



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2012, Vol. 2, Part 2**

**2012, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2012] 2 F.C.R., { 179-419  
D-5-D-9

Renvoi [2012] 2 R.C.F., { 179-419  
F-5-F-10

---

## 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.  
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., 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, 2012.

*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.  
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, 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'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

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

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

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

*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.*

*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.*

---

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

---

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

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
In memoriam . . . . .	III
Judgments . . . . .	179–419
Digests . . . . .	D-5–D-9

### **Fundy Settlement v. Canada (F.C.A.) . . . . . 374**

Income Tax—Trusts—Residence—Appeals from Tax Court of Canada decision dismissing appeals from assessments directed against St. Michael Trust Corp. as trustee—Assessed tax arising from capital gains realized by Fundy Settlement, Summersby Settlement (Trusts) on disposition of shares of two Canadian holding corporations—St. Michael Trust Corp. incorporated in Barbados—PMPL Holdings Inc. (PMPL) Canadian holding corporation for two Canadian operating corporations—Structurally reorganized to benefit Trusts—After Trusts acquiring shares of two new holding corporations, holding corporations acquiring new shares of PMPL—PMPL eventually sold—Main issue involving residence of Trusts for tax purposes—Judge-made test of residence established for corporations should also apply to trusts with appropriate modifications—Analysis of residence of trust for tax purposes

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
In memoriam . . . . .	III
Jugements . . . . .	179–419
Fiches analytiques . . . . .	F-5–F-10

### **Fundy Settlement c. Canada (C.A.F.) . . . . . 374**

Impôt sur le revenu—Fiducies—Résidence—Appels visant une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté des appels à l'encontre de cotisations établies à l'égard de St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire—L'impôt était réclamé au titre des gains en capital réalisés par Fundy Settlement et Summersby Settlement (les fiducies) lors de la disposition d'actions de deux sociétés canadiennes—St. Michael Trust Corp. a été constituée à la Barbade—PMPL Holdings Inc. (PMPL) est la société canadienne qui détient les actions de deux sociétés canadiennes en exploitation—La structure du capital social de PMPL a été modifiée au profit des fiducies—Après que les fiducies ont acquis les actions des deux nouvelles sociétés, celles-ci ont acquis les nouvelles actions de PMPL—PMPL a fini par être vendue—Il s'agissait principalement de trancher la question de la résidence des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

fact-driven—Tax Court not erring in concluding that, at time of sale of shares of new holding corporations, management, control of Trusts residing in Canada; that Trusts therefore resident in Canada when capital gains realized—Appeals dismissed.

Construction of Statutes—Tax assessed as result of capital gains realized by Fundy Settlement, Summersby Settlement (Trusts) on disposition of shares of two Canadian holding corporations—Interpretation of *Income Tax Act*, s. 94(1)(b) considered in *obiter*—Tax Court misinterpreting Act, s. 94(1)(b) in determining whether property transferred “directly or indirectly in any manner whatever” to Trusts—Parliament choosing words “directly or indirectly in any manner whatever” in Act, s. 94(1)(b) deliberately to capture every possible means by which wealth, income-earning potential represented by shares of Canadian corporation can move to non-resident trust from Canadian resident beneficiary of trust or person related thereto.

### Jaballah (Re) (F.C.) . . . . . 179

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Motion for production of documentation from Canada Border Services Agency (CBSA), Canadian Security Intelligence Service (CSIS) regarding practices, procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications, of collateral documentation created thereby arising from review of such communications—Jaballah released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone—No terms specifically addressing solicitor-client privilege—CSIS officials listening to Jaballah’s solicitor-client telephone calls—Principal issues whether release order authorizing CBSA, CSIS to intercept Jaballah’s solicitor-client communications; if not, whether solicitor-client privilege breached herein—When release order granted, CBSA not given open invitation to intercept, monitor solicitor-client communications—Clear, unmistakable terms in release order needed to infringe Jaballah’s solicitor-client privilege—Possession of intercepts by CBSA, CSIS sufficient to establish breach of solicitor-client communications in present case—Since breach

