Practice — Mootness — Immigration and Refugee Board Immigration Division (Board) declining to rule on applicability of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 in inadmissibility proceeding — Respondent alleging applicant, permanent resident, inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f), applying for non-disclosure of information pursuant to IRPA, s. 86 — Board reserving on Charter issues until all evidence, submissions on admissibility heard — Board granting motion by applicant for full disclosure — Applicant arguing reliance on secret evidence in admissibility hearing breaching Charter, s. 7 rights — Whether application moot in light of decision to grant full disclosure — Issue not moot, fundamental question still lying at core of applicant's argument — Decision to grant full disclosure only partially addressing applicant's argument, not drawing full consequences from application of s. 7 applicant wanting it to draw — Overall conformity of hearing with Charter values still at issue.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Immigration and Refugee Board Immigration Division (Board) declining to rule on applicability of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 in inadmissibility proceeding — Respondent alleging applicant, permanent resident, inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f), applying for non-disclosure of information pursuant to IRPA, s. 86 — Board reserving on Charter issues until all evidence, submissions on admissibility heard — Applicant arguing reliance on secret evidence breaching Charter, s. 7 rights — Decision to reserve Charter issues interlocutory decision not reviewable — Board having jurisdiction to determine Charter issues raised by applicant — Preferable for Court to rule on Charter issues on basis of full evidentiary record, informed decision by tribunal.*

*Pratique — Caractère théorique — La Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de statuer sur l'applicabilité de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés dans une procédure d'interdiction de territoire — Le défendeur a allégué que la demanderesse, résidente permanente, était interdite de territoire au sens de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), et il a présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 86 de la LIPR — La Section de l'immigration attendait, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments concernant l'interdiction de territoire — La Section de l'immigration a fait droit à la requête en communication intégrale présentée par la demanderesse — La demanderesse a soutenu qu'invoquer des éléments de preuve confidentiels au cours de l'enquête dont elle faisait l'objet violait les droits qui lui étaient garantis par l'art. 7 de la Charte — Il s'agissait de savoir si la demande était devenue théorique, compte tenu de la décision faisant droit à la communication intégrale — La demande n'était pas théorique; la question fondamentale se situait encore au cœur de l'argument de la demanderesse — La décision de la Section de l'immigration faisant droit à la communication intégrale ne répondait qu'en partie à l'argument de la demanderesse, mais la Section de l'immigration n'a pas tiré de l'application de l'art. 7 toutes les conséquences que la demanderesse aurait souhaitées — La question de savoir si l'enquête est conforme, de manière générale, aux valeurs consacrées par la Charte se pose encore.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de statuer sur l'applicabilité de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés dans une procédure d'interdiction de territoire — Le défendeur a allégué que la demanderesse, résidente permanente, était interdite de territoire au sens de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), et il a présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 86 de la LIPR — La Section de l'immigration attendait, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments concernant l'interdiction de territoire — La demanderesse a soutenu qu'invoquer des éléments de preuve confidentiels au cours de l'enquête dont elle faisait l'objet violait les droits qui lui étaient garantis par l'art. 7 de la Charte — La décision d'attendre, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, constitue une décision interlocutoire qui n'est pas susceptible de contrôle judiciaire — La Section de l'immigration possède la compétence pour trancher les questions relatives à la Charte soulevées par la demanderesse — Il est préférable que la Cour ne se prononce sur les questions relatives à la Charte que si elle dispose d'un dossier de preuve complet et d'une décision éclairée rendue par le tribunal.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Division (Board) of the Immigration and Refugee Board declining the applicant's request for an immediate ruling on the applicability of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the inadmissibility proceedings against her.

The applicant, a citizen of Colombia, was a founding member of an umbrella organization for leftist political parties, including the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC). Because of her political activities and her ties with the FARC, the applicant was kidnapped, beaten, abused and detained by paramilitaries. She was recognized as a refugee by the United Nations High Commissioner for Refugees and immigrated to Canada as a permanent resident. Upon learning of her involvement with the FARC, the respondent referred a report to the Board pursuant to subsection 44(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), relying on confidential information to allege that she was inadmissible under paragraph 34(1)(f) of IRPA due to her membership in a terrorist organization. The respondent applied for non-disclosure of information pursuant to section 86 of IRPA. The applicant requested the Board to make an immediate determination as to whether her section 7 Charter rights were engaged. While the Board recognized that the issues of fairness, the principles of fundamental justice and one's rights guaranteed under the Charter were present, it nevertheless explained that it would reserve on the Charter issues until it had heard all the evidence and submissions on the admissibility issue. The Board granted another motion by the applicant for full disclosure in keeping with the requirements set out in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui* No. 2). The Board determined, *inter alia*, that the procedural protections mandated in *Charkaoui* No. 2 also applied to the applicant. The Board found that the circumstances of the applicant (i.e., that she is a declared Convention refugee and is the subject of a section 86 proceeding) made the applicant's case comparable to that of a security certificate.

The main thesis of the applicant was that reliance on secret evidence in the context of an admissibility hearing before the ID breaches her right to full answer and defence and infringes her section 7 Charter rights, and that in the absence of a security threat, a breach of those rights cannot be saved under

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) rejetant la demande formulée par la demanderesse en vue d'obtenir une décision immédiate sur l'applicabilité de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la procédure d'interdiction de territoire à son endroit.

La demanderesse, citoyenne de la Colombie, est un membre fondateur d'un mouvement politique qui regroupait des partis politiques de gauche en Colombie, notamment les Forces armées révolutionnaires de Colombie (la FARC). En raison de ses activités et de ses liens avec la FARC, la demanderesse a été kidnappée, battue, agressée et détenue par des paramilitaires. Le statut de réfugié lui a été reconnu par le Haut Commissariat des Nations Unies, et elle a immigré au Canada à titre de résidente permanente. Lorsqu'il a été mis au courant du rôle joué par la demanderesse au sein des FARC, le défendeur a déferé l'affaire à la Section de l'immigration, en vertu du paragraphe 44(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), en se fondant sur des renseignements confidentiels pour alléguer que la demanderesse était interdite de territoire au sens de l'alinéa 34(1)(f) de la LIPR, en raison de son appartenance à une organisation terroriste. Le défendeur a présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'art. 86 de la LIPR. La demanderesse a demandé à la Section de l'immigration de rendre une décision immédiate sur la question de savoir si les droits que lui reconnaît l'article 7 de la Charte trouvaient application dans l'instance introduite contre elle. Même si la Section de l'immigration a reconnu que les questions d'équité, ainsi que les principes de justice fondamentale et les droits garantis par la Charte entraient en jeu, elle a expliqué qu'elle ne se prononcerait sur les questions relatives à la Charte qu'après avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments au sujet de la question d'interdiction de territoire. La Section de l'immigration a accueilli une autre requête de la demanderesse, visant la communication intégrale, conformément aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 RCS 326 (*Charkaoui* n° 2). La Section de l'immigration a estimé, notamment, que les protections procédurales exigées par l'arrêt *Charkaoui* n° 2 s'appliqueraient aussi à la demanderesse. La Section de l'immigration a conclu que la situation de la demanderesse (à savoir qu'elle s'était vu reconnaître le statut de réfugiée et qu'elle faisait l'objet d'une instance fondée sur l'article 86) rendait l'affaire comparable à une instance portant sur un certificat de sécurité.

La principale thèse de la demanderesse était que le fait de se fonder sur des éléments de preuve confidentiels dans le cadre d'une enquête de la Section de l'immigration porte atteinte à son droit à une défense pleine et entière et viole les droits que lui reconnaît l'article 7 de la Charte, et qu'à défaut

section 1, even if she is represented in the closed proceedings by special advocates.

At issue was whether the application became moot in light of the decision made by the Board to grant the applicant's motion for full disclosure, and whether it would be premature to rule on the application herein.

*Held*, the application should be dismissed.

The issue raised initially by the applicant did not become academic, nor did the concrete and tangible dispute between the parties disappear. There was still an existing controversy between the applicant and the respondent with respect to the fundamental question lying at the core of the applicant's thesis. The decision of the Board to grant full disclosure partially addressed the applicant's argument, but it did not draw the full consequences from the application of section 7 that the applicant would like it to draw, i.e. that the whole inadmissibility proceeding violated her constitutional rights given her particular circumstances, irrespective of any procedural safeguards. The overall conformity of the admissibility hearing with the values enshrined in the Charter was still very much at issue.

There was no legal justification to intervene at this stage of the proceedings before the Board. The decision to reserve on the Charter issues until all the evidence and submissions on the admissibility issue had been heard was an interlocutory decision that is not reviewable on judicial review. The Board possesses the jurisdiction to determine the Charter issues raised by the applicant and to grant relief if there has been an infringement to the applicant's rights. Not only is it a court of competent jurisdiction pursuant to subsection 24(1) of the Charter, but subsection 162(1) of IRPA grants each Division of the Board sole and exclusive jurisdiction to hear and determine questions of law and fact, including questions of jurisdiction. Administrative tribunals endowed with the power to decide questions of law have the authority to resolve constitutional questions that are inextricably linked to matters properly before them. It is preferable for the Court to rule on Charter issues on the basis of a full evidentiary record and of an informed decision by the administrative tribunal tasked with the responsibility to make findings of fact and law. It would be contrary to the rationale underlying judicial review for a court to pronounce on an issue before the administrative decision maker had the opportunity to consider it. There were no special circumstances warranting the immediate

de menace à la sécurité, l'atteinte à ces droits ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier, même si elle est représentée par des avocats spéciaux lors de l'audience à huis clos.

Il s'agissait de savoir si la demande était devenue théorique, compte tenu de la décision rendue par la Section de l'immigration de faire droit à la requête de communication intégrale présentée par la demanderesse, et s'il serait prématuré de statuer sur la demande en l'espèce.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La question soulevée au départ par la demanderesse n'est pas devenue théorique, et le différend concret et tangible entre les parties n'a pas disparu. Il existait encore un litige entre la demanderesse et le défendeur au sujet de la question fondamentale qui se situe au cœur de la thèse de la demanderesse. La décision de la Section de l'immigration de faire droit à la communication intégrale a eu pour effet de répondre en partie à l'argument de la demanderesse, mais la Section de l'immigration n'a pas tiré de l'application de l'article 7 toutes les conséquences que la demanderesse aurait souhaitées, c'est-à-dire que toute l'enquête viole les droits que lui reconnaît la Constitution, compte tenu de sa situation particulière, et ce, indépendamment des garanties procédurales dont elle peut par ailleurs jouir. La question de savoir si l'enquête était conforme de manière générale aux valeurs consacrées par la Charte se posait encore avec acuité.

Il n'y a rien, en droit, qui justifierait la Cour d'intervenir à cette étape de l'instance qui se déroule devant la Section de l'immigration. La décision d'attendre, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments au sujet de l'interdiction de territoire constitue une décision interlocutoire qui n'est pas susceptible de contrôle judiciaire. La Section de l'immigration possède la compétence de trancher les questions soulevées par la demanderesse en vertu de la Charte et d'accorder une réparation si elle estime que les droits de la demanderesse ont été violés. Non seulement la Section de l'immigration constitue-t-elle un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte, mais en plus, le paragraphe 162(1) de la LIPR confère à chacune des sections de la Commission compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait, y compris en matière de compétence. Les tribunaux administratifs qui sont investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont compétence pour résoudre des questions constitutionnelles qui sont inextricablement liées aux questions dont ils sont régulièrement saisis. Il est préférable que la Cour ne se prononce sur les questions relatives à la Charte que si elle dispose d'un dossier de preuve complet et d'une décision éclairée rendue par le tribunal

judicial review of the interlocutory decision. It did not cause the applicant immediate prejudice that could not be remedied at some later juncture. Courts should avoid ruling on allegations of Charter infringements in a factual vacuum, which is the approach that has been followed by this Court in the comparable security certificate context. To rule on the constitutionality of the scheme in the abstract would allow an interlocutory motion to take on a life of its own. This may be unnecessary and unwarranted if the Board dismisses the allegation advanced by the respondent on the merit.

administratif chargé de tirer des conclusions de fait et de droit. Il serait contraire à la raison d'être du contrôle judiciaire qu'une cour de justice se prononce sur une question avant que le tribunal administratif n'ait eu la possibilité de l'examiner. Il n'existait en l'espèce aucune circonstance spéciale qui justifierait le contrôle judiciaire immédiat de la décision interlocutoire. Le refus d'intervenir de la Cour n'a causé à la demanderesse aucun préjudice immédiat qui ne pourrait être corrigé plus tard. Les cours de justice devraient éviter de se prononcer sur des allégations de violation de la Charte dans un vide factuel, et c'est la démarche qui a été suivie par cette Cour dans le contexte comparable de l'examen du certificat de sécurité. Statuer dans l'abstrait sur la constitutionnalité du régime ferait en sorte qu'une requête interlocutoire prendrait trop d'importance, ce qui pourrait s'avérer totalement inutile et injustifié, advenant le cas où la Section de l'immigration rejetterait sur le fond l'allégation avancée par le défendeur.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 24(1).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 34, 44(2), 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 78 (as am. *idem*), 79 (as am. *idem*), 80 (as am. *idem*), 81 (as am. *idem*), 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*), 82.3 (as enacted *idem*), 82.4 (as enacted *idem*), 83 (as am. *idem*), 84 (as am. *idem*), 85 (as am. *idem*), 85.1(1) (as enacted *idem*), 85.4 (as enacted *idem*), 86 (as am. *idem*), 162(1).

*Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, rr. 3 (as am. by SOR/2004-167, s. 2; 2010-253, s. 2), 47 (as am. by SOR/2004-167, s. 12(F)).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 24(1).

*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 34, 44(2), 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 78 (mod., *idem*), 79 (mod., *idem*), 80 (mod., *idem*), 81 (mod., *idem*), 82 (mod., *idem*), 82.1 (édicte, *idem*), 82.2 (édicte, *idem*), 82.3 (édicte, *idem*), 82.4 (édicte, *idem*), 83 (mod., *idem*), 84 (mod., *idem*), 85 (mod., *idem*), 85.1(1) (édicte, *idem*), 85.4 (édicte, *idem*), 86 (mod., *idem*), 162(1).

*Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, règles 3 (mod. par DORS/2004-167, art. 2; 2010-253, art. 2), 47 (mod. par DORS/2004-167, art. 12(F)).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240; *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432.

[2013] 3 F.C.R. 240, 343 D.L.R. (4th) 510, 248 C.R.R. (2d) 347; *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, 180 C.R.R. (2d) 338, 331 F.T.R. 301; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432, 224 C.R.R. (2d) 93, 380 F.T.R. 163.

## REFERRED TO:

*C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, 400 N.R. 367; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 121, 50 Admin. L.R. 44; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94, [1991] 1 W.W.R. 643; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, (1991), 81 D.L.R. (4th) 358, 50 Admin. L.R. 1; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, (1989), 97 A.R. 368, 60 D.L.R. (4th) 1; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, (1990), 73 D.L.R. (4th) 686, 43 C.P.R. (2d) 165; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, 355 F.T.R. 222, 86 Imm. L.R. (3d) 212; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, 380 F.T.R. 61; *Jaballah (Re)*, 2010 FC 79, [2011] 2 F.C.R. 145, 204 C.R.R. (2d) 262, 364 F.T.R. 72.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board declining the applicant's request for an immediate ruling on the applicability of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the inadmissibility proceedings against her. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Raoul Boulakia* for applicant.  
*Martin Anderson* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Raoul Boulakia*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

## DÉCISIONS CITÉES :

*C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251; *Jaballah (Re)*, 2010 CF 79, [2011] 2 R.C.F. 145.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande formulée par la demanderesse en vue d'obtenir une décision immédiate sur l'applicabilité de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la procédure d'interdiction de territoire à son encontre. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Raoul Boulakia* pour la demanderesse.  
*Martin Anderson* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Raoul Boulakia*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application for judicial review of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Board or the Tribunal) dated March 4, 2011, whereby the Board declined the applicant's request for an immediate ruling on the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) in the proceeding. The Board member explained that she would reserve on the Charter issues until she had heard all of the evidence and submissions pertaining to the applicant's admissibility inquiry pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] For the reasons that follow, I am of the view that this application ought to be dismissed, essentially because it is for the Immigration Division to decide the Charter issues advanced by the applicant before this Court can be called upon to review such a decision.

#### 1. Facts

[3] The applicant, Amparo Torres Victoria, is a citizen of Colombia. She was born on June 21, 1955, in the city of Cali. She claims to be a trade union and human rights activist, as well as a founding member of the Unión Patriótica, a political movement which was apparently an umbrella organization for leftist political parties in Colombia. The main guerrilla force in Colombia, the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC), was involved in peace negotiations with the Government of Colombia in 1985. As part of the peace talks, the FARC agreed to become a legalized political movement and joined the Unión Patriótica until they decided to abandon the peace process, in 1987.

[4] As a result of her activities, the applicant was the subject of numerous threats to her life. She was also kidnapped, beaten, abused and detained for several

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du 4 mars 2011 par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a refusé la demande formulée par la demanderesse en vue d'obtenir une décision immédiate sur l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) en l'espèce. La commissaire a expliqué qu'elle attendrait, pour se prononcer sur les questions relatives à la Charte, d'avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments au sujet de l'enquête dont la demanderesse faisait l'objet en vertu de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la présente demande devrait être rejetée, essentiellement parce qu'il appartient à la Section de l'immigration de décider les questions relatives à la Charte soulevées par la demanderesse avant que notre Cour puisse être appelée à examiner cette décision.

#### 1. Les faits

[3] La demanderesse, Amparo Torres Victoria, est une citoyenne de la Colombie. Elle est née le 21 juin 1955 à Cali. Elle affirme être une militante syndicale et une défenseuse des droits de la personne, en plus d'être un des membres fondateurs de l'Unión Patriótica, un mouvement politique qui regroupait vraisemblablement les partis politiques de gauche en Colombie. La principale guérilla colombienne, les Forces armées révolutionnaires de Colombie (les FARC), a entamé des pourparlers de paix avec le gouvernement de la Colombie en 1985. Dans le cadre de ces pourparlers de paix, les FARC ont accepté de devenir un mouvement politique reconnu par la loi et ils se sont joints à l'Unión Patriótica jusqu'en 1987, année où elles ont décidé d'abandonner le processus de paix.

[4] En raison de ses activités, la demanderesse a fait l'objet de nombreuses menaces de mort. Elle a également été kidnappée, battue, agressée et détenue pendant



months, allegedly by the paramilitaries, for her activities as a member of the Unión Patriótica and for being associated with the FARC. She fled Colombia upon her release in February 1993, along with her common-law spouse and their three children. She was recognized as a refugee by the United Nations High Commissioner for Refugees in Mexico, and she chose to immigrate to Canada with two of her sons. Her husband decided to remain in Mexico, to join the FARC, and to become the international media spokesman for the FARC.

[5] The applicant's older brother is a member of the FARC, and one of her sisters was first kidnapped and then killed by the paramilitaries because of his involvement in the organization. Her two other sisters and her mother fled to Mexico and claimed refugee status when her other sister was first abducted.

[6] Having been recognized as a Convention refugee, the applicant arrived in Canada on December 10, 1996 as a permanent resident. She then applied for citizenship on June 13, 2000.

[7] The respondent later learned of her involvement in the FARC, and referred a report to the Immigration Division pursuant to subsection 44(2) of IRPA alleging that she was inadmissible under paragraph 34(1)(f) due to her membership in a terrorist organization. In advancing that allegation, the Minister has relied on confidential evidence, the disclosure of which would be injurious to Canada's national security.

[8] This is the second proceeding involving the applicant before the Immigration Division. At the first proceeding, the member decided to determine the paragraph 34(1)(f) allegation on its merits, prior to assessing the applicant's Charter challenge to IRPA's secret evidence provisions in the context of an admissibility hearing. The member heard all the evidence and adjourned the hearing in order to prepare his decision.

plusieurs mois, vraisemblablement par des paramilitaires, en raison de ses activités au sein de l'Unión Patriótica et parce qu'elle était associée aux FARC. Elle a quitté la Colombie après avoir recouvré sa liberté en février 1993, en compagnie de son conjoint de fait et de leurs trois enfants. Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés à Mexico lui a reconnu le statut de réfugiée et elle a choisi d'immigrer au Canada avec deux de ses fils. Son mari a décidé de demeurer au Mexique, de se joindre aux FARC dont il est devenu un porte-parole international.

[5] Le frère aîné de la demanderesse fait partie des FARC et l'une de ses sœurs a été enlevée puis assassinée par des paramilitaires en raison du rôle joué par son frère au sein de cette organisation. Ses deux autres sœurs et sa mère ont quitté le Mexique et ont demandé l'asile après l'enlèvement de l'autre sœur de la demanderesse.