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fiducies aux fins de l’impôt—Le critère judiciaire de la résidence qui a été établi pour les sociétés doit également s’appliquer aux fiducies, avec les modifications qui s’imposent—L’analyse de la résidence aux fins de l’impôt repose sur les faits—La Cour de l’impôt n’a pas commis d’erreur en concluant que lors de la vente des actions des nouvelles sociétés, le centre de gestion et de contrôle des fiducies était situé au Canada et que les fiducies résidaient donc au Canada lorsqu’elles ont réalisé les gains en capital—Appels rejetés.

Interprétation des lois—L’impôt était réclamé au titre des gains en capital réalisés par Fundy Settlement et Summersby Settlement (les fiducies) lors de la disposition d’actions de deux sociétés canadiennes—L’interprétation de l’art. 94(1)(b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* a été prise en compte dans le cadre d’un *obiter*—La Cour de l’impôt a mal interprété l’art. 94(1)(b) lorsqu’elle a tranché la question de savoir si les biens avaient été transférés « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » aux fiducies—Le législateur a de propos délibéré choisi la formule « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » de l’art. 94(1)(b) afin de couvrir tous les moyens permettant de faire passer la richesse et les revenus potentiels que représentent les actions d’une société canadienne d’un bénéficiaire qui réside au Canada ou d’une personne liée à ce bénéficiaire à une fiducie non résidente.

### Jaballah (Re) (C.F.) . . . . . 179

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Requête visant la production de documents de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client et de tout document accessoire établi par ces entités à l’occasion de l’examen de ces communications—M. Jaballah a été remis en liberté aux termes d’une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques—Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client—Des fonctionnaires du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah—Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si l’ordonnance de mise en liberté autorisait l’ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah et, si ce n’est pas le cas, s’il y a eu atteinte au privilège des communications entre avocat et client en l’espèce—Lorsque l’ordonnance de mise en liberté a été rendue, elle ne donnait pas à l’ASFC toute latitude pour intercepter

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

established, onus on ministers to show breach not prejudicing Jaballah—Release order not legitimizing ministers' possession of solicitor-client information—Breach entitling Jaballah to disclosure of secondary documents but only to extent necessary to ensure fairness of proceedings thereagainst—Motion granted.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Jaballah, subject of security certificate, released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone—No terms specifically addressing solicitor-client privilege—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls—Jaballah seeking production of documentation from Canada Border Services Agency, CSIS regarding practices, procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications—Because detention infringing Jaballah's Charter, s. 7 rights, detention must be in accordance with principles of fundamental justice—Fundamental justice including principle of solicitor-client privilege—Jaballah entitled to disclosure of secondary documents under Charter, s. 7 and/or Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*—Neither procedurally nor fundamentally fair for ministers to access solicitor-client communications—Since Jaballah's detention engaging Charter, s. 7 rights, circumstances of detention, including monitoring of communications, must comply with principles of fundamental justice.

Practice—Privilege—Jaballah, subject of security certificate, released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone—No terms specifically addressing

## SOMMAIRE (Suite)

et surveiller les communications avocat-client—Il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté soit libellée en termes clairs et non équivoques pour enfreindre le privilège des communications avocat-client de M. Jaballah—La simple possession des interceptions par l'ASFC et le SCRS suffisait à constituer une violation du privilège des communications avocat-client en l'espèce—Puisque la violation avait été établie, il appartenait aux ministres de démontrer que cette violation n'a causé à M. Jaballah aucun préjudice—L'ordonnance de mise en liberté ne légitimait en rien la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications entre avocat et client—La violation permettait à M. Jaballah de se voir remettre les documents secondaires dans la mesure où les documents demandés étaient nécessaires pour assurer l'équité de la procédure—Requête accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—M. Jaballah, qui était visé par un certificat de sécurité, a été mis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques—Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client—Des fonctionnaires du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah—M. Jaballah demandait la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada et du SCRS concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client—Comme la détention de M. Jaballah portait atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte, la détention devait respecter les principes de justice fondamentale—La justice fondamentale comprend le privilège des communications entre avocat et client—M. Jaballah était en droit de se voir communiquer les documents secondaires aux termes de l'art. 7 de la Charte et/ou des règles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*—Il n'était conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres d'avoir accès à des communications avocat-client—Comme la détention dont a fait l'objet M. Jaballah faisait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte, les conditions de sa détention, y compris la surveillance de ses communications, devaient être conformes aux principes de justice fondamentale.

Pratique—Communications privilégiées—M. Jaballah, qui était visé par un certificat de sécurité, a été mis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

solicitor-client privilege—Canadian Security Intelligence Service officials listening to Jaballah’s solicitor-client telephone calls—Privileged solicitor-client communications accepted as fundamental element of Canada’s judicial system, constituting principle of fundamental justice—Possession of intercepts sufficient to make out breach of privilege herein.

### **Kenne v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 291**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of decision of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board of Canada (IAD) dismissing applicant’s appeal of immigration officer’s decision rejecting application for permanent residence under family class for applicant’s three adoptive children—Applicant Cameroonian-Canadian—Adopting deceased friend’s three children through court process in Cameroon—IAD holding children’s adoption not legally valid under Cameroonian law, not meeting requirements under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 3(2), 117(3)(d)—Whether IAD erring in assessing legal validity of applicant’s adoption, compliance thereof with Regulations—IAD erring in assessing evidence—While Cameroonian *Civil Code* not expressly mentioning full adoption, documentary evidence supporting existence, validity thereof under Cameroonian law—Two legal opinions submitted confirming existence of full adoption, its basis in *Civil Code*—Although legal opinions not prepared by adoption law experts, in assessing weight to be given to legal opinions on scope of foreign legislative provisions, in deciding whether to set them aside, understanding opinions important—IAD’s decision not accurately reflecting legal opinions; showing IAD not understanding opinions, scope of foreign provisions at issue—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

surveillance de ses communications téléphoniques—Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client—Des fonctionnaires du Service canadien du renseignement de sécurité écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah—Le privilège des communications avocat-client est reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire et constitue un principe de justice fondamentale—La simple possession des interceptions suffisait à constituer une violation du privilège en l’espèce.

### **Kenne c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . . 291**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant l’appel du demandeur à l’encontre d’une décision de l’agent d’immigration refusant la demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial de ses trois enfants adoptifs—Le demandeur est un citoyen canadien du Cameroun—Il a, par processus judiciaire au Cameroun, adopté les trois enfants de son ami décédé—La SAI a statué que l’adoption des enfants n’était pas valide sous le régime du droit camerounais et qu’elle ne répondait pas aux exigences des art. 3(2) et 117(3)d) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Il s’agissait de savoir si la SAI a commis une erreur dans son appréciation de la validité en droit de l’adoption des enfants et si l’adoption était conforme au Règlement—La SAI a commis une erreur dans son appréciation de la preuve—Bien que le *Code civil* camerounais ne mentionne pas expressément l’adoption plénière, la preuve documentaire en soutenait l’existence et la validité en droit camerounais—Deux opinions juridiques confirmaient l’existence de l’adoption plénière et ses assises dans le *Code civil*—Même si les opinions juridiques n’ont pas été préparées par des experts en matière d’adoption, pour apprécier la valeur probante à accorder à des opinions juridiques sur la portée de dispositions législatives étrangères et pour décider de les écarter, il importait de bien les comprendre—La décision de la SAI ne reflétait pas fidèlement les opinions juridiques et démontrait que la SAI n’a pas saisi les opinions ni la portée des dispositions législatives étrangères en cause—Demande accueillie.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada (F.C.A.)..... 312**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeals from Federal Court decision determining on judicial review that Governor in Council having power under *Citizenship Act*, s. 10(1) to reject Minister of Citizenship and Immigration’s recommendation to revoke citizenship of Messrs. Odynsky, Katriuk (respondents) for concealing war past to Canadian immigration authorities—Main issue whether Federal Court correctly holding that Governor in Council having power under Act, s. 10(1) to reject Minister’s recommendation, decide not to revoke respondents’ citizenship—Under Act, s. 10(1), Governor in Council having power to reject Minister’s recommendation to revoke citizenship, enjoying broad discretion to review recommendation—Authorities suggesting that s. 10(1) giving Governor in Council wide discretion to review entire situation on all facts, to reject Minister’s recommendation if appropriate—Therefore, Federal Court not erring in making determination on issue in question—Governor in Council’s decisions not to revoke respondents’ citizenship defensible—Appeals dismissed.