[6] Après s'être vue reconnaître le statut de réfugiée au sens de la Convention, la demanderesse est arrivée au Canada le 10 décembre 1996 à titre de résidente permanente. Elle a ensuite demandé la citoyenneté le 13 juin 2000.

[7] Ce n'est que par la suite que le défendeur a été mis au courant du rôle joué par la demanderesse au sein des FARC. Le ministre défendeur a alors déféré l'affaire à la Section de l'immigration, en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR, au motif que la demanderesse était interdite de territoire au sens de l'alinéa 34(1)(f) en raison de son appartenance à une organisation terroriste. Pour formuler cette allégation, le ministre s'est fondé sur des éléments de preuve confidentiels dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale du Canada.

[8] Il s'agit de la seconde instance mettant la demanderesse en cause devant la Section de l'immigration. Lors de la première instance, le commissaire a décidé de statuer au fond sur l'allégation présentée en vertu de l'alinéa 34(1)(f) avant de se prononcer sur le moyen tiré de la Charte par la demanderesse pour contester les dispositions de la LIPR relatives au caractère confidentiel de la preuve dans le cadre d'une enquête. Le

Unfortunately, he later advised that he would be unable to render his decision before his authority under IRPA had lapsed.

[9] In February 2007, the Supreme Court of Canada released its decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui* No. 1). In that decision, the Court found, *inter alia*, that IRPA did not adequately protect the rights of the named person to a fair hearing, and therefore struck down sections 33 and 77–85 [ss. 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 78 (as am. *idem*), 79 (as am. *idem*), 80 (as am. *idem*), 81 (as am. *idem*), 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*), 82.3 (as enacted *idem*), 82.4 (as enacted *idem*), 83 (as am. *idem*), 84 (as am. *idem*), 85 (as am. *idem*)] of IRPA as infringing section 7 of the Charter. It is on the basis of that decision that counsel for the applicant made a motion before the first member of the Immigration Division dealing with her case, arguing that the same reasoning applies to the non-disclosure of information in the context of an admissibility hearing pursuant to section 86 [as am. *idem*] of IRPA.

[10] When the second proceeding before the Immigration Division started, Parliament had adopted Bill C-3 [*An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another act*, S.C. 2008, c. 3]. This Bill, which came into force on February 22, 2008, was in response to the declaration of invalidity pronounced in *Charkaoui* No. 1. In a nutshell, these amendments to IRPA introduced the special advocate regime; pursuant to paragraph 83(1)(b), the designated judge shall appoint a special advocate whose name must be on a list established by the Minister of Justice. The role of the special advocate is “to protect the interests” of the named person in closed hearings (subsection 85.1(1) [as enacted *idem*] of IRPA). Of relevance for the case at bar, these amendments to IRPA have extended the role of special advocates to all the

commissaire avait entendu l’ensemble de la preuve et avait ajourné l’audience afin de pouvoir préparer sa décision. Malheureusement, il a par la suite expliqué qu’il ne serait pas en mesure de rendre sa décision avant l’expiration du délai dans lequel il avait compétence en vertu de la LIPR.

[9] En février 2007, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l’affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui* n° 1). Dans cette décision, la Cour a notamment déclaré que la LIPR ne protégeait pas suffisamment le droit à une audience équitable des personnes désignées dans les certificats de sécurité et elle a par conséquent déclaré inconstitutionnels les articles 33 et 77 à 85 [art. 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 78 (mod., *idem*), 79 (mod., *idem*), 80 (mod., *idem*), 81 (mod., *idem*), 82 (mod., *idem*), 82.1 (édicte, *idem*), 82.2 (édicte, *idem*), 82.3 (édicte, *idem*), 82.4 (édicte, *idem*), 83 (mod., *idem*), 84 (mod., *idem*), 85 (mod., *idem*)] de la LIPR au motif qu’ils portaient atteinte à l’article 7 de la Charte. Se fondant sur cet arrêt, l’avocat de la demanderesse a présenté une requête au premier commissaire de la Section de l’immigration saisi du dossier de la demanderesse dans laquelle il a fait valoir que le même raisonnement valait pour l’interdiction, prévue à l’article 86 [mod., *idem*] de la LIPR, de divulguer des renseignements dans le cadre de l’enquête.

[10] Au moment où la seconde instance introduite devant la Section de l’immigration débutait, le législateur avait adopté le projet de loi C-3 [*Loi modifiant la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3]. Ce projet de loi, qui est entré en vigueur le 22 février 2008, se voulait une réponse à la déclaration d’invalidité prononcée dans l’arrêt *Charkaoui* n° 1. En un mot, les modifications apportées à la LIPR par ce projet de loi avaient pour effet de créer un régime d’avocats spéciaux suivant lequel un juge désigné nomme, en vertu de l’alinéa 83(1)b), un avocat spécial dont le nom doit figurer sur la liste dressée par le ministre de la Justice. L’avocat spécial a pour rôle de « défendre les intérêts » de la personne désignée lors de toute audience tenue à huis clos (paragraphe 85.1(1) [édicte, *idem*] de la LIPR). Il importe de

proceedings before the Immigration Division involving confidential evidence, including an admissibility hearing (see section 86 of IRPA).

[11] In June 2008, upon the applicant's request, the Immigration Division appointed Mr. Waldman as the applicant's special advocate. In July 2008, the Minister provided the applicant with the open source evidence that it intended to rely on to establish the paragraph 34(1)(f) allegation. In September 2008, Member Funston was assigned to determine the paragraph 34(1)(f) allegation on its merits. In October 2008, the applicant advanced several motions, including a request for a ruling that section 7 of the Charter be engaged in the proceeding. In October 2008, Member Funston declined that request.

[12] Further open source information was adduced in August 2009. In November 2009, following the applicant's and Mr. Waldman's request, Mr. Dadour was appointed as a second special advocate. In December 2009, Mr. Dadour was provided with copies of prior correspondence, decisions and a transcript of a pre-hearing conference. Mr. Dadour was given access to the closed material in February 2010.

[13] The special advocates filed two motions in late March 2010. Closed hearings were held in June and July 2010 on the first motion concerning the order of proceedings. In September 2010, the Immigration Division held that counsel for the applicant should participate in the special advocates' first motion and make submissions thereon on the applicant's behalf. Counsel was provided with a copy of the special advocates' and the Minister's submissions on the order of proceedings issue.

souligner en l'espèce que les modifications apportées à la LIPR ont eu pour effet d'étendre le rôle des avocats spéciaux à l'ensemble des instances introduites devant la Section de l'immigration portant sur des éléments de preuve confidentiels, y compris les enquêtes (article 86 de la LIPR).

[11] En juin 2008, à la demande de la demanderesse, la Section de l'immigration a désigné M<sup>e</sup> Waldman pour agir comme avocat spécial pour la demanderesse. En juillet 2008, le ministre a communiqué à la demanderesse les éléments de preuve de sources ouvertes sur lesquels il avait l'intention de se fonder pour démontrer le bien-fondé de l'allégation relative à l'alinéa 34(1)f). En septembre 2008, la commissaire Funston a été chargée de statuer au fond sur l'allégation tirée de l'alinéa 34(1)f). En octobre 2008, la demanderesse a présenté plusieurs requêtes, y compris une demande de décision déclarant que l'article 7 de la Charte s'appliquait en l'espèce. En octobre 2008, la commissaire Funston a rejeté cette requête.

[12] D'autres renseignements de sources ouvertes ont été soumis en août 2009. En novembre 2009, à la suite de la demande formulée par M<sup>e</sup> Waldman et par la demanderesse, M<sup>e</sup> Dadour a été désigné comme second avocat spécial. En décembre 2009, M<sup>e</sup> Dadour a reçu communication de copies de la correspondance antérieure, ainsi que des décisions et d'une transcription de la conférence préparatoire à l'audience. M<sup>e</sup> Dadour a eu accès à ces éléments de preuve confidentiels en février 2010.

[13] Les avocats spéciaux ont déposé deux requêtes à la fin de mars 2010. Des audiences à huis clos ont eu lieu en juin et en juillet 2010 au sujet de la première requête, qui portait sur le déroulement de l'instance. En septembre 2010, la Section de l'immigration a jugé que l'avocat de la demanderesse devait intervenir dans la première requête des avocats spéciaux et formuler ses observations à ce sujet pour le compte de la demanderesse. On a remis à l'avocat une copie des arguments des avocats spéciaux et du ministre au sujet du déroulement de l'instance.

[14] On March 4, 2011, the Board member ruled that the closed proceeding should proceed before the public proceeding, in order for the applicant to be as informed as possible regarding the issues and evidence that confronted her. With the Minister presenting his secret evidence first, and the special advocates being given the opportunity to challenge that evidence and cross-examine any witnesses, this would result in as much evidence as possible being potentially disclosed to the applicant at the proceeding, as well as any further summaries of the evidence. That being said, the Board member did not preclude the possibility to return to the closed proceeding, after the public proceeding, in order to enquire into the Minister's secret evidence should any new evidence arise in the public proceeding that could have led the special advocates to challenge the relevancy, reliability and sufficiency of any aspect of the Minister's secret evidence. This aspect of the Board's decision is not challenged in this application for judicial review.

[15] In early 2011, the applicant asked the Immigration Division to make an immediate determination as to whether her section 7 Charter rights were engaged in the Immigration Division proceedings concerning her. In her March 4, 2011 decision, the Board member recognized that the issues of fairness, the principles of fundamental justice and one's rights guaranteed under the Charter have arisen throughout these proceedings. She also acknowledged that both public counsel and the special advocates have argued that the applicant's section 7 Charter rights are engaged, as the applicant is subject to a proceeding that could ultimately lead to her removal from Canada and subsequent persecution. She nevertheless declined to rule immediately on this issue, explaining that she would reserve on the Charter issues until she had heard all the evidence and submissions on the admissibility issues:

[14] Le 4 mars 2011, la commissaire a déclaré que l'audience à huis clos devait se tenir avant l'audience publique pour permettre à la demanderesse d'être le plus éclairée possible au sujet des questions en litige et des éléments de preuve la concernant. Dans l'hypothèse où le ministre présenterait ses éléments de preuve confidentiels en premier lieu et que les avocats spéciaux se verraient ensuite accorder la possibilité de contester ces éléments de preuve et de contre-interroger des témoins, la demanderesse recevrait alors communication du plus grand nombre possible d'éléments de preuve lors de cette instance ainsi que des résumés complémentaires de la preuve. Ceci étant dit, la commissaire n'a pas écarté la possibilité d'ordonner à nouveau le huis clos à la suite de l'audience publique pour analyser les éléments de preuve confidentiels du ministre advenant le cas où de nouveaux éléments de preuve surgiraient lors de l'audience publique et que ces éléments de preuve incitent les avocats spéciaux à contester la pertinence, la fiabilité et la suffisance de tout aspect de la preuve confidentielle du ministre. Cet aspect de la décision de la Commission n'est pas contesté dans la présente demande de contrôle judiciaire.

[15] Au début de 2011, la demanderesse a demandé à la Section de l'immigration de rendre une décision immédiate sur la question de savoir si les droits que lui reconnaît l'article 7 de la Charte trouvaient application dans l'instance introduite contre elle devant la Section de l'immigration. Dans sa décision du 4 mars 2011, la commissaire a reconnu que les questions d'équité, ainsi que les principes de justice fondamentale et les droits garantis par la Charte entraînent en jeu pendant tout le déroulement de la présente instance. Elle a également reconnu que tant les avocats publics que les avocats spéciaux avaient soutenu que les droits reconnus à la demanderesse par l'article 7 de la Charte s'appliquaient, étant donné que la demanderesse faisait l'objet d'une instance qui pouvait se solder par son renvoi du Canada et l'exposer par la suite à des persécutions. La commissaire a néanmoins refusé de statuer immédiatement sur la question, expliquant qu'elle ne se prononcerait sur les questions relatives à la Charte qu'après avoir entendu l'ensemble de la preuve et des arguments au sujet de l'enquête dont la demanderesse faisait l'objet :

In my view, it is premature to make findings with respect to an individual's *Charter* rights with respect to the potential consequences of an admissibility proceeding while the issue turns upon something that, in fact, may never happen: i.e., the issuance of a removal order.

[16] This is the decision that is being challenged in the present application for judicial review, which was filed on March 22, 2011.

[17] Subsequent to that decision, the Immigration Division released another decision dated May 11, 2011 that is material to the case at bar. The special advocates have put forward a number of preliminary motions, starting on September 11, 2009, for full disclosure of the material relating to the applicant, including the entire Canadian Security Intelligence Service (CSIS) file. These motions have led to additional disclosure by the Minister, who agreed voluntarily to provide further material to the special advocates, first on December 11, 2009 and then again, on December 23, 2010. Upon review of the new material, however, the special advocates renewed their application for full disclosure on February 21, 2011.

[18] The motion of the special advocates is predicated on the applicability of the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui* No. 2) to the circumstances of the present case. In that decision, it will be remembered, it was held that to uphold the right to procedural fairness of people subject to a security certificate, CSIS is required to retain all its operational notes and to disclose them to the ministers for the issuance of a security certificate. Subsequently they would be required to disclose them to the designated judge for the review of the reasonableness of the certificate and of the need to detain the named person. Pursuant to subsection 85.4(1) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA, added by Bill C-3, the special advocates shall be provided with a copy of all information and evidence that is provided to the judge by the Minister.

À mon avis, il est trop tôt pour se prononcer sur les conséquences que pourrait entraîner une enquête sur les droits d'une personne protégée par la *Charte* étant donné qu'il est possible que cette affaire se règle sans que soit jamais prise de mesure de renvoi.

[16] C'est cette décision qui est contestée dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, laquelle a été introduite le 22 mars 2011.

[17] À la suite de cette décision, la Section de l'immigration a rendu une autre décision le 12 mai 2011 qui revêt une certaine importance dans le cas qui nous occupe. Les avocats spéciaux ont déposé plusieurs requêtes préliminaires, à compter du 11 septembre 2009, en vue d'obtenir la communication intégrale de toutes les pièces concernant la demanderesse, y compris le contenu intégral du dossier du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS). Ces requêtes se sont traduites par la divulgation d'autres documents par le ministre, qui a accepté de plein gré de communiquer d'autres pièces aux avocats spéciaux, tout d'abord le 11 décembre 2009, puis le 23 décembre 2010. Après avoir examiné les nouvelles pièces en question, les avocats spéciaux ont toutefois renouvelé leur demande de communication intégrale le 21 février 2011.

[18] La requête des avocats spéciaux repose sur l'applicabilité de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui* n° 2), aux circonstances de la présente affaire. Dans cette décision, on s'en souviendra, il a été jugé qu'afin de respecter le droit à l'équité procédurale des personnes visées par un certificat de sécurité, le SCRS est tenu de conserver et de divulguer la totalité de ses notes opérationnelles aux ministres lors de la délivrance d'un certificat de sécurité, puis lors de l'évaluation du caractère raisonnable du certificat ainsi que de la nécessité de détenir la personne désignée. Aux termes du paragraphe 85.4(1) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR, qui a été inséré dans la Loi par le projet de loi C-3, il incombe au ministre de fournir aux avocats spéciaux copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge.

[19] The special advocates asserted that their request for full disclosure was in keeping with disclosure requirements set out in *Charkaoui* No. 2; basic administrative law principles of procedural fairness and natural justice, and the rights enjoyed by the applicant under section 7 of the Charter. They were of the view that an admissibility hearing before the Immigration Division involving an application for non-disclosure is akin to a security certificate proceeding. They both involve the non-disclosure of evidence to the subject of the proceedings, they both require that there be a substantial substitute in place of the person concerned, and the consequences to the named person in security certificate cases is the same as those encountered by the person concerned in an admissibility hearing, namely, as in this case, possible removal to Colombia.

[20] The Immigration Division granted the motion for disclosure. In doing so, Member Funston highlighted her understanding of *Charkaoui* No. 2, to the effect that for a security certificate proceeding to comply with fundamental justice, there must be disclosure of the materials in CSIS' possession that relates to the named person. She determined that the procedural protections mandated by *Charkaoui* No. 2 would also apply to the Immigration Division concerning the applicant. Similar to a security certificate proceeding, the hearing on the paragraph 34(1)(f) allegation could result in a deportation order. The Immigration Division proceeding was subject to the same protection of information scheme (under IRPA) that applies to security certificates. Therefore, she agreed with the special advocates that there was no real difference between the consequences of a security certificate and those of the paragraph 34(1)(f) proceeding before the Immigration Division.

[19] Les avocats spéciaux affirment que leur demande de communication intégrale est conforme aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Charkaoui* n° 2, avec les principes fondamentaux d'équité procédurale et de justice naturelle reconnus en droit administratif, ainsi qu'avec les droits qui sont reconnus à la demanderesse par l'article 7 de la Charte. Ils sont d'avis que l'enquête qui se déroule devant la Section de l'immigration et qui porte sur une demande d'interdiction de divulgation s'apparente à une instance relative à un certificat de sécurité. Les deux types d'instance impliquent l'interdiction de communiquer les éléments de preuve à la personne visée par l'instance, elles exigent toutes les deux que l'on trouve une autre façon sensiblement équivalente d'informer l'intéressé, et les conséquences pour la personne visée par un certificat de sécurité sont les mêmes que celles auxquelles est exposée la personne qui fait l'objet d'une enquête, en l'occurrence, comme en l'espèce, un éventuel renvoi en Colombie.

[20] La Section de l'immigration a fait droit à la requête en divulgation. Ce faisant, la commissaire Funston démontrait sa compréhension du principe posé par l'arrêt *Charkaoui* n° 2 suivant lequel, pour qu'une instance portant sur un certificat de sécurité soit conforme aux principes de justice fondamentale, les documents se trouvant en la possession du SCRS et qui se rapportent à la personne désignée doivent être communiqués. La commissaire a estimé que les protections procédurales exigées par l'arrêt *Charkaoui* n° 2 s'appliqueraient aussi à l'instance introduite devant la Section de l'immigration au sujet de la demanderesse. Tout comme l'instance portant sur un certificat de sécurité, l'audience relative à une allégation fondée sur l'alinéa 34(1)f) peut se solder par une mesure d'expulsion. L'instance introduite devant la Section de l'immigration est assujettie, selon la commissaire, au même régime de protection des renseignements (prévu par la LIPR) que celui qui s'applique aux certificats de sécurité. Elle s'est par conséquent dite d'accord avec les avocats spéciaux pour affirmer qu'il n'y a pas de véritable différence entre les conséquences que comporte un certificat de sécurité et celles qu'entraîne une instance se déroulant devant la Section de l'immigration en vertu de l'alinéa 34(1)f).

[21] For good measure, the Immigration Division did point out one real difference between security certificate cases and section 86 proceedings in the context of an admissibility hearing. As the Board member noted, in the case of a security certificate, the deportation order is issued first by the Minister. The relevance, reliability and sufficiency of the Minister's information are then challenged by the special advocates in the context of the closed proceedings. The order is reversed in the case of an admissibility hearing, where the relevance, reliability and sufficiency of the Minister's information is challenged by special advocates during the closed proceedings involving the section 86 portion of the admissibility hearing. This would occur prior to any final determination as to whether or not the person concerned is inadmissible and, therefore, should be issued a deportation order. That being said, the Immigration Division found that distinction of no significance, as the ultimate determination made by the Federal Court in a security certificate proceeding and by the Immigration Division in the context of an admissibility hearing, can produce the same result (i.e. the person is or is not inadmissible pursuant to section 34 of IRPA). Moreover, what happens at the closed and open proceedings before the Federal Court and the Immigration Division is virtually the same.

[22] Despite these similarities, the Minister had argued that as this is not a security certificate case, neither the Charter nor the disclosure requirements set out in *Charkaoui* No. 2 apply in an admissibility hearing before the Immigration Division. Relying on rule 3 [as amended by SOR/2004-167, s. 2; 2010-253, s. 2] of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 (Rules), which provides that "the Minister must provide ... any relevant information or document that the Minister may have", the Minister argued that there is no duty to disclose irrelevant material, nor to disclose more evidence or information to the special advocates than what would be disclosed to the person concerned.

[21] Par mesure de précaution, la Section de l'immigration a souligné qu'il existe une véritable différence entre les affaires portant sur des certificats de sécurité et l'instance prévue à l'article 86 dans le contexte d'une enquête. Ainsi que la commissaire l'a fait observer, dans le cas d'un certificat de sécurité, la mesure d'expulsion est d'abord prise par le ministre. La pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements du ministre sont ensuite contestées par les avocats spéciaux dans le cadre d'une audience à huis clos. Dans le cas d'une enquête, la mesure est annulée lorsque la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements du ministre sont contestées par les avocats spéciaux au cours de l'audience à huis clos où la partie de l'enquête porte sur une demande de divulgation de renseignements présentée en vertu de l'article 86. Cette étape survient avant le prononcé d'une décision définitive sur l'interdiction de territoire de l'intéressé et sur l'opportunité de prononcer une mesure d'expulsion contre lui. Ceci étant dit, la Section de l'immigration a conclu que la distinction était sans importance, puisque la décision définitive rendue par la Cour fédérale lorsqu'elle est saisie d'une instance portant sur un certificat de sécurité et celle que rend la Section de l'immigration dans le cadre d'une enquête sont susceptibles de produire le même résultat, en l'occurrence une décision déclarant ou non l'intéressé interdit de territoire par application de l'article 34 de la LIPR. Qui plus est, il se produit pratiquement la même chose lors des audiences à huis clos et des audiences publiques de la Cour fédérale et de la Section d'immigration.

[22] Malgré ces similitudes, le ministre a soutenu que, comme la présente affaire ne porte pas sur un certificat de sécurité, ni la Charte, ni les exigences en matière de divulgation énoncées dans l'arrêt *Charkaoui* n° 2 ne s'appliquaient lors d'une enquête de la Section de l'immigration. Se fondant sur la règle 3 [mod. par DORS/2004-167, art. 2; 2010-253, art. 2] des *Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229 (les Règles), qui l'oblige à transmettre « tout renseignement ou document pertinent en sa possession », le ministre a fait valoir qu'il n'était pas tenu de communiquer des renseignements ou des documents qui ne sont pas pertinents et qu'il n'est pas non plus tenu de divulguer aux

[23] The Immigration Division rejected the Minister's arguments, and found that the circumstances of the applicant are not those of a typical admissibility hearing for two reasons. First, she is a declared Convention refugee who was found to have a well-founded fear of persecution in Colombia. Second, she is the subject of an admissibility hearing where the Minister has applied for non-disclosure of information pursuant to section 86 of IRPA. Accordingly, the Board member determined that those characteristics made the applicant's case comparable to that of a security certificate, and that the same procedural protections that fundamental justice would require there, would also apply to the paragraph 34(1)(f) proceeding (at paragraphs 33–34):

Both procedures involve inadmissibility on security grounds, both procedures involve protected information that is not disclosed to the subject of the proceedings, both procedures are governed by the same statutory provisions regarding the protection of information, both procedures involve Special Advocates whose role and responsibilities are identical in both proceedings. There are, in my view, many more similarities between the two proceedings than there are differences.

In my view, the aforementioned distinguishing characteristics lead to a more apt comparison with the Security Certificate cases. Through the section 86 proceedings, Ms. Torres, potentially, is being denied the right to know the entire case to meet. I am more persuaded by the arguments of the Special Advocates in their submissions that Ms. Torres' case is more akin to the Security Certificate cases in that there is essentially no difference between the two proceedings. As such, since the procedural protections of section 7 of the *Charter* apply in the Security Certificate cases, so too should those same protections apply in this particular case.

avocats spéciaux plus d'éléments de preuve ou de renseignements que ceux qui seraient communiqués à l'intéressé.

[23] La Section de l'immigration a rejeté les arguments du ministre et a conclu que la situation de la demanderesse n'avait rien à voir avec une enquête typique, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, la demanderesse s'est vu reconnaître le statut de réfugiée au sens de la Convention au motif qu'elle craignait avec raison d'être persécutée en Colombie. En second lieu, elle faisait l'objet d'une enquête au cours de laquelle le ministre avait présenté une demande d'interdiction de divulguer des renseignements en vertu de l'article 86 de la LIPR. Par conséquent, la commissaire a estimé que ces caractéristiques faisaient en sorte que la situation de la demanderesse était comparable à celle d'une instance portant sur un certificat de sécurité et que les mêmes protections procédurales que la justice fondamentale exigerait en pareil cas s'appliquaient aussi à l'instance prévue à l'alinéa 34(1)f) (aux paragraphes 33 et 34) :

[TRADUCTION] Les deux instances visent l'interdiction de territoire pour des motifs de sécurité, les deux comportent des renseignements protégés qui ne sont pas divulgués à l'intéressé, les deux sont régies par les mêmes dispositions législatives relatives à la protection des renseignements, les deux font intervenir les avocats spéciaux dont le rôle et les responsabilités sont identiques dans les deux instances. Les deux instances comportent, à mon avis, beaucoup plus de similitudes que de différences.

J'estime que les caractéristiques susmentionnées démontrent la justesse de la comparaison avec les instances portant sur un certificat de sécurité. M<sup>me</sup> Torres risque, dans le cadre d'une instance fondée sur l'article 86, de se voir privée du droit de connaître toute la preuve qui pèse contre elle. Les arguments que les avocats spéciaux ont présentés dans le cadre de leurs observations selon lesquels le dossier de M<sup>me</sup> Torres s'apparente davantage aux dossiers portant sur les certificats de sécurité me convainquent davantage parce qu'il n'y a essentiellement aucune différence entre les deux instances. Comme les protections procédurales garanties par l'article 7 de la Charte s'appliquent aux instances en matière de certificats de sécurité, il y a donc lieu d'appliquer les mêmes protections en l'espèce.



## 2. Issues

[24] This application for judicial review raises two issues. The first one is whether this application is moot, in light of the decision made by the Immigration Division on May 12, 2011. The second is whether the Court should decline to rule on this application because it would be premature to do so.

## 3. Analysis

### (a) Mootness

[25] Counsel for the Minister argued that the application for judicial review is now moot as a result of the decision reached by the Immigration Division on May 12, 2011. It is suggested that the applicant's original complaint was with respect to the delay in having the Immigration Division determine whether her section 7 Charter rights were engaged in the proceedings. Member Funston having since found that the applicant's section 7 Charter rights are engaged in the paragraph 34(1)(f) proceeding and that the *Charkaoui* No. 2 decision should apply in the circumstances of this case, it is argued that the Immigration Division has made a decision on the Charter engagement issue, and that it is therefore moot for all intents and purposes.

[26] Of course, a court is always left with the discretion to hear a case even if the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at page 358 ff.). According to the respondent, however, the Court should not exercise its discretion to hear this moot judicial review, because the question in issue is specific to the applicant in this context and is not one of public importance. The respondent argues that the issue at bar arises sparingly, and is not one that is of a short duration and escapes review.

## 2. Questions en litige

[24] La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions. La première est celle de savoir si la demande est devenue théorique, compte tenu de la décision rendue par la Section de l'immigration le 12 mai 2011. La seconde est celle de savoir si la Cour devrait refuser de statuer sur la présente demande parce qu'il serait prématuré de le faire.

## 3. Analyse

### a) Caractère théorique

[25] L'avocat du ministre soutient que la présente demande de contrôle judiciaire est devenue théorique par suite de la décision rendue par la Section de l'immigration le 12 mai 2011. Il affirme qu'au départ, la demanderesse reprochait à la Section de l'immigration d'avoir tardé à se prononcer sur la question de savoir si les droits que lui reconnaît l'article 7 de la Charte entraient en jeu en l'espèce. Comme la commissaire Funston a depuis conclu que les droits reconnus à la demanderesse par l'article 7 de la Charte trouvaient application dans l'instance introduite en vertu de l'alinéa 34(1)f) et que l'arrêt *Charkaoui* n° 2 s'appliquait aux circonstances de l'espèce, l'avocat du ministre affirme que la Section de l'immigration s'est déjà prononcée sur la question de savoir si les droits garantis par la Charte s'appliquent et que cette question est par conséquent théorique à toutes fins utiles.

[26] Évidemment, il est toujours loisible à une cour de justice d'instruire une affaire même si le différend concret et tangible a disparu et que les questions en litige sont devenues purement théoriques (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), aux pages 358 et suivantes). Toutefois, suivant le défendeur, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à statuer sur une demande de contrôle judiciaire théorique, étant donné que la question en litige est propre au demandeur en pareil cas et qu'elle n'est pas d'intérêt public. Le défendeur soutient que la question en litige en l'espèce n'est que rarement soulevée et qu'on ne peut dire qu'elle est de courte durée et qu'elle échappe au contrôle judiciaire.

[27] I cannot agree with the respondent. It is true that, at some level, the latest decision of the Immigration Division does answer the applicant's claim that her admissibility hearing engages her section 7 rights. However, the argument she is making is at a more fundamental level. Her position is not only that the Charter is applicable to her case and that she is entitled to some procedural guarantees, which is the position that the special advocates seem to have taken in requesting full disclosure in accordance with *Charkaoui* No. 2; what she claims, in essence, is that the entire proceeding is in violation of the Charter because there is no valid basis for relying on secret evidence in her admissibility hearing.

[28] The main thesis of the applicant is that reliance on secret evidence in the context of an admissibility hearing before the Immigration Division breaches her right to full answer and defence and infringes her section 7 Charter rights. She further contends that the introduction of a special advocate regime was suggested as a possible cure to this Charter breach in *Charkaoui* No. 1, because the Supreme Court accepted that the protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective. It is in that context that the Supreme Court was prepared to accept that special advocates appointed to represent the interests of a named person would strike a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of an individual; in other words, a revamped security certificate regime with the introduction of special advocates could be found to minimally impair a named person's right. In the absence of a security threat, argues the applicant, a breach of her right to full answer and defence cannot be saved under section 1, even if she is represented in the closed proceedings by special advocates.

[27] Je ne puis souscrire à la thèse du défendeur. Il est vrai que, jusqu'à un certain point, la décision la plus récente de la Section de l'immigration répond à la prétention de la demanderesse suivant laquelle l'enquête dont elle fait l'objet fait entrer en jeu les droits que lui reconnaît l'article 7. L'argument qu'elle formule se situe toutefois à un niveau plus fondamental. La thèse de la demanderesse est, non seulement que la Charte s'applique à sa situation et qu'elle a droit à certaines garanties procédurales — thèse que les avocats spéciaux semblent également avoir adoptée pour réclamer la communication intégrale conformément à l'arrêt *Charkaoui* n° 2 —, mais aussi — et c'est là l'essentiel de sa thèse — que l'instance au complet viole la Charte parce qu'il n'y a aucun fondement valide permettant d'invoquer des éléments de preuve confidentiels au cours de l'enquête dont elle fait l'objet.

[28] La principale thèse de la demanderesse est que le fait de se fonder sur des éléments de preuve confidentiels dans le cadre d'une enquête de la Section de l'immigration porte atteinte à son droit à une défense pleine et entière et viole les droits que lui reconnaît l'article 7 de la Charte. Elle soutient en outre que le régime des avocats spéciaux aurait été adopté comme moyen possible de réparer cette violation de la Charte dans l'arrêt *Charkaoui* n° 1, étant donné que la Cour suprême a accepté que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources connexes en matière de renseignements constituaient assurément un objectif urgent et réel. C'est dans ce contexte que la Cour suprême était disposée à accepter que la désignation d'avocats spéciaux chargés de défendre les intérêts de personnes désignées permette de trouver un meilleur équilibre entre la protection de renseignements délicats et les droits procéduraux des intéressés. En d'autres termes, un régime remanié en matière de certificats de sécurité qui prévoyait la désignation d'avocats spéciaux pouvait être considéré comme constituant une atteinte minimale aux droits de la personne désignée. À défaut de menace à la sécurité, soutient la demanderesse, l'atteinte à son droit à une défense pleine et entière ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier, même si elle est représentée par des avocats spéciaux lors de l'audience à huis clos.

[29] One need not assess the strength of this argument, let alone rule on it, to determine whether the May 12, 2011 decision of the Immigration Board completely settles the argument put forward by the applicant. It clearly does not. The Board member accepted that the applicant's section 7 rights were engaged by virtue of the fact that she could be removed to a country where it has been established, she has a well-founded fear of persecution. The Board member was also prepared to accept that the denial of her right to know the entire case to meet infringes the principles of fundamental justice, just as in the context of a security certificate. She clearly did not go as far as saying that the use of secret evidence in admissibility hearings irremediably vitiates her Charter rights, in a manner that cannot be justified under section 1, irrespective of the procedural safeguards that are found in IRPA and the Rules and that can be ordered by the Immigration Division.

[30] It cannot be said that the issue raised initially by the applicant has become academic, or that the concrete and tangible dispute between the parties has disappeared. There is still an existing controversy between the applicant and the respondent with respect to the fundamental question that lies at the core of the applicant's thesis. The latest decision of the Immigration Division has partially addressed the applicant's argument, but it has not drawn the full consequences from the application of section 7 that the applicant would like it to draw—i.e., that the whole inadmissibility proceeding violates her constitutional rights given her particular circumstances, irrespective of any procedural safeguards she may benefit from.

[31] Before bringing this discussion to a close, it is worth quoting the following excerpt of *Borowski*, above, at page 353, where the Supreme Court articulates the rationale underlying the concept of mootness:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general

[29] Il n'est pas nécessaire d'évaluer la solidité de cet argument, et encore moins de statuer sur ce dernier, pour déterminer si la décision rendue le 12 mai 2011 par la Commission tranche complètement l'argument avancé par la demanderesse. De toute évidence, ce n'est pas le cas. La commissaire a accepté que les droits garantis à la demanderesse par l'article 7 entraînent en jeu en raison du fait qu'elle risquait d'être renvoyée dans un pays où il a été démontré qu'elle a raison de craindre d'être persécutée. La commissaire était également disposée à accepter que le fait pour la demanderesse d'être privée de son droit d'être mise au courant de la totalité de la preuve qu'elle devait réfuter porte atteinte aux principes de justice fondamentale tout comme dans le cas d'un certificat de sécurité. Elle n'est de toute évidence pas allée jusqu'à dire que l'utilisation d'éléments de preuve confidentiels lors d'une enquête portait irrémédiablement atteinte aux droits que lui confère la Charte d'une manière qui ne pourrait être justifiée en vertu de l'article premier, indépendamment des garanties procédurales que l'on trouve dans la LIPR et dans les Règles et qui peuvent être imposées par la Section de l'immigration.

[30] On ne peut pas dire que la question soulevée au départ par la demanderesse est devenue théorique ou que le différend concret et tangible entre les parties a disparu. Il existe encore un litige entre la demanderesse et le défendeur au sujet de la question fondamentale qui se situe au cœur de la thèse de la demanderesse. La décision la plus récente de la Section de l'immigration a eu pour effet de répondre en partie à l'argument de la demanderesse, mais la Section de l'immigration n'a toutefois pas tiré de l'application de l'article 7 toutes les conséquences que la demanderesse aurait souhaitées, c'est-à-dire que toute l'enquête viole les droits que lui reconnaît la Constitution, compte tenu de sa situation particulière, et ce, indépendamment des garanties procédurales dont elle peut par ailleurs jouir.

[31] Avant de clore le débat sur ce sujet, il vaut la peine de citer l'extrait suivant de l'arrêt *Borowski*, précité, à la page 353, dans lequel la Cour suprême explique la raison d'être du concept du caractère théorique :

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question

principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot.

[32] As I have demonstrated, despite the decision reached by the Immigration Division on May 12, 2011, there remains a real controversy between the parties. The overall conformity of this admissibility hearing with the values enshrined in the Charter is still very much at issue. Accordingly, mootness is not a valid basis upon which this Court ought to or may decline to rule on this application for judicial review.

(b) Prematurity

[33] Counsel for the applicant has argued since the inception of the proceedings before the Immigration Division that these proceedings are in violation of section 7 of the Charter and must therefore be stopped immediately. The gist of this argument is best captured by the following grounds raised in this application for leave and judicial review (at paragraphs 2–5):

The Supreme Court of Canada has held, in *Charkaoui*, that reliance on undisclosed evidence in certificate proceedings in the Federal Court contravened section 7 of the *Charter*, and that the specific procedure was not justified under s. 1 of the Charter. Section 86 of the current IRPA permits the Immigration Division to rely on the same powers the Federal Court holds under s. 83 of the IRPA in the Applicant's admissibility hearing. The Court is asked to declare that section 86 contravenes the *Charter* as the proceeding before the Immigration Division violates her rights under s. 7 of the *Charter* and is not justified under s. 1 of the *Charter*.

hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique.

[32] Ainsi que je l'ai démontré, malgré la décision rendue par la Section de l'immigration le 12 mai 2011, il existe toujours un litige entre les parties. La question de savoir si l'enquête est conforme de manière générale aux valeurs consacrées par la Charte se pose encore avec acuité. Par conséquent, le caractère théorique ne constitue pas une raison valable que notre Cour pourrait invoquer pour refuser de statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire.

b) Prématuration

[33] L'avocat de la demanderesse affirme depuis le début de l'instance introduite devant la Section de l'immigration que l'instance en question contrevient à l'article 7 de la Charte et qu'on doit y mettre fin sur-le-champ. On peut mieux comprendre l'essentiel de cet argument en citant les moyens suivants invoqués dans la présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire (aux paragraphes 2 à 5) :

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a jugé que le fait de se fonder sur des éléments de preuve non divulgués dans le cadre d'une instance relative à un certificat de sécurité introduite devant la Cour fédérale contrevient à l'article 7 de la Charte et que cette procédure spécifique ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Dans sa rédaction actuelle, l'article 86 de la LIPR permet à la Section de l'immigration d'invoquer les mêmes pouvoirs que ceux dont la Cour fédérale est investie en vertu de l'article 83 de la LIPR au cours de l'enquête dont la demanderesse fait l'objet. On demande à la Cour de déclarer que l'article 86 contrevient à la Charte au motif que l'instance introduite devant la Section de l'immigration viole les droits que l'article 7 de la Charte confère à la demanderesse et que cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

The Applicant's section 7 *Charter* right to security of the person is at stake in the admissibility hearing. The Supreme Court has determined in *Singh* that the right to security of the person is at stake in a refugee determination hearing. As the Board Member could ultimately rule that the Applicant, who is a Convention refugee and permanent resident, be ordered removed to her country of origin, her security is likewise at stake in the hearing. Furthermore, for a victim of torture who has been determined a Convention refugee, the threat of deportation is serious state-imposed psychological stress.

The Applicant is not alleged to be a security threat. There is no justification under s. 1 of the Charter, for refusal to apply s. 7 of the Charter in the context of her admissibility hearing.

Sections 86 and 83 of the IRPA do not permit her to engage in full answer and defence. The provision of a Special Advocate is not a substitute for permitting full answer and defence. As the Applicant's right to security of the person is at stake, and limitation of her rights is not made out under s. 1 of the Charter, there should be no derogation of her right to full answer and defence.

[34] Counsel for the applicant also initially argued that another important distinction between an inadmissibility proceeding and a security certificate lies in the fact that the adjudicator of an inadmissibility proceeding is not necessarily a lawyer or law school graduate. The implication being, of course, that a ruling by an Immigration Division member with no legal training would violate the applicant's right to natural justice. Subsequently, counsel abandoned this argument.

[35] As previously mentioned, the Board member refused to rule on that broad submission in her March 4, 2011 decision, preferring to leave it until she had heard all the evidence and submissions with respect to the applicant's admissibility.

[36] Counsel for the applicant forcefully submitted before this Court that there is no reason to wait any longer before ruling on this issue. It was argued that the applicant has already been trapped in endless litigation for the past six years, enduring the severe stress

Le droit à la sécurité de sa personne garanti à la demanderesse par l'article 7 de la Charte est en cause lors de l'enquête. La Cour suprême a jugé, dans l'arrêt *Singh*, que le droit à la sécurité de sa personne est en jeu dans une audience portant sur la reconnaissance du statut de réfugié. Comme la commissaire pouvait en fin de compte ordonner le renvoi dans son pays d'origine de la demanderesse, qui est une réfugiée au sens de la Convention et une résidente permanente, la sécurité de la demanderesse est également en jeu lors de l'enquête. De plus, dans le cas d'une victime de torture à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu, le risque d'expulsion constitue un stress psychologique sérieux infligé par l'État.

Il n'est pas allégué que la demanderesse constitue une menace à la sécurité de l'État. Le refus d'appliquer l'article 7 de la Charte dans le cadre de l'enquête dont la demanderesse fait l'objet ne saurait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte.

Les articles 86 et 83 de la LIPR ne permettent pas à la demanderesse de présenter une défense pleine et entière. La présence d'un avocat spécial ne saurait remplacer le droit de la demanderesse à une défense pleine et entière. Comme son droit à la sécurité de sa personne est en jeu et qu'une restriction de ses droits ne saurait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte, on ne doit pas priver la demanderesse de son droit à une défense pleine et entière.

[34] L'avocat de la demanderesse faisait également valoir au départ qu'il existait une autre importante distinction entre une enquête et un certificat de sécurité du fait que, dans le cas de l'enquête, l'arbitre n'est pas nécessairement un avocat ou un diplômé en droit. Il s'ensuit naturellement qu'une décision rendue par un membre de la Section de l'immigration qui n'a aucune formation juridique violerait le droit de la demanderesse à la justice naturelle. L'avocat a depuis laissé tomber cet argument.

[35] Comme nous l'avons déjà mentionné, la commissaire a refusé de se prononcer sur cette vaste question dans sa décision du 4 mars 2011, préférant attendre d'avoir pris connaissance de l'ensemble de la preuve et des arguments portant sur l'interdiction de territoire de la demanderesse avant de se prononcer.

[36] L'avocat de la demanderesse a soutenu énergiquement devant notre Cour qu'il n'y a aucune raison d'attendre plus longtemps avant de trancher cette question. Il affirme que la demanderesse est aux prises depuis six ans avec un litige qui traîne devant les

of such a situation, and that her psychological well-being will be profoundly affected by a determination stripping her of Canada's protection, branding her as a "terrorist" and threatening her with potential removal. It is also contended that the applicant has been financially drained of any means she had to pay for her legal fees, and that it would be a waste of energy and resources to go through the admissibility proceedings if ever the Board member or this Court eventually agrees with the applicant.

[37] As much as the Court sympathizes with the applicant's plight, and despite the skilful arguments put forward by her counsel, there is no legal justification for this Court to intervene at this stage of the proceedings before the Immigration Division. I feel bound to agree with the respondent that the Board's decision of March 4, 2011 is an interlocutory decision that is not, as such, reviewable on judicial review (see, for example: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraph 31).

[38] The Immigration Division undoubtedly possesses the jurisdiction both to determine the Charter issues raised by the applicant and to grant relief if it determines that there has been an infringement to the applicant's rights. Not only is it a court of competent jurisdiction pursuant to subsection 24(1) of the Charter, but subsection 162(1) of IRPA grants each Division of the Board sole and exclusive jurisdiction to hear and determine questions of law and fact, including questions of jurisdiction. Moreover, rule 47 [as am. by SOR/2004-167, s. 12(F)] of the Rules specifically addresses the procedure for challenging the constitutional validity, applicability or operability of any legislative provision under IRPA. The Immigration Division is clearly empowered to deal with the Charter arguments raised by the applicant, in light of the seminal decisions of the Supreme Court (see, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 and *Tétreault-Gadoury v. Canada*

tribunaux, qu'elle a dû endurer l'énorme stress que lui cause cette situation et que son bien-être psychologique sera profondément affecté advenant le cas où elle ferait l'objet d'une décision la privant de la protection du Canada, l'étiquetant comme « terroriste » et l'exposant à un éventuel renvoi. L'avocat de la demanderesse soutient également que sa cliente a épuisé toutes les ressources dont elle disposait pour payer ses frais de justice, ajoutant que le fait de procéder à l'enquête si jamais la commissaire ou la Cour donnait finalement gain de cause à la demanderesse constituerait un gaspillage d'énergie et de ressources.

[37] Bien que la Cour soit sensible à la situation difficile dans laquelle se retrouve la demanderesse et en dépit de l'habile argumentation de son avocat, il n'y a rien en droit qui justifierait notre Cour d'intervenir à cette étape de l'instance qui se déroule devant la Section de l'immigration. Force m'est de convenir avec le défendeur que la décision du 4 mars 2011 de la Commission constitue une décision interlocutoire qui n'est pas susceptible de contrôle judiciaire (voir, par exemple, le jugement *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, au paragraphe 31).

[38] La Section de l'immigration possède incontestablement la compétence à la fois de trancher les questions soulevées par la demanderesse en vertu de la Charte et d'accorder une réparation si elle estime que les droits de la demanderesse ont été violés. Non seulement la Section de l'immigration constitue-t-elle un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte, mais en plus, le paragraphe 162(1) de la LIPR confère à chacune des sections de la Commission compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie. De plus, l'article 47 [mod. par DORS/2004-167, art. 12(F)] des Règles traite expressément de la procédure à suivre pour contester la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, de toute disposition législative de la LIPR. La Section de l'immigration est de toute évidence habilitée à statuer sur les moyens tirés de la Charte que la demanderesse a soulevés, compte tenu des arrêts de principe rendus en la matière par la Cour suprême

(*Employment and Immigration Commission*), [1991] 2 S.C.R. 22). According to these decisions, administrative tribunals endowed with the power to decide questions of law, have the authority to resolve constitutional questions that are inextricably linked to matters properly before them, unless such questions have been explicitly withdrawn from their jurisdiction.

[39] Recently confronted with the same issue, I held that it is preferable for this Court, as a matter of policy, to rule on Charter issues on the basis of a full evidentiary record and of an informed decision by the administrative tribunal tasked with the responsibility to make findings of fact and law (see *Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240). I reiterate what I then said in this respect (at paragraph 27):

The Supreme Court has held that tribunals with expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide the constitutionality of their statutory provisions, and should play a primary role in determining Charter issues within their jurisdiction. Writing for the majority in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at paragraph 16, Justice La Forest captured the usefulness and the value of a tribunal's factual findings when considering a constitutional question in the following terms (quoted with approval by Mr. Justice Gonthier, for a unanimous Court, in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 30):

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical... The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance.

(*Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22). Suivant ces arrêts, les tribunaux administratifs qui sont investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont compétence pour résoudre des questions constitutionnelles qui sont inextricablement liées aux questions dont ils sont régulièrement saisis, à moins que ces questions aient été explicitement soustraites à leur compétence.

[39] Récemment saisi de la même question, j'ai jugé qu'il était préférable, en principe, que notre Cour ne se prononce sur les questions relatives à la Charte que si elle dispose d'un dossier de preuve complet et d'une décision éclairée rendue par le tribunal administratif chargé de tirer des conclusions de fait et de droit (*Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240). Je répète ce que j'ai alors dit à ce propos (au paragraphe 27) :

[TRADUCTION] La Cour suprême a statué que les tribunaux jouissant à la fois de l'expertise et de la compétence nécessaires pour trancher des questions de droit sont mieux placés pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions législatives les régissant et devraient jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la Charte relevant de leur compétence. S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, au paragraphe 16, le juge La Forest a décrit comme suit l'utilité et la valeur des conclusions de fait d'un tribunal administratif dans l'examen d'une question constitutionnelle (extrait cité avec approbation par M. le juge Gonthier, au nom des juges unanimes, dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 30) :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. [...] Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable.

[40] This approach is all the more appropriate in the context of an application for judicial review, where the Court's mandate is to assess the propriety of the Immigration Division's decision on the issues that it has decided. It would be contrary to the rationale underlying judicial review for a court to pronounce on an issue before the administrative decision maker had the opportunity to consider it.

[41] The March 4, 2011 decision of the Immigration Division is an interlocutory decision, which does not purport to rule definitively either on the merits of the paragraph 34(1)(f) allegation nor on the issue of the Charter applicability to those proceedings. Moreover, there are no special circumstances warranting the immediate judicial review of this interlocutory decision. It does not cause the applicant immediate prejudice that is not capable of being remedied by the administrative tribunal at some later juncture or by this Court, on judicial review of the final decision.

[42] Moreover, it is a well-established principle that Courts should refrain from deciding constitutional issues when it is not strictly required in order to determine a case (see, for example: *Borowski*, above, at pages 363–365; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at pages 1579–1580; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at pages 1099–1102). Not only should courts avoid ruling on allegations of Charter infringements in a factual vacuum, but the ultimate decision on the merit may well render an assessment of the Charter issues unnecessary.

[43] This is precisely the approach that has been followed by this Court in the comparable security certificate context. As pointed out by counsel for the respondent, this Court has refused to assess section 7 Charter claims when insufficient facts to properly assess them are not present. In *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, Chief Justice Lutfy [as he then was] found that it would be premature to rule on a motion challenging the

[40] Ce raisonnement s'applique d'autant plus dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire dans laquelle la mission de la Cour consiste à évaluer le bien-fondé de la décision rendue par la Section de l'immigration sur les questions qu'elle a tranchées. Il serait contraire à la raison d'être du contrôle judiciaire qu'une cour de justice se prononce sur une question avant que le tribunal administratif n'ait eu la possibilité de l'examiner.

[41] La décision du 4 mars 2011 est une décision interlocutoire par laquelle la Section de l'immigration ne prétendait pas se prononcer de façon définitive sur le bien-fondé de l'allégation relative à l'alinéa 34(1)f) pas plus que sur la question de l'applicabilité de la Charte à cette instance. Qui plus est, il n'existe en l'espèce aucune circonstance spéciale qui justifierait le contrôle judiciaire immédiat de cette décision interlocutoire. Notre refus d'intervenir ne cause à la demanderesse aucun préjudice immédiat qui ne pourrait être corrigé plus tard par le tribunal administratif compétent ou par notre Cour, advenant le cas où elle serait saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision définitive.

[42] Il est par ailleurs de jurisprudence constante que les cours de justice doivent s'abstenir de trancher des questions constitutionnelles lorsque cette mesure n'est pas strictement nécessaire pour pouvoir disposer de l'affaire (voir, par exemple, les arrêts *Borowski*, précités, aux pages 363 à 365; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, aux pages 1579 et 1580; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, aux pages 1099 à 1102). Non seulement les cours de justice devraient-elles éviter de se prononcer sur des allégations de violation de la Charte dans un vide factuel, mais la décision finale sur le fond peut fort bien rendre inutile l'examen des questions relatives à la Charte.

[43] C'est précisément la démarche que notre Cour a suivie dans le contexte comparable de l'examen du certificat de sécurité. Ainsi que l'avocat du défendeur l'a souligné, notre Cour a refusé de statuer sur des moyens tirés de l'article 7 de la Charte alors qu'elle ne disposait pas de suffisamment de faits pour pouvoir les évaluer correctement. Dans l'affaire *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497, le juge en chef Lutfy [tel était alors



requirement that communications among special advocates and other persons must be judicially authorized for lack of conformity with the Charter. Having quashed the security certificate, Justice Mosley eventually found it unnecessary to consider the issue (*Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163). In *Harkat (Re)*, 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432, Justice Noël followed the same course of action ruling on the Charter issues only after having decided on the merits of the security certificate (*Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251 (*Re Harkat*)).

[44] On the basis of the foregoing, the Immigration Division member was similarly justified to reserve her decision on the broad Charter issue until she had the necessary factual foundation to rule on it. She did not close the door on that argument, but merely postponed its assessment until the entirety of the process pursuant to which the applicant's admissibility had run its course. Such an approach was entirely legitimate and sensible. Section 85.4 [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA grants the member some flexibility in the administration of the non-disclosure regime, and it is only upon completion of the process mandated by section 83, that it will be possible to assess whether the applicant's right to a fair hearing is compromised. To rule on the constitutionality of the scheme in the abstract would allow an interlocutory motion to take on a life of its own. This in turn may be totally unnecessary and unwarranted if the Immigration Division dismisses the allegation advanced by the Minister on the merit.

[45] Finally, it is worth mentioning that the applicant devotes most of her submissions to the issue of section 7 applicability. The applicant says very little as to why the use of the non-disclosure regime pursuant to section 86 of IRPA, in the context of an admissibility hearing, would infringe the principles of fundamental justice. Beyond stating boldly that the Supreme Court in *Charkaoui* No. 2, above, accepted a limitation on the right to make full answer and defence in the context of

son titre] a conclu qu'il serait prématuré de statuer sur une requête contestant la règle exigeant que les communications entre les avocats spéciaux et d'autres personnes soient autorisées par le juge au motif que cette exigence n'était pas conforme à la Charte. Après avoir annulé le certificat de sécurité, le juge Mosley a finalement conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question (*Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163). Dans l'affaire *Harkat (Re)*, 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432, le juge Noël a suivi le même raisonnement et ne s'est prononcé sur la question relative à la Charte qu'après s'être prononcé sur le bien-fondé du certificat de sécurité (*Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251 (*Re Harkat*)).

[44] Vu ce qui précède, la commissaire de la Section de l'immigration était pareillement justifiée d'attendre, pour se prononcer sur la vaste question relative à la Charte, de disposer du fondement factuel nécessaire pour être en mesure de se prononcer. Elle n'a pas écarté la possibilité d'examiner cet argument, mais elle en a tout simplement retardé l'examen jusqu'au dénouement de l'enquête dont la demanderesse faisait l'objet. Cette façon de procéder était tout à fait légitime et logique. L'article 85.4 [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR accorde au commissaire une certaine souplesse en ce qui concerne l'administration du régime d'interdiction de divulgation et ce n'est qu'une fois achevé le processus exigé par l'article 83 qu'il sera possible de se demander si le droit de la demanderesse à une audience équitable a été compromis. Statuer dans l'abstrait sur la constitutionnalité du régime ferait en sorte qu'une requête interlocutoire prendrait trop d'importance, ce qui pourrait s'avérer totalement inutile et injustifié advenant le cas où la Section de l'immigration rejeterait sur le fond l'allégation avancée par le ministre.

[45] Enfin, il vaut la peine de mentionner que la demanderesse consacre la plus grande partie de son argumentation à l'applicabilité de l'article 7. La demanderesse est fort peu loquace sur l'utilisation du régime d'interdiction de divulgation prévu à l'article 86 de la LIPR dans le contexte d'une audience et sur les raisons pour lesquelles cette utilisation porterait atteinte aux principes de justice fondamentale. Hormis le fait qu'il affirme énergiquement que la Cour suprême du Canada

security certificates on the basis of a security threat, counsel for the applicant offers very little explanation as to why the non-disclosure regime revamped by Parliament in the wake of that decision, which has been found to be in compliance with the Charter in *Re Harkat*, above, and in *Jaballah (Re)*, 2010 FC 79, [2011] 2 F.C.R. 145, would run afoul of the principles of fundamental justice in the context of admissibility proceedings. Without prejudging the issue, the alternative rationale suggested by the respondent—that the need to protect sensitive information is the pressing objective of section 86—cannot be ruled out as a possible justification of any impairment to the right to full answer and defence. The respondent has not put forward any evidence pertaining to section 1 of the Charter, as no infringement of section 7 has yet been found. This Court therefore should refrain from ruling on this issue, even if the declaration sought by the applicant is limited to her specific fact situation.

[46] This application for judicial review is therefore dismissed.

[47] As agreed at the hearing, the parties are invited to submit serious questions of general importance. They shall have 15 days to do so and an additional 5 days to comment on the questions submitted, if any.

[48] As for the applicant's request that the non-publication order of my colleague Justice Mactavish be maintained, it has not been opposed by the respondent and shall be granted. As a result, the following pages of the certified tribunal record shall not be published:

1547-1551	2272-2275	2766-2776
1561-1584	2317-2323	2805-2811
1599-1600	2325	2830-2832
1609-1620	2396-2399	3197-3241
1648	2666-2687	3366-3381
1654	2688-2689	3788-4004
1656	2698-2699	4340-4356

a, dans l'arrêt *Charkaoui* n° 2, précité, accepté de restreindre le droit à une défense pleine et entière dans le contexte des certificats de sécurité lorsqu'il existe une menace pour la sécurité, l'avocat de la demanderesse offre très peu d'explications quant aux raisons pour lesquelles le régime d'interdiction de divulgation que le législateur a remanié dans la foulée de cet arrêt et qui a été jugé conforme à la Charte dans l'arrêt *Re Harkat*, précité, et dans le jugement *Jaballah (Re)*, 2010 CF 79, [2011] 2 R.C.F. 145, irait à l'encontre des principes de justice fondamentale dans le cas d'une enquête. Sans préjuger la question, on ne peut écarter le moyen subsidiaire que le défendeur a avancé — à savoir que la nécessité de protéger les renseignements délicats constitue l'objectif urgent de l'article 86 — et qui pourrait éventuellement justifier une atteinte au droit à une défense pleine et entière. Le défendeur n'a soumis aucun élément de preuve au sujet de l'article premier de la Charte, étant donné qu'aucune atteinte à l'article 7 n'a encore été constatée. Notre Cour devrait donc s'abstenir de se prononcer sur cette question, et ce, même si le jugement déclaratoire sollicité par la demanderesse ne vaut que pour sa situation factuelle spécifique.

[46] La présente demande de contrôle judiciaire est par conséquent rejetée.

[47] Ainsi qu'il a été convenu à l'audience, les parties sont invitées à soumettre des questions graves de portée générale à certifier. Elles auront 15 jours pour le faire et 5 jours additionnels pour formuler leurs observations au sujet des questions qui pourraient être soumises.

[48] En ce qui concerne la demande de confirmation de l'ordonnance d'interdiction de publication de ma collègue la juge Mactavish, le défendeur ne s'est pas opposé à la demande de la demanderesse. Je vais donc y faire droit. Par conséquent, les pages suivantes du dossier certifié du tribunal ne seront pas publiées :

1547-1551	2272-2275	2766-2776
1561-1584	2317-2323	2805-2811
1599-1600	2325	2830-2832
1609-1620	2396-2399	3197-3241
1648	2666-2687	3366-3381
1654	2688-2689	3788-4004
1656	2698-2699	4340-4356

1699-1717	2703-2714	4369-4373	1699-1717	2703-2714	4369-4373
2061-2063	2724-2725	4751-4769	2061-2063	2724-2725	4751-4769
2078-2084	2728-2758		2078-2084	2728-2758	

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application for judicial review is dismissed. The parties shall have 15 days to submit questions of general importance for certification purposes, and an additional 5 days to comment on the questions submitted, if any.

THIS COURT ALSO ORDERS THAT the following pages of the certified tribunal record shall not be published:

1547-1551	2272-2275	2766-2776
1561-1584	2317-2323	2805-2811
1599-1600	2325	2830-2832
1609-1620	2396-2399	3197-3241
1648	2666-2687	3366-3381
1654	2688-2689	3788-4004
1656	2698-2699	4340-4356
1699-1717	2703-2714	4369-4373
2061-2063	2724-2725	4751-4769
2078-2084	2728-2758	

## JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit rejetée. Les parties auront 15 jours pour soumettre des questions graves de portée générale à certifier, à la suite de quoi elles auront 5 jours additionnels pour formuler leurs observations au sujet des questions qui pourraient être soumises.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT QUE les pages suivantes du dossier certifié du tribunal ne soient pas publiées :

1547-1551	2272-2275	2766-2776
1561-1584	2317-2323	2805-2811
1599-1600	2325	2830-2832
1609-1620	2396-2399	3197-3241
1648	2666-2687	3366-3381
1654	2688-2689	3788-4004
1656	2698-2699	4340-4356
1699-1717	2703-2714	4369-4373
2061-2063	2724-2725	4751-4769
2078-2084	2728-2758	

2011 FC 1432  
T-1057-11

2011 CF 1432  
T-1057-11

**Friends of the Canadian Wheat Board, Harold Bell, Daniel Gauthier, Ken Eshpeter, Terry Boehm, Lyle Simonson, Lynn Jacobson, Robert Horne, Wilf Harder, Laurence Nicholson, Larry Bohdanovich, Keith Ryan, Andy Baker, Norbert Van Deynze, William Acheson, Luc Labossiere, William Nicholson and Rene Saquet** (*Applicants*)

**Friends of the Canadian Wheat Board, Harold Bell, Daniel Gauthier, Ken Eshpeter, Terry Boehm, Lyle Simonson, Lynn Jacobson, Robert Horne, Wilf Harder, Laurence Nicholson, Larry Bohdanovich, Keith Ryan, Andy Baker, Norbert Van Deynze, William Acheson, Luc Labossiere, William Nicholson et Rene Saquet** (*demandeurs*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, the Minister of Agriculture and Agri-Food in his capacity as Minister responsible for the Canadian Wheat Board and the Canadian Wheat Board** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire en sa qualité de ministre responsable de la Commission canadienne du blé, et la Commission canadienne du blé** (*défendeurs*)

and

et

**Council of Canadians, ETC Group (Action Group on Erosion, Technology and Concentration), Public Service Alliance of Canada and Food Secure Canada** (*Interveners*)

**Le Conseil des Canadiens, ETC Group (groupe d'action et de recherche sur l'érosion, la technologie et la concentration), l'Alliance de la Fonction publique du Canada et Sécurité alimentaire Canada** (*intervenants*)

T-1735-11

T-1735-11

**The Canadian Wheat Board, Allen Oberg, Rod Flaman, Cam Goff, Kyle Korneychuk, John Sandborn, Bill Toews, Stewart Wells and Bill Woods** (*Applicants*)

**La Commission canadienne du blé, Allen Oberg, Rod Flaman, Cam Goff, Kyle Korneychuk, John Sandborn, Bill Toews, Stewart Wells et Bill Woods** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Agriculture and Agri-Food in his capacity as Minister responsible for the Canadian Wheat Board** (*Respondent*)

**Le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire en sa qualité de ministre responsable de la Commission canadienne du blé** (*défendeur*)

and

et

**PCSC — Producer Car Shippers of Canada Inc., Logan Connor, Leonard Gluska, Bill Woods, Myron Finlay, Howard Vincent, Glen Harris, and Tim Coulter** (*Interveners*)

**PCSC — Producer Car Shippers of Canada Inc., Logan Connor, Leonard Gluska, Bill Woods, Myron Finlay, Howard Vincent, Glen Harris, et Tim Coulter** (*intervenants*)

**INDEXED AS: *FRIENDS OF THE CANADIAN WHEAT BOARD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)***

Federal Court, Campbell, J.—Winnipeg, December 6 and 7, 2011.

\* Editor’s Note: This decision has been reversed on appeal (A-470-11, A-471-11, 2012 FCA 183). The reasons for judgment, handed down June 18, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Agriculture — Judicial reviews requesting declarations that respondent Minister of Agriculture and Agri-Food’s conduct affront to rule of law — Minister reorganizing Canadian Wheat Board (CWB), grain marketing system — Canadian Wheat Board Act, s. 47.1 requiring Minister to consult, gain consent of CWB member producers — Applicants arguing Minister having obligation to consult, hold vote before introducing bill — Minister arguing s. 47.1 only referring to addition, subtraction of grains from regime — Whether Minister breaching process requirements of s. 47.1 — Issuance of breach declarations fair, just — Intent of Parliament in s. 47.1 not to alter CWB without consultation, consent — Act requiring consultation for both addition or subtraction of grains, change to CWB structure — Applications allowed.*

*Construction of Statutes — Declarations sought that respondent Minister of Agriculture and Agri-Food’s conduct affront to rule of law — Minister reorganizing Canadian Wheat Board (CWB), grain marketing system — Canadian Wheat Board Act, s. 47.1 requiring Minister to consult, gain consent of CWB member producers — Appropriate test herein interpretation of Act in contextual, grammatical, ordinary sense in harmony with scheme, object of Act, intent of Parliament — Contextual historical approach with respect to unique democratic nature of CWB compelling — Intent of Parliament in s. 47.1 not to alter CWB without consultation, consent — Intent of s. 47.1 to require Minister to consult, gain consent where addition or subtraction of grains, change to democratic structure of CWB contemplated.*

**RÉPERTORIÉ : *FRIENDS OF THE CANADIAN WHEAT BOARD c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)***

Cour fédérale, juge Campbell—Winnipeg, 6 et 7 décembre 2011.

\* Note de l’arrêtiſte : Cette décision a été infirmée en appel (A-470-11, A-471-11, 2012 CAF 183). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 18 juin 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Agriculture — Contrôles judiciaires sollicitant un jugement déclarant que la conduite du défendeur, le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire, constitue un affront à la primauté du droit — Le ministre a réorganisé la Commission canadienne du blé (CCB) et le régime de commercialisation du grain — L’art. 47.1 de la Loi sur la Commission canadienne du blé exige du ministre qu’il entreprenne un processus de consultation et qu’il obtienne le consentement des producteurs membres de la CCB — Les demandeurs ont soutenu que le ministre est tenu de procéder à une consultation et de conduire un scrutin avant de présenter un projet de loi — Le ministre a soutenu que l’art. 47.1 ne renvoie qu’à l’inclusion ou à l’exclusion de grains du régime — Il s’agissait de savoir si le ministre a contrevenu aux exigences procédurales prévues à l’art. 47.1 — Le prononcé de la déclaration de violation est juste et équitable — L’intention du législateur, en adoptant l’art. 47.1, était que la CCB ne puisse être modifiée sans la tenue d’une consultation et le consentement des producteurs — La Loi exige la tenue d’une consultation tant pour l’inclusion que pour l’exclusion de grains du régime et pour l’apport de modifications à la structure de la CCB — Demandes accueillies.*

*Interprétation des lois — Sollicitations de jugement déclarant que la conduite du défendeur, le ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire, constitue un affront à la primauté du droit — Le ministre a réorganisé la Commission canadienne du blé (CCB) et le régime de commercialisation du grain — L’art. 47.1 de la Loi sur la Commission canadienne du blé exige du ministre qu’il entreprenne un processus de consultation et qu’il obtienne le consentement des producteurs membres de la CCB — Le critère applicable à l’interprétation de la Loi en l’espèce est qu’il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte, et 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 — L’approche historique et contextuelle de la nature démocratique unique de la CCB et de l’importance de cet organisme est convaincante — L’intention du législateur, lorsqu’il a adopté l’art. 47.1, était que la CCB ne puisse être modifiée sans la consultation et le consentement des producteurs — L’art. 47.1 visait à exiger du ministre qu’il procède à une consultation et qu’il obtienne le*

These were applications for judicial review requesting declarations that the respondent Minister of Agriculture and Agri-Food's conduct was an affront to the rule of law.

The Minister introduced a bill in Parliament to reorganize the governance structure of the Canadian Wheat Board (CWB) and the grain marketing system by replacing the centralized marketing system with marketing freedom for farmers. Section 47.1 of the *Canadian Wheat Board Act* required the Minister to engage in a consultative process with the CWB and to gain the consent of Western Canadian wheat and barley producers with respect to the process of marketing grains.

The applicants argued, *inter alia*, that, based on a proper contextual interpretation, the intention of Parliament, and the ordinary sense of the broad wording of section 47.1, the Minister was obligated to consult with the CWB and to hold a producer vote prior to introducing the bill. The Minister argued that the correct interpretation should be limited to the clear wording of section 47.1, which referred only to the addition or subtraction of particular grains from the marketing regime.

At issue was whether the Minister breached the process requirements of section 47.1.

*Held*, the applications should be allowed.

It was fair and just to issue the breach declaration on each application. The appropriate test in determining whether the Minister breached the law was to read the words of the Act in their entire context and in the grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the Act, and the intention of Parliament. The contextual historical approach with respect to the unique democratic nature of the CWB and its importance is compelling when applying the interpretation test. The CWB's longstanding democratic marketing practices were significant and fundamental, and were strongly supported by the grain producers in Western Canada. Section 47.1 applied to changes in the structure of the CWB because the democratic structure was important to Canada's international trade obligations under the North American Free Trade Agreement. This was an important consideration that supported the argument that Parliament's intention in section 47.1 was not to alter the structure of the CWB without consultation and consent. However, the correct interpretation of section 47.1 includes both the applicants' and the

*consentement des producteurs dans les cas où il envisage l'inclusion ou l'exclusion de grains ainsi que la modification à la structure démocratique de la CCB.*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que la conduite du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire constitue un affront à la primauté du droit.

Le ministre a présenté au Parlement un projet de loi visant à réorganiser la structure de gouvernance de la Commission canadienne du blé (CCB) et l'ensemble du régime centralisé de commercialisation du grain, qui devait être remplacé par un régime considéré de libre choix. L'article 47.1 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* exige du ministre qu'il entreprenne un processus de consultation auprès de la CCB et qu'il obtienne le consentement des producteurs de blé et d'orge de l'Ouest canadien quant aux changements proposés à l'actuel processus de commercialisation du grain.

Les demandeurs soutenaient notamment que, eu égard à l'interprétation contextuelle appropriée, à l'intention du législateur, et au sens ordinaire du libellé large employé à l'article 47.1, le ministre a l'obligation de consulter la CCB et de tenir un scrutin auprès des producteurs avant de présenter un projet de loi. Le ministre a soutenu que la bonne interprétation devrait se limiter au langage clair employé à l'article 47.1, qui renvoie seulement à l'inclusion ou à l'exclusion de grains du régime de commercialisation.

Il s'agissait de savoir si le ministre a contrevenu aux exigences procédurales prévues à l'article 47.1.

*Jugement* : les demandes doivent être accueillies.

Il était juste et équitable de prononcer une déclaration de violation pour chacune des demandes. Le critère applicable en l'espèce pour déterminer si le ministre a violé la loi était de lire les termes de la Loi dans leur contexte global et 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. Lorsqu'on applique ce critère d'interprétation, l'approche historique et contextuelle de la nature démocratique unique de la CCB et de l'importance de cet organisme est convaincante. Les pratiques démocratiques de longue date de la CCB en matière de commercialisation sont importantes et jouissent d'un important appui des producteurs de grain de l'Ouest canadien. L'article 47.1 s'applique au changement de la structure de la CCB parce que l'aspect démocratique de cette structure revêt une importance dans le contexte des obligations en matière de commerce international du Canada au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain. Il s'agissait d'une considération importante qui étaye l'argument que l'intention du législateur, lorsqu'il a adopté

Minister's perspectives. By construing the liberal interpretation of the Act that best ensures the attainment of its objects, the Act was intended to require the Minister to consult and gain consent where an addition or subtraction of particular grains from the marketing regime was contemplated, and also in respect of a change to the democratic structure of the CWB.

l'article 47.1, était que la structure de la CCB ne puisse être modifiée sans la consultation et le consentement des producteurs. Toutefois, la bonne interprétation de l'article 47.1 tient compte des perspectives des demandeurs et du ministre. En retenant une interprétation libérale de la Loi qui est compatible avec la réalisation de son objet, on conclut que la Loi visait à exiger du ministre qu'il procède à une consultation et qu'il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l'inclusion ou l'exclusion de grains au régime de commercialisation, ainsi que la modification à la structure démocratique de la CCB.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-18, *An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2011, cl. 39.
- 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].
- Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 5 (as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 28(E)), 47.1 (as enacted *idem*, s. 25).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

- Reece v. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199, 335 D.L.R. (4th) 600, [2011] 11 W.W.R. 1; *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.

#### AUTHORS CITED

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
- House of Commons Debates*, Vol. 135, 1st Sess., 36th Parl. (February 17, 1998), at p. 3979 (Hon. Goodale).

#### 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].
- Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 5 (mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 28(A)), 47.1 (édicte, *idem*, art. 25).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3)(b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Projet de loi C-18, *Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 2011, art. 39.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Reece v. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199, 335 D.L.R. (4th) 600, [2011] 11 W.W.R. 1; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170.

#### DOCTRINE CITÉE

- Débats de la Chambre des Communes*, vol. 135, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> Lég. (17 février 1998), à la p. 3979 (L'hon. Goodale).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

APPLICATIONS for judicial review requesting declarations that the respondent Minister of Agriculture and Agri-Food's conduct was an affront to the rule of law. Applications allowed.

DEMANDES de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que la conduite du défendeur, le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire, constitue un affront à la primauté du droit. Demandes accueillies.

#### APPEARANCES

*Anders Bruun* for applicants in docket T-1057-11.

*Joel Katz* for respondents Attorney General of Canada and the Minister of Agriculture and Agri-Food in his capacity as Minister responsible for the Canadian Wheat Board in docket T-1057-11.

*John Lorn McDougall, Q.C.* and *Matthew Fleming* for respondent the Canadian Wheat Board in docket T-1057-11.

*Steven Shrybman* for interveners in docket T-1057-11.

*John Lorn McDougall, Q.C.*, *Matthew Fleming* and *James E. McLandress* for applicants in docket T-1735-11.

*Joel Katz* for respondent in docket T-1735-11.

*John B. Martens* and *Colin R. MacArthur, Q.C.* for interveners in docket T-1735-11.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Anders Bruun*, Winnipeg, for applicants in docket T-1057-11.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Attorney General of Canada (in docket T-1057-11) and the Minister of Agriculture and Agri-Food in his capacity as Minister responsible for the Canadian Wheat Board (in dockets T-1057-11 and T-1735-11).

*Fraser Milner Casgrain LLP*, Toronto, for respondent the Canadian Wheat Board in docket T-1057-11 and applicants in docket T-1735-11.

*James E. McLandress*, Winnipeg, for applicants in docket T-1735-11.

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, for interveners in docket T-1057-11.

*Aikins, MacAulay & Thorvaldson LLP*, Winnipeg, for interveners in docket T-1735-11.

#### ONT COMPARU

*Anders Bruun* pour les demandeurs dans le dossier T-1057-11.

*Joel Katz* pour les défendeurs, le procureur général du Canada et le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire en sa qualité de ministre responsable de la Commission canadienne du blé dans le dossier T-1057-11.

*John Lorn McDougall, c.r.* et *Matthew Fleming* pour le défendeur, la Commission canadienne du blé dans le dossier T-1057-11.

*Steven Shrybman* pour les intervenants dans le dossier T-1057-11.

*John Lorn McDougall, c.r.*, *Matthew Fleming* et *James E. McLandress* pour les demandeurs dans le dossier T-1735-11.

*Joel Katz* pour le défendeur dans le dossier T-1735-11.

*John B. Martens* et *Colin R. MacArthur, c.r.*, pour les intervenants dans le dossier T-1735-11.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Anders Bruun*, Winnipeg, pour les demandeurs dans le dossier T-1057-11.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs, le procureur général du Canada (dans le dossier T-1057-11), et le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire en sa qualité de ministre responsable de la Commission canadienne du blé (dans les dossiers T-1057-11 et T-1735-11).

*Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L.*, Toronto, pour le défendeur, la Commission canadienne du blé, dans le dossier T-1057-11, et les demandeurs dans le dossier T-1735-11.

*James E. McLandress*, Winnipeg, pour les demandeurs dans le dossier T-1735-11.

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, pour les intervenants dans le dossier T-1057-11.

*Aikins, MacAulay & Thorvaldson LLP*, Winnipeg, pour les intervenants dans le dossier T-1735-11.



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

[1] CAMPBELL J.: The present applications concern the rule of law and the disregard for it by the respondent Minister of Agriculture (the Minister).

[2] The law concerned is section 47.1 [as enacted by S.C. 1998, c. 17, s. 25] of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 (the Act) which requires the Minister to engage in a consultative process with the Canadian Wheat Board (CWB) and to gain the consent of Western Canadian wheat and barley producers with respect to proposed changes to the currently well-established process of marketing the grains in Canada. At the present time, contrary to the requirements of section 47.1, the Minister is unilaterally proceeding to revolutionize the process by securing the imminent passage of legislation.

[3] A most recent reminder of the rule of law as a fundamental constitutional imperative is expressed by Chief Justice Fraser in *Reece v. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199, at paragraphs 159 and 160:

The starting point is this. The greatest achievement through the centuries in the evolution of democratic governance has been constitutionalism and the rule of law. The rule *of* law is not the rule *by* laws where citizens are bound to comply with the laws but government is not. Or where one level of government chooses not to enforce laws binding another. Under the rule of law, citizens have the right to come to the courts to enforce the law as against the executive branch. And courts have the right to review actions by the executive branch to determine whether they are in compliance with the law and, where warranted, to declare government action unlawful. This right in the hands of the people is not a threat to democratic governance but its very assertion. Accordingly, the executive branch of government is not its own exclusive arbiter on whether it or its delegatee is acting within the limits of the law. The detrimental consequences of the executive branch of government defining for itself — and by itself — the scope of its lawful power have been revealed, often bloodily, in the tumult of history. [Italics in original.]

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

[1] LE JUGE CAMPBELL : Les présentes demandes concernent la primauté du droit et le mépris de ce principe par le défendeur, le ministre de l'Agriculture (le ministre).

[2] La disposition en question est l'article 47.1 [édicte par L.C. 1998, ch. 17, art. 25] de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24 (la Loi), lequel exige du ministre qu'il entreprenne un processus de consultation auprès de la Commission canadienne du blé (la CCB) et qu'il obtienne le consentement des producteurs de blé et d'orge de l'Ouest canadien quant aux changements proposés à l'actuel processus bien établi de commercialisation du grain au Canada. En ce moment, le ministre révolutionne ce processus de manière unilatérale en s'assurant de l'adoption imminente d'une loi, ce qui va à l'encontre des exigences prévues à l'article 47.1.

[3] Un récent rappel quant à l'impératif constitutionnel fondamental que constitue la primauté du droit a été formulé par la juge en chef Fraser, aux paragraphes 159 et 160 de l'arrêt *Reece v. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199 :

[TRADUCTION] Voici le point de départ. Au cours des nombreux siècles d'évolution de la démocratie, les plus grandes avancées ont été l'implantation du constitutionnalisme et de la primauté du droit. La primauté *du* droit, ce n'est pas l'État qui se donne le droit d'adopter *des* lois qu'il impose à ses citoyens, mais pas à lui-même, ou qui soustrait une autre entité gouvernementale à des lois qui lui sont applicables par ailleurs. La primauté du droit permet aux citoyens de s'adresser aux tribunaux pour faire appliquer les lois à l'encontre du pouvoir exécutif. Les tribunaux ont le pouvoir d'examiner les mesures prises par le pouvoir exécutif pour juger si ces mesures sont conformes à la loi et, s'ils l'estiment justifié, ils peuvent déclarer illégale la mesure prise par l'État. Ce droit, qui appartient à la population, ne constitue pas une menace à la gouvernance démocratique, mais en est plutôt l'affirmation même. Par conséquent, le pouvoir exécutif de l'État ne juge pas lui-même la légalité de ses actes ou de ceux de ses délégués. Les cas dans l'histoire où le pouvoir exécutif a lui-même établi, à ses propres fins, l'étendue de ses pouvoirs ont souvent entraîné des conséquences sanglantes. [En italique dans l'original.]

When government does not comply with the law, this is not merely non-compliance with a particular law, it is an affront to the rule of law itself. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[4] The applicants each request a declaration that the Minister's conduct is an affront to the rule of law. For the reasons that follow, I have no hesitation in granting this request.

### I. The Scheme of the Act

[5] The CWB is a corporation without share capital that is charged by section 5 [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 28(E)] of the Act with the statutory objective to market "in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada." The scheme of the Act is as follows: by Part III [ss. 31–44], the CWB is required to buy all wheat and barley produced in Manitoba, Saskatchewan, Alberta, and the Peace River District of British Columbia; Part IV [ss. 45–46] prohibits any person other than the CWB from exporting, transporting from one province to another, selling or buying wheat or barley, subject to limited exceptions established by the Act or its regulations; and Part V [ss. 47–47.1] establishes the mechanisms by which the CWB's marketing authority may be altered, and contains section 47.1, the interpretation of which is at the centre of the present applications:

Minister's  
obligation

**47.1** The Minister shall not cause to be introduced in Parliament a bill that would exclude any kind, type, class or grade of wheat or barley, or wheat or barley produced in any area in Canada, from the provisions of Part IV, either in whole or in part, or generally, or for any period, or that would extend the application of Part III or Part IV or both Parts III and IV to any other grain, unless

(a) the Minister has consulted with the board about the exclusion or extension; and

(b) the producers of the grain have voted in favour of the exclusion or extension, the voting

Lorsqu'un État ne se conforme pas à la loi, il ne s'agit pas simplement d'une violation à une loi donnée : il s'agit d'un affront même à la primauté du droit. [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[4] Les demandeurs sollicitent tous un jugement déclarant que la conduite du ministre constitue un affront à la primauté du droit. Pour les motifs qui suivent, je n'ai aucune hésitation à accueillir les présentes demandes.

### I. L'esprit de la Loi

[5] La CCB est une personne morale sans capital-actions qui a pour mission, conformément à l'article 5 [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 28(A)] de la Loi, « d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada ». L'esprit de la Loi est le suivant : selon la partie III [art. 31 à 44], la CCB a l'obligation d'acheter tout le blé et l'orge produit au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta ainsi que dans le district de Peace River, en Colombie-Britannique; la partie IV [art. 45 à 46] prévoit que seule la CCB peut exporter, transporter d'une province à une autre, vendre ou acheter du blé ou de l'orge, sous réserve des exceptions établies par la Loi ou ses règlements; la partie V [art. 47 à 47.1] établit les mécanismes par lesquels les pouvoirs de la CCB en matière de commercialisation peuvent être modifiés et renferme l'article 47.1, dont l'interprétation est au cœur des présentes demandes :

Obligation  
du ministre

**47.1** Il ne peut être déposé au Parlement, à l'initiative du ministre, aucun projet de loi ayant pour effet, soit de soustraire quelque type, catégorie ou grade de blé ou d'orge, ou le blé ou l'orge produit dans telle région du Canada, à l'application de la partie IV, que ce soit totalement ou partiellement, de façon générale ou pour une période déterminée, soit d'étendre l'application des parties III et IV, ou de l'une d'elles, à un autre grain, à moins que les conditions suivantes soient réunies :

a) il a consulté le conseil au sujet de la mesure;

b) les producteurs de ce grain ont voté — suivant les modalités fixées par le ministre —

process having been determined by the Minister. [Emphasis added.]

en faveur de la mesure. [Non souligné dans l'original.]

The “board” referred to in paragraph 47.1(a) is that of the CWB charged under the Act to direct and manage the business and affairs of the Corporation (the Board). The “producers” referred to in paragraph 47.1(b) are those persons that farm grain in the area named in Part III (the Producers).

Le « conseil » auquel renvoie l'alinéa 47.1a) est le conseil d'administration de la CCB, que la Loi investit de la direction et de l'administration des affaires de la Commission (le conseil). Les producteurs auxquels renvoie l'alinéa 47.1b) sont les personnes qui cultivent le grain dans la région désignée à la partie III (les producteurs).

## II. The Introduction of Bill C-18

## II. La présentation du projet de loi C-18

[6] On October 18, 2011, the Minister introduced in Parliament Bill C-18: *An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts* (Marketing Freedom for Grain Farmers Act). The name of the legislation proposed in Bill C-18 accurately states the nature of the changes to the governance structure of the CWB, and, indeed, the whole system of the marketing of grain in Canada; what is considered to be marketing freedom for grain farmers will replace the present centralized marketing system.

[6] Le 18 octobre 2011, le ministre a présenté au Parlement le projet de loi C-18 : *Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois* (Loi sur le libre choix des producteurs de grains en matière de commercialisation). Le titre de la loi proposé par le projet de loi C-18 énonce de manière précise la nature des changements à la structure de gouvernance de la CCB et, par le fait même, à l'ensemble du régime de commercialisation du grain au Canada; un régime considéré de libre choix pour les producteurs de grain en matière de commercialisation remplacera l'actuel régime centralisé de commercialisation.

[7] At the present time, Bill C-18 has passed second reading at the Senate and is before the Standing Senate Committee [on Agriculture and Forestry].

[7] À ce stade-ci, le projet de loi C-18 a franchi l'étape de la deuxième lecture au Sénat et est maintenant devant le Comité sénatorial permanent [de l'agriculture et des forêts].

## III. Issues

## III. Questions en litige

[8] The present applications are simple in nature; they are directed at an examination of the Minister's conduct with respect to the requirements of section 47.1. The applicants confirm that the validity of Bill C-18, and the validity and effects of any legislation which might become law as a result of Bill C-18 are not in issue in the present applications.

[8] Les présentes demandes sont simples; elles visent à ce que la conduite du ministre soit examinée à la lumière des exigences prévues à l'article 47.1. Les demandeurs confirment que la validité du projet de loi C-18, ainsi que la validité et les effets de toute disposition qui pourrait être promulguée des suites du projet de loi C-18, n'est pas en cause dans les présentes demandes.

[9] The applicants make it clear that their applications are no threat to the sovereignty of Parliament to pass legislation. The controversy in the present case arises

[9] Les demandeurs indiquent clairement que leurs demandes ne constituent pas une menace à la souveraineté du Parlement d'adopter des lois. Le litige dans la

from the Act, legislation that Parliament has already passed. Section 47.1 contains conditions which are known in law as “manner and form” procedural requirements. This form of limitation on the exercise of legislative power is well recognized in law. At paragraph 34 of the Producer Car Shippers argument, attention is directed to the following passages from Professor Hogg’s text, *Constitutional Law of Canada* (5th ed., Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007) (motion record of Producer Car Shippers, Tab 10):

Would the Parliament or a Legislature be bound by *self-imposed* rules as to the “manner and form” in which statutes were to be enacted? The answer, in my view, is yes.

...

Thus, while the federal Parliament or a provincial Legislature cannot bind itself as to the substance of future legislation, it can bind itself as to the manner and form of future legislation.

...

It seems implausible that a legislative body should be disabled from making changes to its present structure and procedures. Moreover, the case-law, while not conclusive, tends to support the validity of self-imposed manner and form requirements. [Footnotes omitted.]

[10] The Minister has attempted to argue that section 47.1 does not meet the requirements of a “manner and form” provision. I dismiss this argument and find any debate on “manner and form” is not properly before the Court for determination. Section 47.1 is presumed to be constitutionally valid, and no argument challenging this presumption has been properly presented in the present applications; to do so would require notice of a constitutional question which has not been given. Thus, as the judicial review applications are framed, the sole question for determination is: did the Minister breach the process requirements of section 47.1, and if so, what relief, if any, should be granted? The answer to this question requires a statutory interpretation analysis.

présente affaire découle de la Loi, une loi que le législateur a déjà adoptée. L’article 47.1 contient des conditions, qui sont connues en droit comme étant des « exigences de forme » procédurales. Cette forme de restriction à l’exercice du pouvoir législatif est bien établie en droit. Producer Car Shippers, au paragraphe 34 de ses observations, souligne les passages suivants, tirés de l’ouvrage *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007) du professeur Hogg (dossier de requête de Producer Car Shippers, onglet 10) :

[TRADUCTION] Le législateur, ou une législature, seraient-ils liés par des règles qu’ils auraient *eux-mêmes* adoptées quant aux « exigences de forme » de la promulgation d’une loi? Je suis d’avis que oui.

[...]

Donc, bien que le législateur fédéral ou une législature provinciale ne puissent se lier quant au fond des lois futures, ils peuvent se lier quant à la forme des lois futures.

[...]

Il semble invraisemblable qu’un organe législatif n’ait pas la capacité d’apporter des changements à ses actuelles structures et procédures. De plus, la jurisprudence, bien qu’elle ne soit pas unanime, tend à soutenir la validité des exigences de forme que le législateur s’est lui-même imposées. [Renvois omis.]

[10] Le ministre a tenté de faire valoir que l’article 47.1 ne répond pas aux critères d’une disposition édicte des « exigences de forme ». Je rejette cet argument et estime que la Cour n’a pas à trancher de questions liées aux « exigences de forme » dans la présente affaire. La validité constitutionnelle de l’article 47.1 est présumée; aucun argument remettant en question cette présomption n’a été soulevé en bonne et due forme dans le cadre des présentes demandes et un tel argument aurait nécessité un avis de question constitutionnelle qui n’a pas été donné en l’espèce. Par conséquent, comme il est mentionné dans les demandes de contrôle judiciaire, les seules questions à trancher sont les suivantes : le ministre a-t-il contrevenu aux exigences procédurales prévues à l’article 47.1, et, dans l’affirmative, quelles mesures de réparation, s’il en est, devraient être octroyées? La réponse à cette question requiert une analyse d’interprétation de la loi.

#### IV. The Applications

[11] Both the CWB and the Producers place heavy reliance on the democratic process instrumental in the marketing of grain under the Act. The present applications have been launched to protect the process and the separate, but conforming interests, of the Producers under T-1057-11 and the CWB under T-1735-11.

[12] It is an undisputed fact that the Minister tendered Bill C-18 without conducting the consultation and gaining the consent expressed in section 47.1 of the Act. As expressed by Chief Justice Fraser in the quote above: “courts have the right to review actions by the executive branch to determine whether they are in compliance with the law and, where warranted, to declare government action unlawful.” Thus, I find that the Minister’s decision to not comply with the conditions expressed in section 47.1, prior to tabling Bill C-18, is judicially reviewable pursuant to paragraph 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as amended, s. 14)].

[13] As a result, the issue is whether the factual and legal basis has been established for making declarations that state fault on the part of the Minister. Each application supports the making of a fault finding. The CWB supports the Producers’ argument in T-1057-11 and makes its own argument on similar lines in T-1735-11. The CWB confirms this point as follows (written representations of the Canadian Wheat Board in T-1735-11, paragraph 9):

Although the Applications are framed somewhat differently, there is significant overlap between the parties to, and the relief sought in, the Applications. At their core, the Applications are each premised on the failure of the Minister to comply with his statutory duty under section 47.1 of the Act.

#### IV. Les demandes

[11] Autant la CCB que les producteurs mettent fortement l’accent sur le processus démocratique qui, au titre de la Loi, joue un rôle important dans la commercialisation du grain. Les présentes demandes ont été déposées dans le but de protéger ce processus ainsi que les intérêts distincts, mais convergents, des producteurs dans le dossier T-1057-11, et de la CCB dans le dossier T-1735-11.

[12] Il n’est pas contesté que le ministre a présenté le projet de loi C-18 sans avoir procédé à la consultation et sans avoir obtenu le consentement, éléments prévus à l’article 47.1 de la Loi. Comme l’a exprimé le juge en chef Fraser dans la citation susmentionnée : [TRADUCTION] « Les tribunaux ont le pouvoir d’examiner les mesures prises par le pouvoir exécutif pour juger si ces mesures sont conformes à la loi et, s’ils l’estiment justifié, ils peuvent déclarer illégale la mesure prise par l’État ». Par conséquent, je conclus que la décision du ministre de ne pas se conformer aux conditions prévues à l’article 47.1, avant de déposer le projet de loi C-18, est susceptible de contrôle judiciaire en application de l’alinéa 18.1(3)b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., idem, art.14)].

[13] La question est donc de savoir si les fondements factuels et juridiques pour rendre des jugements déclarant que le ministre a commis une faute sont établis. Chacune des demandes étaye le prononcé d’une conclusion de faute. La CCB appuie l’argument que les producteurs avancent dans T-1057-11 et formule ses propres arguments, quelque peu similaires, dans T-1735-11. La CCB confirme ce point de vue de la manière suivante (observations écrites de la Commission canadienne du blé, dossier T-1735-11, paragraphe 9) :

[TRADUCTION] Bien que les demandes soient formulées quelque peu différemment, il y a un chevauchement considérable entre les demandes des parties et les mesures de réparation sollicitées. À la base, les demandes sont toutes les deux fondées sur le fait que le ministre ne se soit pas conformé à son obligation légale prévue à l’article 47.1 de la Loi.

[14] However, each applicant frames the request for declaratory relief in a slightly different way. The applicants in T-1057-11 express the claim for relief as follows (amended notice of application dated November 8, 2011):

(a) a declaration that the Minister breached his statutory duty to consult with the Board and conduct a vote of wheat and barley producers as to whether they agree with the removal of wheat and barley from the application of Part IV of the Act and with the elimination of the CWB's exclusive statutory marketing mandate (Breach Declaration);

and

(b) a declaration that the Minister breached the duty of fairness and acted contrary to the legitimate expectations of producers in causing the Bill to be introduced in Parliament without first consulting with the Board and with producers through a producer vote (Legitimate Expectation Declaration).

And in T-1735-11, the applicants express the request this way (notice of application dated October 26, 2011):

(a) a declaration that the Minister failed to comply with his statutory duty pursuant to section 47.1 of the Act, to consult with the Board and to hold a producer vote, prior to the causing to be introduced in Parliament Bill C-18, *An Act to reorganize the Canadian Wheat Board and to make consequential and related amendments to certain Acts* ("Bill") (Breach Declaration);

and

(b) a declaration that the Minister has acted in breach of the legitimate expectations of the CWB, the Board and producers, and contrary to the duty of fairness, in causing to be introduced in Parliament the Bill without first consulting with the Board and holding a producer vote (Legitimate Expectation Declaration);

[15] By consent, given the conjunction of both applications, and the consolidated argument filed by the Minister in response, it is appropriate to determine each application with a separate order, but on the basis of the present single set of consolidated reasons which addresses the core arguments which have equal application to both.

[14] Cependant, chacune des demandes de jugement déclaratoire est formulée de manière quelque peu différente. Dans T-1057-11, les demandeurs formulent ainsi leur demande de réparation (avis de demande modifié daté du 8 novembre 2011) :

[TRADUCTION] a) un jugement déclarant que le ministre a violé son obligation légale de consulter le conseil d'administration et celle de conduire un scrutin auprès des producteurs de blé et d'orge quant à la question de savoir s'ils consentent à soustraire le blé et l'orge de l'application de la partie IV de la Loi et à abolir le pouvoir exclusif de la CCB en matière de commercialisation (déclaration de violation);

et

b) un jugement déclarant que le ministre a manqué à son devoir d'équité et a agi à l'encontre des attentes légitimes des producteurs en présentant le projet de loi au Parlement, sans avoir préalablement consulté le conseil d'administration et les producteurs au moyen d'un scrutin (déclaration quant à l'attente légitime).

Et dans T-1735-11, les demandeurs formulent la demande de la manière suivante (avis de demande daté du 26 octobre 2011) :

[TRADUCTION] a) un jugement déclarant que le ministre a violé son obligation légale, prévue à l'article 47.1 de la Loi, de consulter le conseil d'administration et de tenir un scrutin parmi les producteurs, avant de présenter au Parlement le projet de loi C-18, *Loi réorganisant la Commission canadienne du blé et apportant des modifications corrélatives et connexes à certaines lois* (le projet de loi), (déclaration de violation);

et

b) un jugement déclarant que le ministre a agi contrairement aux attentes légitimes de la CCB, du conseil d'administration et des producteurs, ainsi qu'au devoir d'équité, en présentant le projet de loi au Parlement sans avoir préalablement consulté le conseil d'administration et tenu un scrutin parmi les producteurs (déclaration quant à l'attente légitime);

[15] Par consentement, compte tenu des demandes parallèles et des observations combinées produites par le ministre en réponse, il y a lieu de trancher les demandes en rendant une ordonnance distincte sur chacune d'elles; ces ordonnances reposent toutefois sur les présents motifs conjoints, qui traitent des arguments centraux des deux demandes.

[16] Two interventions have been permitted: that of the Council of Canadians, and ETC Group, the Public Service Alliance of Canada and Food Secure Canada (the Council); and that of the Producer Car Shippers of Canada Inc. *et al.* (Producer Car Shippers). The Council maintains an interest in food sovereignty, food safety, food security, and the important role that the CWB plays in maintaining and protecting those interests, and has permission to address how section 47.1 is to be interpreted in accord with NAFTA [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] and 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]]. The Producer Car Shippers maintain an interest in protecting the rights and investments of grain producers who ship their own grain, and have permission to address the application of the “manner and form” doctrine with respect to section 47.1 of the Act.

## V. Breach of the Law Challenge

### A. *The Test for Statutory Interpretation*

[17] Whether the Minister breached the law is a matter of statutory interpretation and consideration of the Minister’s conduct against that interpretation. I agree with the applicants that an appropriate test to be applied in the present applications is as follows (applicants’ memorandum of fact and law in T-1735-11, paragraph 44):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in the grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (*Canada 3000 Inc, Re: Inter-Canadian (1991) Inc (Trustee of)*, 2006 SCC 24 at para. 36; *Bell ExpressVu Ltd Partnership v Rex*, 2002 SCC 42 at para. 26).

[16] Deux interventions ont été permises : celle du Conseil des canadiens, de ETC Group, de l’Alliance de la fonction publique du Canada et de Sécurité alimentaire Canada (le Conseil), ainsi que celle de Producer Car Shippers of Canada Inc. *et al.* (Producer Car Shippers). Le Conseil détient un intérêt dans la souveraineté alimentaire, la salubrité alimentaire et la sécurité alimentaire, ainsi que dans l’important rôle que joue la CCB dans le maintien et la protection de ces intérêts; il a la permission de traiter de l’interprétation de l’article 47.1, eu égard à l’ALÉNA [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] et à 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]]. Producer Car Shippers détient un intérêt dans la protection des droits et des investissements des producteurs de grain qui livrent leurs propres récoltes; elle a la permission de traiter de l’application de la doctrine des « exigences de forme » à l’égard de l’article 47.1 de la Loi.

## V. Contestation quant à la violation de la loi

### A. *Le critère applicable à l’interprétation de la loi*

[17] La question de savoir si le ministre a violé la loi relève de l’interprétation législative et de l’appréciation de la conduite du ministre eu égard à cette interprétation. Je souscris à l’observation des demandeurs voulant que le critère applicable en l’espèce soit le suivant (mémoire des faits et du droit des demandeurs au dossier T-1735-11, paragraphe 44) :

[TRADUCTION] Dorénavant, il n’y a qu’un seul principe, une seule approche; il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global et 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 (*Canada 3000 Inc, Re : Inter-Canadien (1991) Inc (Syndic de)*, 2006 CSC 24, au paragraphe 36; *Bell ExpressVu Ltd Partnership c Rex*, 2002 CSC 42, au paragraphe 26).

### B. *The Applicants' Argument*

[18] The applicants argue that (applicants' memorandum of fact and law in T-1735-11, paragraph 45):

Properly interpreted in the context in which s. 47.1 and the 1998 amendments were adopted and the object underlying their enactment, as well as the intention of Parliament, the ordinary sense of the broad wording employed in s. 47.1 demonstrates that the Minister is obligated to consult with the CWB and to hold a producer vote prior to causing to be introduced in Parliament a bill that alters the CWB's exclusive marketing mandate; by causing the Bill to be introduced, the Minister breached his statutory duty.

[19] Thus, to the applicants, history is important. The Act was first introduced in 1935, and in 1943 the CWB became a "single desk" which means the CWB became the sole marketing agency for western Canadian wheat. This authority was extended to oats and barley in 1949, though the marketing of oats was subsequently removed from the CWB's exclusive jurisdiction in 1989. Throughout this period government-appointed commissioners managed the CWB; however, in 1998, legislative amendments were introduced to improve the CWB's marketing mandate and structure to introduce democratic governance and greater accountability. The amendments transferred control of the CWB to the farmers by creating a board of directors. Since 1998, two-thirds of the members of the board are elected directly by the grain producers. Section 47.1 was also implemented at that time.

[20] Based on the historical context, the applicants make the following arguments with respect to the purpose of section 47.1 and the scheme and the object of the Act (applicants' memorandum of fact and law in T-1735-11, paragraphs 47, 48, 50, and 58):

In this case, the 1998 Amendments and section 47.1 were adopted in response to increasing calls for greater farmer control

### B. *La prétention des demandeurs*

[18] Les demandeurs prétendent que (mémoire des faits et du droit des demandeurs au dossier T-1735-11, paragraphe 45) :

[TRADUCTION] Lorsqu'on l'interprète correctement, eu égard au contexte dans lequel l'article 47.1 et les modifications apportées en 1998 ont été adoptés, à l'objet qui sous-tendait l'adoption de ces dispositions ainsi qu'à l'intention du législateur, le sens ordinaire du libellé large employé à l'article 47.1 démontre que le ministre a l'obligation de consulter la CCB et de tenir un scrutin auprès des producteurs avant de présenter au Parlement un projet de loi qui a pour effet de modifier les pouvoirs exclusifs de la CCB en matière de commercialisation. Le ministre a violé l'obligation que lui impose la loi en présentant le projet de loi.

[19] Les demandeurs attachent donc une grande importance à l'histoire. La Loi a d'abord été adoptée en 1935 et en 1943, la CCB est devenue un « guichet unique », ce qui signifie que la CCB est devenue le seul organisme de commercialisation du blé produit dans l'Ouest canadien. Ce pouvoir exclusif a été élargi à l'avoine et à l'orge, quoique la commercialisation de l'avoine ait subséquemment été exclue de la compétence exclusive de la CCB en 1989. Pendant cette période, des commissaires nommés par le gouvernement dirigeaient la CCB; cependant, en 1998, des modifications à la loi ont été adoptées afin d'améliorer le mandat de la CCB en matière de commercialisation ainsi que sa structure, en y introduisant des aspects de gouvernance démocratique ainsi qu'une responsabilité accrue. Les modifications transféraient le contrôle de la CCB aux agriculteurs par la création d'un conseil d'administration. Depuis 1998, les deux tiers des membres du conseil d'administration sont directement élus par les producteurs de grains. L'article 47.1 a aussi été adopté à cette époque.

[20] Compte tenu du contexte historique, les demandeurs présentent les arguments suivants au sujet de l'objectif de l'article 47.1 ainsi que de l'esprit et de l'objet de la Loi (mémoire des faits et du droit des demandeurs au dossier T-1735-11, paragraphes 47, 48, 50 et 58) :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, les modifications de 1998 et l'article 47.1 ont été adoptés en réaction aux demandes



over the CWB's operations and marketing mandate, including the demands of some for dual marketing.

The creation of the Board, the majority of which was farmer-elected, and the adoption of section 47.1 were in response to "the reasonable expectations of a majority of western grain producers" and were aimed at empowering farmers. The purpose of section 47.1 was to ensure that "producers should be in control of any future changes to the [CWB's] mandate".

...

The bill creates a dual marketing system in which Part IV, containing the prohibitions on the export or interprovincial sale of wheat and barley, is repealed, but the CWB remains as a purchaser of grain. Section 47.1 was enacted by Parliament to ensure that the Minister consulted with the Board and with producers prior to introducing legislation to implement this very system.

...

The purpose of the 1998 Amendments is clear. The consistent themes underlying the amendments were democracy, accountability, flexibility and empowerment for farmers. Similarly, the purpose of section 47.1 was to ensure that "farmers, not government, would be in control of any future change to the [CWB's] marketing authority", including the implementation of dual marketing and the elimination of the Single Desk.

[21] With respect to the intention of Parliament in introducing section 47.1, from the body of evidence presented by the applicants, I find the following statements of the former Minister responsible for the CWB to be particularly cogent:

House of Commons, October 7, 1997:

Virtually every marketing innovation which farmers have debated over the past several years will be possible under this new law. In a nutshell, that is what Bill C-4 is all about, empowering producers, enshrining democratic authority which has never existed before, providing new accountability, new flexibility and responsiveness, and positioning farmers to

accrues des agriculteurs en vue d'obtenir un plus grand contrôle sur les activités de la CCB et sur son mandat en matière de commercialisation, y compris certaines demandes pour que la responsabilité en matière de commercialisation soit partagée.

La création du conseil d'administration, dont la majorité des membres étaient élus par les agriculteurs, ainsi que l'adoption de l'article 47.1 visaient à répondre aux « attentes raisonnables de la majorité des producteurs de grain de l'Ouest canadien » et à doter les agriculteurs d'un pouvoir décisionnel. L'objectif de l'article 47.1 était de garantir que « les producteurs aient le contrôle sur tout changement éventuel au mandat de la [CCB] ».

[...]

Le projet de loi crée un régime de partage de la responsabilité en matière de commercialisation, dans lequel la partie IV, qui contient les interdictions en matière d'exportation et de vente interprovinciale du blé et d'orge, est abrogée, mais la CCB demeure un acheteur de grain. L'article 47.1 a été adopté par le législateur pour s'assurer que le ministre consulte le conseil d'administration ainsi que les producteurs avant de présenter des mesures législatives visant à mettre en œuvre ce régime.

[...]

L'objectif des modifications de 1998 est clair. Les grands thèmes qui sous-tendaient les modifications sont la démocratie, la responsabilité, la souplesse et le renforcement des pouvoirs des agriculteurs. Dans la même veine, l'objectif de l'article 47.1 était de garantir que « les agriculteurs, et non le gouvernement, aient le contrôle sur toute modification éventuelle à la compétence de la [CCB] en matière de commercialisation », y compris la mise en œuvre d'un régime de responsabilité partagée en matière de commercialisation et l'élimination du guichet unique.

[21] J'estime que les déclarations de l'ancien ministre reproduites ci-dessous, tirées des éléments de preuve présentés par les demandeurs, constituent un portrait clair de l'intention du législateur lorsque celui-ci a adopté l'article 47.1 :

Chambre des communes, le 7 octobre 1997 :

Presque toutes les innovations dont les agriculteurs débattent depuis des années en ce qui a trait à la commercialisation seront possibles grâce à cette nouvelle mesure législative. Ainsi donc, le projet de loi C-4 vise essentiellement à conférer des pouvoirs aux producteurs, à instaurer enfin à la commission une instance démocratique, à permettre à cet organisme de répondre

shape the kind of wheat board they want for the future. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, para. 38, Exhibit 7.]

House of Commons, February 17, 1998:

Such a change would have eliminated the problematic clauses while respecting and enshrining the fundamental principle of democratic producer control;

...

Tonight, at long last, Bill C-4 will come to a vote at third reading. Its passage will signal an era of change for the future. Its major themes are democracy, accountability, flexibility and empowerment for farmers.

Farmers will take control. They will have it within their authority to shape their marketing agency as they see fit. I have complete confidence in the judgment of producers to exercise their new authority with strength, wisdom and prudence to the greater and greater success of the prairie farm economy and prairie farmers most especially. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, para. 40, Exhibit 9; emphasis added.]

Senate Committee, May 5, 1998:

The amendment would require that if any future minister responsible for the [CWB] decides that it is appropriate public policy to change the mandate of the [CWB], to make it either bigger or smaller, it would be up to him to make that policy determination. But he would be required to conduct a vote in advance to obtain the consent of farmers. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, para. 42, Exhibit 11.]

[22] In addition, the former Minister repeatedly confirmed that section 47.1 requires a Producer vote if a proposed change is “significant or fundamental”:

Policy Statement, “Changes in Western Grain Marketing”, October 7, 1996:

The proposed legislation will provide for future mandate changes contingent upon the formal considered advice of the CWB board of directors and, if a quality control issue is involved, the formal certification by the Canadian Grain Commission that a change can in fact be made without jeopardizing the world-renowned Canada reputation for high quality,

mieux aux besoins, de rendre davantage de comptes et d’être plus souple, et à adapter la commission selon les désirs des agriculteurs. [Affidavit d’Allen Oberg, le 15 septembre 2011, paragraphe 38, pièce 7.]

Chambre des communes, le 17 février 1998 :

Un tel amendement aurait permis de faire disparaître les clauses contestées, tout en respectant le principe fondamental du contrôle démocratique par les producteurs.

[...]

Ce soir, le projet de loi C-4 sera enfin mis aux voix à l’étape de la troisième lecture. Son adoption marquera le début d’une ère de changement. Les grands thèmes du projet de loi sont la démocratie, la responsabilité, la souplesse et le renforcement des pouvoirs des agriculteurs.

Les producteurs vont prendre leur destinée en main. Ils auront le pouvoir de modifier leur organisme de commercialisation comme ils le jugeront bon. Je fais parfaitement confiance à leur bon jugement, et je sais qu’ils exerceront ce nouveau pouvoir avec détermination, sagesse et prudence, et que l’économie agricole de l’Ouest, à commencer par les agriculteurs eux-mêmes, s’en portera de mieux en mieux. [Affidavit d’Allen Oberg, le 15 septembre 2011, paragraphe 30, pièce 9; non souligné dans l’original.]

Comité sénatorial, le 5 mai 1998 :

L’amendement [...] prévoit que, si un quelconque ministre responsable de la [CCB] décidait un jour qu’il est dans l’intérêt public de modifier le mandat de la [CCB], soit pour inclure ou exclure quelque chose, il lui appartiendra d’apporter cette modification. Mais il devra au préalable tenir un vote pour savoir s’il a l’aval des agriculteurs. [Affidavit d’Allen Oberg, le 15 septembre 2011, paragraphe 42, pièce 11.]

[22] De plus, l’ancien ministre a confirmé à maintes reprises qu’un scrutin doit être tenu auprès des producteurs si le changement proposé est « important » :

[TRADUCTION] Énoncé de politique, « Changements à la commercialisation du blé de l’Ouest canadien », le 7 octobre 1996 :

La loi proposée prévoit que les changements éventuels au mandat de commercialisation seront subordonnés à l’obtention d’un avis officiel du conseil d’administration de la CCB et, si ces changements concernent des questions liées au contrôle de la qualité, à l’obtention de la certification officielle de la Commission canadienne des grains qu’une modification peut

consistency and dependability. If the CWB directors consider any proposed change to be significant or fundamental, a producer vote would be a prerequisite before implementation. [Record of the CWB, Tab 3, p. 112; emphasis added.]

Standing Committee on Agriculture and Agri-Food, Meeting No. 57, December 12, 1996:

In future the Wheat Board's mandate may be adjusted, conditional upon three things: first of all, a clear recommendation to that effect by the directors of the Canadian Wheat Board; secondly, if a quality control issue is involved, the unequivocal concurrence of the Canadian Grain Commission that a change can be made safely without damaging Canada's reputation for quality and consistency; and third, if the proposed change is significant or fundamental, then an affirmative vote among farmers would need to be a prerequisite. [Record of the CWB, Tab 4, p. 125; emphasis added.]

[23] The Council submits that the intention of Parliament can be evidenced by the invocation of international trade obligations as a rationale for the 1998 amendments by the former Minister. The democratic nature of section 47.1, which mandates producer control, was considered necessary in order to defend the CWB's marketing practices in the face of the NAFTA. The former Minister stated that section 47.1 was intended to prevent the Act from being "used as some thinly veiled excuse by our competitors, perhaps the United States, to launch some form of trade harassment" (*House of Commons Debates*, February 17, 1998; affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, Exhibit 9; Council memorandum of fact and law, paragraphs 8–14).

[24] The Council effectively argues that, when in doubt, statutory interpretation must have regard to democratic and constitutional values. In the present case this is especially important because section 47.1 speaks to the unique situation in which these democratic values are already implemented in the structure of the CWB. This fact requires that, in proposing that a fundamental change be made to the structure, the Minister must act democratically. This is what section 47.1 says. Not adhering to these values is not only disrespectful, it is contrary to law.

effectivement être apportée sans remettre en question la réputation mondiale du Canada en matière de qualité, de constance et de fiabilité. Si les administrateurs de la CCB considèrent qu'un changement proposé est important, un vote des producteurs serait un pré requis à la mise en œuvre de ce changement. [Dossier de la CCB, onglet 3, page 112; non souligné dans l'original.]

Comité permanent de l'agriculture et de l'agro-alimentaire, Réunion n° 57, le 12 décembre 1996 :

À l'avenir, le mandat de la Commission du blé pourra être ajusté, sous trois conditions : premièrement, une recommandation claire à cet effet du conseil d'administration de la Commission canadienne du blé; deuxièmement, lorsque le contrôle de la qualité est mis en jeu, un avis favorable de la Commission canadienne des grains, attestant que le changement ne nuira pas à la réputation de qualité et de régularité du Canada; troisièmement, si le changement proposé est important, un vote favorable des agriculteurs. [Dossier de la CCB, onglet 4, page 125; non souligné dans l'original.]

[23] Le Conseil soutient que la mention des obligations en matière de commerce international pour justifier les amendements de 1998 par l'ancien ministre permet de dégager l'intention du législateur. Le volet démocratique de l'article 47.1, qui prévoit un contrôle de la part des producteurs, était considéré comme nécessaire à la défense des pratiques de commercialisations de la CCB au vu de l'ALÉNA. L'ancien ministre a déclaré que l'article 47.1 vise à empêcher que la Loi puisse « servir d'excuse à peine voilée par nos concurrents, les États-Unis par exemple, pour mener une forme de campagne de harcèlement commercial ». (*Débats de la Chambre des communes*, le 17 février 1998; affidavit d'Allen Oberg, le 15 septembre 2011, pièce 9; mémoire des faits et du droit du Conseil, paragraphes 8 à 14).

[24] Le Conseil prétend effectivement qu'en cas d'incertitude, les valeurs démocratiques et constitutionnelles doivent être prises en considération dans l'interprétation des lois. Il s'agit d'un élément particulièrement important dans la présente affaire, parce que l'article 47.1 traite d'une situation unique où ces valeurs démocratiques sont déjà intégrées au sein de la structure de la CCB. Cela exige du ministre qu'il agisse de manière démocratique dans l'éventualité où il propose un changement fondamental à cette structure. C'est ce que mentionne l'article 47.1. Ne pas adhérer à ces valeurs

### C. The Minister's Response

[25] The Minister advances the following statutory interpretation argument (respondents' consolidated memorandum of fact and law, paragraphs 31–33, 38 and 39):

The Applicants contend that section 47.1 should be read expansively in such a way as to require the Minister to seek and to obtain a favourable producer vote before being allowed to introduce any bill “that alters the CWB's exclusive marketing mandate.” In an affidavit filed by the CWB in these proceedings, the Chair of its board of directors states the CWB position as being “... simply that farmers, not the government, should decide the future of the Single Desk in a vote held in accordance with section 47.1 of the Act.”

The clear wording of the section 47.1, however, refers only to the addition or subtraction of particular grains or types of grain from the marketing regime as it is established in Parts III and IV of the *Act*. It does not refer to limiting the future repeal of the *Act* itself or to any other changes. It leaves the future of the “single desk” as a matter for Parliament to decide.

Section 47.1 is found in Part V under the heading, “*OTHER GRAINS – APPLICATION OF PARTS III AND IV*,” which means that, not only in its wording but in its statutory context as well, it is clearly directed only to the addition or subtraction of particular grains in Parts III and IV. The future of the “single desk” is a policy and legislative decision for Parliament, not for the Court.

...

Properly interpreted, the scope of section 47.1 addresses the inclusion or exclusion of particular grains or types of grain. Given the principle of Parliamentary sovereignty, section 42(1) of the *Interpretation Act*, and the clear wording of section 47.1 found under the statutory heading “*OTHER GRAINS – APPLICATION OF PARTS III AND IV*,” this provision cannot be so broadly interpreted, as urged by the Applicants, as to place a perpetual veto in the hands of each category of

constitue non seulement un manque de respect, mais aussi une violation de la loi.

### C. La réponse du ministre

[25] Le ministre présente l'argument suivant en matière d'interprétation législative (mémoire consolidé des faits et du droit des défendeurs, paragraphes 31 à 33, 38 et 39) :

[TRADUCTION] Les demandeurs prétendent que l'article 47.1 devrait recevoir une interprétation large, qui aurait pour effet d'exiger du ministre qu'il sollicite et obtienne un vote favorable de la part des producteurs avant qu'il puisse présenter un projet de loi « ayant pour effet de modifier le mandat exclusif de la CCB en matière de commercialisation ». Dans un affidavit déposé par la CCB dans le cadre de la présente instance, le président de son conseil d'administration déclare que la position de la CCB est : « [...] simplement que les fermiers, et non le gouvernement, devraient décider du futur du régime de guichet unique au moyen d'un scrutin tenu conformément à l'article 47.1 de la Loi ».

Le langage clair employé à l'article 47.1 renvoie cependant seulement à l'inclusion ou à l'exclusion de grains ou de types de grains du régime de commercialisation établi aux parties III et IV de la Loi. Il ne renvoie pas à des limites à une éventuelle abrogation de la Loi elle-même, ou à toute autre modification. La disposition laisse au législateur le soin de décider du futur du régime de « guichet unique ».

L'article 47.1 se trouve à la partie V intitulée « AUTRES GRAINS – APPLICATION DES PARTIES III ET IV », ce qui signifie que cette disposition, compte tenu de son libellé, mais aussi de son contexte législatif, ne vise clairement que l'inclusion ou l'exclusion de grains précis en application des parties III et IV. L'avenir du régime de « guichet unique » relève de décisions politiques et législatives prises par le Parlement, et non par la Cour.

[...]

Lorsqu'on l'interprète correctement, la portée de l'article 47.1 vise l'inclusion ou l'exclusion de grains ou de types de grains précis. Compte tenu du principe de la souveraineté parlementaire, de l'article 42(1) de la *Loi d'interprétation* et du langage clair employé à l'article 47.1 qui se trouve sous l'en-tête « AUTRES GRAINS – APPLICATION DES PARTIES III ET IV », cette disposition ne peut recevoir une interprétation aussi large qui aurait pour effet de conférer un veto perpétuel aux

grain producers over the continued existence of the marketing regime, or on the repeal of the *Act* itself.

Understanding the crucial distinction between removing types of wheat or barley from the application of Part IV of the *Act* and repealing the entire *Act* itself is fundamental to the correct interpretation of section 47.1. Bill C-18 does not remove a particular type of prairie wheat or barley from the application of Part IV of the *Act*. Rather, Bill C-18 repeals the *Act*, thereby terminating the CWB's marketing monopoly in order to replace it with a new regime that allows all grain producers the freedom to market and sell their grain as they choose, including through the CWB if they so decide. [Emphasis in original; footnotes omitted.]

[26] The Minister relies upon the following evidentiary statements in support of the interpretation argument (respondents' consolidated memorandum of fact and law, paragraph 47):

a. A government news release issued in September 1997 concerning the then Bill C-4 (into which section 47.1 was eventually added in the course of Parliamentary deliberations) stated that the concept of farmer control was directed to the potential exclusion or inclusion of various types of grains into the system. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, Exhibit 6];

b. The Minister, at second reading in the House of Commons of the Bill containing section 47.1, stated that:

[t]his new law will also empower producers to determine democratically what is and what is not under the Canadian Wheat Board's marketing jurisdiction. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, Exhibit 7; emphasis in original];

c. Clauses 23 and 26 of Bill C-4 show that the arrangements for exclusion and inclusion of grains would take place by regulation. It is clear that changes such as the abolition of the "single desk" or the repeal of the *Act* in the future were not the type of changes to which the new provisions were intended to apply. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, Exhibit 8];

d. Commenting on an amendment to the bill that would become section 47.1, the Minister testified before the Standing

producteurs de chaque catégorie de grains quant à l'existence continue du régime de commercialisation, ou à l'abrogation de la Loi elle-même, comme le prétendent les demandeurs.

La compréhension de la distinction cruciale entre l'exclusion des types de blé ou d'orge de l'application de la partie IV de la Loi et l'abrogation la Loi en soi est fondamentale si l'on veut interpréter correctement l'article 47.1. Le projet de loi C-18 n'a pas pour effet d'exclure un type de blé ou d'orge produit dans les Prairies de l'application de la partie IV de la Loi. Le projet de loi C-18 vise plutôt à mettre fin au monopole de la CCB en matière de commercialisation pour le remplacer par un nouveau régime qui permettra à tous les producteurs de grains d'être libres de commercialiser et de vendre leur blé à qui ils veulent, y compris à la CCB. [Souligné dans l'original; renvois omis.]

[26] Le ministre se fonde sur les déclarations suivantes, tirées de la preuve, pour étayer son argument quant à l'interprétation (mémoire consolidé des faits et du droit du défendeur, paragraphe 47) :

[TRADUCTION]

a. Un communiqué gouvernemental concernant le projet de Loi C-4 (auquel l'article 47.1 s'est par la suite greffé au cours des délibérations parlementaires) daté de septembre 1997 mentionnait le concept de contrôle des agriculteurs sur l'inclusion ou l'exclusion éventuelle de divers type de grains. [Affidavit d'Allen Oberg, le 15 septembre 2011, pièce 6];

b. Le ministre a déclaré ce qui suit à l'étape de la deuxième lecture du projet de loi contenant l'article 47.1 à la Chambre des communes :

Cette nouvelle mesure législative confèrera aux producteurs le pouvoir de déterminer démocratiquement ce qui relève, ou ne relève pas, de la compétence de la Commission canadienne du blé au chapitre de la commercialisation. [Affidavit d'Allen Oberg, le 15 septembre 2011, pièce 7; souligné dans l'original];

c. Les articles 23 et 26 du projet de loi C-4 démontrent que le règlement servirait de mécanisme pour l'exclusion et l'inclusion des grains. Il est manifeste que des changements, tels que l'abolition du régime de « guichet unique » ou l'abrogation éventuelle de la Loi, n'étaient pas le type de changements auxquels les nouvelles dispositions devaient s'appliquer. [Affidavit d'Allen Oberg, le 15 septembre 2011, pièce 8];

d. Le ministre a témoigné devant le Comité sénatorial permanent de l'agriculture et des forêts, le 5 mai 1998 et a fait des

Senate Committee on Agriculture and Forestry on May 5, 1998. The Minister referred to the inconsistency that had historically marked the methods by which inclusions and exclusions of various grains, such as oats and barley, had previously taken place – sometimes by Order in Council and sometimes by statutory amendment. When the Minister stated, “...it is unclear how one goes about amending the jurisdiction of the Canadian Wheat Board”, he had in mind the problem of moving various grains in or out of the regime that the CWB administered. He was not referring to more fundamental changes to the nature or existence of the marketing regime itself. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, Exhibit 11];

e. When the Secretary of State moved second reading in the House of Commons and concurrence in the amendments made in the Senate to Bill C-4, including the clause that is now section 47.1, the Secretary of State stated:

The second area of Bill C-4 where the Senate has proposed amendments concerns the means by which the number of grains under the marketing regime of the wheat board can be either expanded or reduced.

As originally, drafted, western Canadian producers had a process for excluding any kind, type, class or grade of wheat or barley from the marketing authority of the board. Similarly, the bill also laid out an inclusion process for adding crops to the mandate of the wheat board.

The amendment filled a gap in the existing Wheat Board Act. As it now stands under the Canadian Wheat Board, the process for changing the Canadian Wheat Board’s mandate is unclear, as every member from prairie Canada I am sure knows.

There have been concerns expressed by producers and producer groups about the mechanism for inclusion and exclusion originally laid out in Bill C-4. Plenty of concerns have been expressed.

I am sure my colleagues from the opposition party are going to get up very shortly and tell me why the matter has not been set right yet.

The amendment responds to those concerns. The amendment would replace existing clauses related to the inclusion-exclusion of grains with the provision that would require the current and future ministers responsible for the board to consult the board of directors with its two-thirds majority of farmer chosen members and conduct a vote among

commentaires sur un amendement au projet de loi qui allait devenir l’article 47.1. Le ministre a fait mention du manque de constance qui caractérisait auparavant les méthodes (décret ou modification législative) pour inclure et exclure certains grains, tels que l’avoine et l’orge. Lorsque le ministre a déclaré « [...] les règles à suivre pour modifier le mandat de la Commission canadienne du blé ne sont pas claires [...] », il avait à l’esprit la problématique de l’inclusion et l’exclusion de certains grains du régime que la CCB gérait. Il ne renvoyait pas aux changements plus fondamentaux quant à la nature ou à l’existence même du régime de commercialisation. [Affidavit d’Allen Oberg, le 15 septembre 2011, pièce 11];

e. Lorsque le secrétaire d’État a pris parole lors de l’étape de la deuxième lecture à la Chambre des communes pour exprimer son accord avec les amendements apportés par le Sénat au projet de loi C-4, y compris l’article qui est devenu l’article 47.1, il a mentionné ce qui suit :

Le deuxième aspect du projet de loi C-4 sur lequel le Sénat a proposé des amendements concerne la façon d’étendre à d’autres grains, ou de réduire, le champ d’application du mandat de commercialisation de la Commission canadienne du blé.

Le projet de loi prévoyait, sous sa forme originale, un processus permettant d’exclure tout type, toute catégorie ou tout grade de blé ou d’orge du champ de compétence de la CCB. De la même façon, il prévoyait aussi un processus permettant d’inclure d’autres céréales dans le champ de compétence de la Commission canadienne du blé.

Cette modification visait à combler une lacune dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. Je suis sûr que tous les députés des Prairies savent que, actuellement, le processus pour changer le mandat de la Commission canadienne du blé n’est pas clair.

Les producteurs et les groupes de producteurs ont exprimé certaines préoccupations à l’égard du mécanisme d’inclusion et d’exclusion prévu à l’origine dans le projet de loi C-4. En fait, beaucoup de préoccupations ont été exprimées.

Je suis certain que mes collègues du parti de l’opposition s’empresseront de me demander pourquoi la question n’a pas encore été réglée.

L’amendement proposé par le Sénat répond à ces préoccupations. Il vise à remplacer les dispositions existantes relatives à l’inclusion et à l’exclusion des grains par des dispositions qui exigeraient que le ministre responsable de la Commission consulte le conseil d’administration, dont deux tiers des membres ont été choisis par les agriculteurs.

producers before any grains are added or removed from the mandate of the board. [Affidavit of Allen Oberg, September 15, 2011, Exhibit 12; emphasis in original.]

et fasse voter les producteurs avant que tout grain puisse être inclus dans le champ de compétence de la commission ou en être exclu. [Affidavit d'Allen Oberg, le 15 septembre 2011, pièce 12; souligné dans l'original.]

#### D. Conclusions

[27] I find that by applying the interpretation test as set out above, the applicants' argument which relies upon a contextual historical approach with respect to the unique democratic nature of the CWB, and its importance, is compelling. I accept the argument that the CWB's democratic marketing practices are "significant and fundamental" because they are longstanding, and strongly supported by a large number of the some 17 000 grain producers in Western Canada. This support is worthy of respect; the following argument on the rule of law made by the Council makes this clear (memorandum of fact and law of the Council, paragraphs 26–28):

The rule of law is a multi-faceted concept, conveying "a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority." The Courts have repeatedly described the rule of law as embodying the principle that the law "is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power." In other words, for political action to be legitimate, decision-making must operate within the constraints of the law. Governments cannot flout the law and must respect legitimate legal processes already in place. As the Supreme Court stated in the *Secession Reference*, "[i]t is the law that creates the framework within which the "sovereign will" is to be ascertained and implemented. To be accorded legitimacy, democratic institutions must rest, ultimately, on a legal foundation."

Adhering to the rule of law ensures that the public can understand the rules they are bound by, and the rights they have in participating in the law-making process. As the Applicants note, western farmers relied on the fact that the government would have to conduct a plebiscite under s. 47.1 before introducing legislation to change the marketing mandate of the CWB. Disregarding the requirements of s. 47.1 deprives farmers of the most important vehicle they have for expressing their views on the fundamental question of the single desk. Furthermore the opportunity to vote in a federal election is no answer to the loss of this particular democratic franchise. Until

#### D. Conclusions

[27] Je conclus qu'en appliquant le critère d'interprétation susmentionné, l'argument des demandeurs, qui se fonde sur une approche historique et contextuelle de la nature démocratique unique de la CCB et de l'importance de cet organisme, est convaincant. Je souscris à l'argument que les pratiques démocratiques de la CCB sont « importantes », car elles sont établies depuis longtemps et qu'elles jouissent d'un important appui auprès des quelque 17 000 producteurs de grain de l'Ouest canadien. Cet appui mérite le respect; cela ressort sans équivoque dans l'argument suivant, énoncé par le Conseil, quant à la primauté du droit (mémoire des faits et du droit du Conseil, paragraphes 26 à 28) :

[TRADUCTION] La primauté du droit est un concept à multiples volets, qui incarne « le respect de l'ordre, l'assujettissement aux règles de droit connues et la responsabilité du pouvoir exécutif à l'égard de la loi ». Les cours ont, à maintes reprises, décrit la primauté du droit comme comprenant le principe que le droit « est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire ». En d'autres mots, pour qu'une mesure politique soit légitime, le processus décisionnel doit respecter les contraintes du droit. Les gouvernements ne peuvent faire abstraction du droit et doivent respecter les processus juridiques légitimes déjà établis. Comme l'a mentionné la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession*, « [c]'est la loi qui crée le cadre dans lequel la "volonté souveraine" doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques ».

Le respect de la primauté du droit permet de s'assurer que les citoyens peuvent comprendre les règles qui les régissent et les droits dont ils bénéficient lorsqu'ils participent au processus d'élaboration des lois. Comme le font remarquer les demandeurs, les agriculteurs de l'Ouest canadien se fondaient sur le fait que le gouvernement aurait à faire un plébiscite, comme le prévoit l'article 47.1, avant de présenter une loi visant à modifier le mandat de la CCB en matière de commercialisation. Le non-respect des exigences de l'article 47.1 prive les agriculteurs du plus important moyen dont ils disposent pour exprimer leurs points de vue quant à la question fondamentale du régime

the sudden introduction of Bill C-18, Canadian farmers would have expected the requirements of s. 47.1 to be respected.

The rule of law must therefore inform the interpretation of s. 47.1, which sets out a process that includes consultation and a democratic vote prior to abolishing the single desk. An interpretation of s. 47.1 that is consistent with the rule of law would give effect to the plain meaning of its words as ordinary citizens would understand and interpret them, and not in a manner that defeats the consultative purpose of s. 47.1 — particularly, given that citizens and stakeholders understood s. 47.1 to provide them with particular rights and acted in accordance with that understanding. [Footnotes omitted.]

[28] I give weight to the Council's argument that section 47.1 applies to changing the structure of the CWB because the democratic structure is important to Canada's international trade obligations under NAFTA. I find that this is an important consideration which supports the argument that Parliament's intention in section 47.1 is not to alter this structure without consultation and consent.

[29] However, the applicants' statutory interpretation, which I accept, should not be considered to the exclusion of the Minister's interpretation which focuses on the words used in section 47.1 itself. In my opinion, the correct interpretation of the provision includes both perspectives. In my opinion, to accept the Minister's interpretation to the exclusion of the applicants' would result in an absurdity, a condition which is to be avoided.

[30] By construing the liberal interpretation of the Act which best ensures the attainment of its objects, I find that the Act was intended to require the Minister to consult and gain consent where an addition or subtraction of particular grains or types of grain from the marketing regime is contemplated, and also in respect of a change to the democratic structure of the CWB. As

de guichet unique. De plus, le fait que ceux-ci peuvent exercer le droit de vote aux élections fédérales ne résout pas le problème de la perte de ce droit démocratique. Les agriculteurs canadiens s'attendaient à ce que les exigences prévues à l'article 47.1 soient respectées, jusqu'à la présentation impromptue du projet de loi C-18.

La primauté du droit doit par conséquent servir de guide pour l'interprétation de l'article 47.1, lequel établit un processus prévoyant une consultation et un scrutin démocratique avant l'élimination du régime de guichet unique. Une interprétation de l'article 47.1 qui serait conforme au principe de la primauté du droit donnerait effet au sens ordinaire des mots, utilisés conformément à la compréhension qu'en ont les citoyens ordinaires ou à l'interprétation qu'ils leur donne, et non à une interprétation qui aurait pour objet d'anéantir l'objectif de consultation établi par l'article 47.1 — particulièrement eu égard au fait que les citoyens et les intervenants comprennent que l'article 47.1 leur confère des droits précis et agissent en conséquence. [Renvois omis.]

[28] J'accorde du poids à l'argument du Conseil voulant que l'article 47.1 s'applique au changement de la structure de la CCB, parce que l'aspect démocratique de cette structure revêt une importance dans le contexte des obligations en matière de commerce international du Canada au titre de l'ALÉNA. Je conclus qu'il s'agit d'une considération importante qui étaye l'argument que l'intention du législateur, lorsqu'il a adopté l'article 47.1, était que cette structure ne puisse être modifiée, sans la consultation et le consentement des producteurs.

[29] Cependant, l'interprétation législative des demandeurs, à laquelle je souscris, ne doit pas se faire sans tenir compte de l'interprétation du ministre, qui met l'accent sur les mots employés au libellé de l'article 47.1. Je suis d'avis que la bonne interprétation de cette disposition tient compte des deux perspectives. Je suis aussi d'avis que d'accepter l'interprétation du ministre à l'exclusion de celle des demandeurs entraînerait un résultat absurde, chose que l'on doit éviter.

[30] En retenant une interprétation libérale de la Loi qui est compatible avec la réalisation de son objet, je conclus que la Loi visait à exiger du ministre qu'il procède à une consultation et qu'il obtienne le consentement des producteurs dans les cas où il envisage l'inclusion ou l'exclusion de grains ou de types de grain au régime de commercialisation, ainsi que la modification à la



the applicants argue, it is unreasonable to interpret the Act to conclude that while the Minister must consult and gain consent when extracting or extending a grain, she or he is not required to consult or gain consent when dismantling the CWB; the point is made as follows (applicants' memorandum of fact and law in T-1735-11, paragraph 52):

Under the Minister's interpretation of section 47.1, farmers would be denied a vote "when it is most needed", namely, in circumstances where the CWB's exclusive marketing mandate is to be eliminated. That interpretation is not only inconsistent with the principle that the words of a statute must be placed in context, but is contrary to common sense.

[31] Clause 39 of Bill C-18 proposes to replace the whole marketing scheme of wheat in Canada by repealing the Act after a transition period. I find that it was Parliament's intention in introducing section 47.1 to stop this event from occurring without the required consultation and consent.

#### VI. Legitimate Expectations

[32] As an alternative argument, the applicants maintain that the Minister has failed to meet legitimate expectations. The Supreme Court of Canada describes a legitimate expectation as follows (*Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1204):

It affords a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there would be no such opportunity. The court supplies the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

During the course of oral argument, the applicants confirmed that, should they be successful on the section 47.1 breach argument, they would be content with that as the single result of the applications. Therefore, I

structure démocratique de la CCB. Conformément à ce que prétendent les demandeurs, il est déraisonnable d'interpréter la Loi de manière à conclure que, bien que le ministre doive consulter et obtenir le consentement des producteurs lorsqu'il exclut ou inclut un grain, ce dernier n'a pas une telle obligation à l'égard du démantèlement de la CCB. Voici l'argument en ce sens (mémoire des faits et du droit des demandeurs au dossier T-1735-11, paragraphe 52) :

[TRADUCTION] Selon l'interprétation que le ministre donne à l'article 47.1, les agriculteurs n'auraient pas le droit de vote « dans le cas où ce vote est le plus nécessaire », soit dans des circonstances où le pouvoir exclusif de la CCB en matière de commercialisation serait aboli. Non seulement cette interprétation est incompatible avec le principe que les mots d'une disposition doivent être remis dans leur contexte, mais elle va à l'encontre du bon sens.

[31] L'article 39 du projet de loi C-18 propose de remplacer l'ensemble du régime de commercialisation du blé au Canada par l'abrogation de la Loi, après une période de transition. À mon avis, le législateur voulait, en présentant l'article 47.1, empêcher qu'une telle situation se produise si l'on n'avait pas au préalable tenu une consultation et obtenu le consentement des producteurs.

#### VI. Attentes légitimes

[32] Subsidiairement, les demandeurs prétendent que le ministre a frustré leurs attentes légitimes. La Cour suprême décrit ainsi l'attente légitime (*Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1204) :

Il accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

Au cours de leurs plaidoiries, les demandeurs ont confirmé que, dans l'éventualité où la Cour devait leur donner raison quant à leur argument relatif à la violation de l'article 47.1, ils se contenteraient de ce résultat. Par

exercise my discretion not to grant the legitimate expectation declaration requests.

## VII. Conclusion

[33] The Minister argues that the declarations should not be granted because their effect would be meaningless. In response, I say that there are two meaningful effects of granting the breach declarations.

[34] The first effect is that a lesson can be learned from what has just occurred. Section 47.1 speaks, it says: “engage in a consultative process and work together to find a solution”. The change process is threatening and should be approached with caution. Generally speaking, when advancing a significant change to an established management scheme, the failure to provide a meaningful opportunity for dissenting voices to be heard and accommodated forces resort to legal means to have them heard. In the present piece, simply pushing ahead without engaging such a process has resulted in the present applications being launched. Had a meaningful consultative process been engaged to find a solution which meets the concerns of the majority, the present legal action might not have been necessary. Judicial review serves an important function; in the present applications the voices have been heard, which, in my opinion, is fundamentally important because it is the message that section 47.1 conveys.

[35] The second and most important effect is that the Minister will be held accountable for his disregard for the rule of law.

[36] I find it is fair and just to issue the breach declaration on each application.

conséquent, j’exerce mon pouvoir discrétionnaire de ne pas faire droit aux demandes de jugements déclaratoires quant à la question de l’attente légitime.

## VII. Conclusion

[33] Le ministre prétend que les jugements déclaratoires ne devraient pas être prononcés, car ceux-ci n’auraient aucun effet concret. En réponse à cette prétention, j’affirme que le prononcé des déclarations de violation aurait deux effets concrets.

[34] Le premier effet est que l’on peut tirer une leçon de ce qui vient tout juste de se produire. L’article 47.1 envoie le message suivant aux parties : « amorcez un processus consultatif et coopérez afin de trouver une solution ». La modification du processus peut avoir de lourdes conséquences et doit être abordée avec délicatesse. Règle générale, lorsqu’un changement est proposé à un régime de gestion bien établi, le fait de ne pas donner aux voix dissidentes une occasion réelle de se faire entendre et d’être prises en compte les oblige à avoir recours à des moyens légaux pour être entendues. Dans la présente affaire, le fait que le gouvernement ait avancé dans son projet de modification sans s’engager dans un tel processus a mené aux présentes demandes. Si un processus consultatif concret avait été lancé pour que soit établie une solution répondant aux besoins de la majorité, les présentes mesures judiciaires n’auraient pas été nécessaires. Le contrôle judiciaire sert une fin importante; dans les présentes affaires, les voix dissidentes ont pu se faire entendre, ce qui, à mon avis, est d’une importance fondamentale, puisque c’est exactement l’objet visé par l’article 47.1.

[35] Le deuxième effet, et aussi le plus important, est que le ministre sera tenu responsable de son indifférence à l’égard de la primauté du droit.

[36] Il me paraît juste et équitable de prononcer une déclaration de violation pour chacune des demandes.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## ELECTIONS

Motions by respondent Members of Parliament (MPs) seeking orders requiring applicants in underlying proceedings to post increased security for costs—Applicants contesting results of 41st general election in respondent MPs’ electoral districts—To date, applicants posting mandatory \$1 000 for security for costs as required by *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 526(1)—Act, s. 526(2) giving Court discretion to increase that amount where just to do so—However, that section not setting out criteria to be taken into account in determining what is “just”—Purpose of such orders to ensure that any likely award of costs made against litigant at conclusion of proceeding can be effectively recovered by party defending or responding to litigation—Application of rationale for security for costs taking into account balance of interests—Balance coming into play only where reason to think insufficient assets existing to satisfy potential costs order or where other factors suggesting recovery of costs will be difficult—Respondent MPs failing to adduce such evidence—Motions denied.

BIELLI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-616-12, T-619-12, T-620-12, T-621-12, T-633-12, T-634-12, T-635-12, 2012 FC 1172, Aronovitch P., order dated October 5, 2012, 15 pp.)

## PRACTICE

### CONFIDENTIALITY ORDERS

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*—Motion by British Columbia Lottery Corporation (BCLC) for confidentiality order pursuant to *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 73.21(4), *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151, as well as for order maintaining confidentiality of hearing—Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC) commencing compliance examination of BCLC, requiring BCLC to produce certain documentation—FINTRAC proceeding to issue notice of violation alleging BCLC non-compliant with Act—That notice affirmed by director of FINTRAC—Underlying proceeding appeal by BCLC from that decision—Order regarding sealing of documents, information as referred to, identified in Act granted—Act, s. 55 clear as to what information having to be kept confidential, sealed from public access—Not a matter of exercise of Court’s discretion—However, scope of sealing order requested by BCLC overly broad—BCLC seeking to maintain confidentiality of every document, piece of information on basis of practical difficulties or effort required to remove or redact that information which falls under the Act from that which does not—Such considerations not displacing public interest in open court process—With respect to confidentiality of hearing, matter best left to judge hearing merits—Order granted in part.

BRITISH COLUMBIA LOTTERY CORPORATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1801-10, 2012 FC 1204, Milczynski P., order dated October 15, 2012, 16 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## ÉLECTIONS

Requêtes intentées par les députés défendeurs, dans lesquelles ils sollicitent des ordonnances enjoignant les demandeurs en l'espèce de fournir un cautionnement pour frais majoré—Les demandeurs contestent les résultats de la 41<sup>e</sup> élection générale dans les circonscriptions des députés défendeurs—À ce jour, les demandeurs ont fourni un cautionnement pour frais obligatoire de 1 000 \$, comme l'exige l'art. 526(1) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9—L'art. 526(2) de la Loi confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer ce montant lorsqu'elle l'estime indiqué—Toutefois, cet article n'énonce aucun critère à prendre en compte pour déterminer ce qui est « juste »—Ces ordonnances visent à assurer que toute adjudication des dépens probable contre une partie à l'issue de l'instance peut être recouvrée par la partie défenderesse ou intimée au litige—L'application du principe de cautionnement pour frais tient compte d'une pondération des intérêts—Cette pondération n'entre en jeu que lorsqu'il y a des motifs de croire qu'un demandeur n'a pas suffisamment d'actifs pour satisfaire à une ordonnance de cautionnement pour frais, ou lorsque d'autres facteurs indiquent que le recouvrement des dépens sera difficile—Les députés défendeurs n'ont présenté aucune preuve de cette nature—Requêtes rejetées.

BIELLI C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-616-12, T-619-12, T-620-12, T-621-12, T-633-12, T-634-12, T-635-12, 2012 CF 1172, protonotaire Aronovitch, ordonnance en date du 5 octobre 2012, 15 p.)

## PRATIQUE

### ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Requête introduite par la British Columbia Lottery Corporation (BCLC) en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité en vertu de l'art. 73.21(4) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 et de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, ainsi qu'une ordonnance pour préserver la confidentialité de l'audience—Le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) a amorcé un examen de la conformité de la BCLC, et exigé de l'entité qu'elle produise certains documents—Le CANAFE a émis un avis de violation, alléguant que la BCLC était non conforme à la Loi—Le directeur du CANAFE a confirmé l'avis de violation—L'instance principale est l'appel, interjeté par la BCLC, de cette décision—L'ordonnance portant sur les documents et l'information placés sous scellés tels que cités et indiqués dans la Loi est accordée—L'art. 55 de la Loi est clair quant à la nature des renseignements qui doivent demeurer confidentiels et mis sous scellés afin de les soustraire à l'accès public—Il ne s'agit pas de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour—Toutefois, la portée de l'ordonnance de mise sous scellés demandée par la BCLC est trop large—La BCLC cherche à maintenir la confidentialité de chaque document et élément d'information, au motif des difficultés pratiques et des efforts à consentir pour retirer ou épurer les éléments assujettis à la Loi, par rapport à ceux qui ne le sont pas—De telles considérations ne peuvent en aucun cas prendre le pas sur l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires—Pour ce qui est de la confidentialité de l'audience, il est préférable de laisser le juge de l'appel en décider—Ordonnance accordée en partie.

BRITISH COLUMBIA LOTTERY CORPORATION C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1801-10, 2012 CF 1204, protonotaire Milczynski, ordonnance en date du 15 octobre 2012, 16 p.)