Practice—Parties—Standing—Federal Court determining on judicial review that Governor in Council having power under *Citizenship Act*, s. 10(1) to reject Minister of Citizenship and Immigration’s recommendation to revoke citizenship of Messrs. Odynsky, Katriuk, that appellant having standing to bring applications for judicial review of those decisions—Since appellant not “directly affected” by Governor in Council’s decisions within meaning of *Federal Courts Act*, s. 18.1(1), not having direct standing to bring applications for judicial review—Nevertheless, appellant having public interest standing in present case since meeting established threefold test.

Construction of Statutes—Federal Court determining that Governor in Council having power under *Citizenship Act*, s. 10(1) to reject Minister of Citizenship and Immigration’s recommendation to revoke citizenship of Messrs. Odynsky, Katriuk—Interpretation of s. 10(1) never put directly to Federal Court of Appeal for decision—Federal Court correctly

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada (C.A.F.)..... 312**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appels de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu dans le cadre d’un contrôle judiciaire que le gouverneur en conseil a le pouvoir, en vertu de l’art. 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, de rejeter la recommandation du ministre de l’Immigration et de la Citoyenneté de révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk (les intimés) parce qu’ils avaient caché leur passé pendant la guerre aux services canadiens d’immigration—La principale question à trancher était celle de savoir si la Cour fédérale a conclu à juste titre que le gouverneur en conseil avait le pouvoir, en vertu de l’art. 10(1) de la Loi, de rejeter la recommandation du ministre et de décider de ne pas révoquer la citoyenneté des intimés—En vertu de l’art. 10(1) de la Loi, le gouverneur en conseil dispose du pouvoir de rejeter la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté et d’un vaste pouvoir discrétionnaire l’autorisant à revoir la recommandation—Une certaine jurisprudence permet de penser que l’art. 10(1) confère au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d’examiner l’ensemble de la situation que les faits exposent et de rejeter, s’il y a lieu, la recommandation du ministre—En conséquence, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en tirant sa conclusion à cet égard—Les décisions du gouverneur en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté des intimés étaient justifiables—Appels rejetés.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—La Cour fédérale a conclu dans le cadre d’un contrôle judiciaire que le gouverneur en conseil a le pouvoir, en vertu de l’art. 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, de rejeter la recommandation du ministre de l’Immigration et de la Citoyenneté de révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk et que l’appelante avait qualité pour solliciter le contrôle judiciaire de ces décisions—Comme l’appelante n’était pas « directement touchée » par les décisions du gouverneur en conseil au sens de l’art. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, elle n’avait donc pas un intérêt direct pour en solliciter le contrôle judiciaire—Néanmoins, l’appelante avait qualité pour agir dans l’intérêt public puisqu’elle répondait au triple critère établi.

Interprétation des lois—La Cour fédérale a conclu que le gouverneur en conseil a le pouvoir, en vertu de l’art. 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, de rejeter la recommandation du ministre de l’Immigration et de la Citoyenneté de révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk—La Cour d’appel fédérale n’a jamais été directement saisie de l’interprétation

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

examining subsection in light of context, purpose of Act, going beyond literal meaning thereof—Legislative context supporting position that Governor in Council’s authority more than mere formality, enjoying broad discretion to review Minister’s recommendation that citizenship be revoked.

### **Memari v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 350**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board rejecting applicant’s claim for refugee protection—Applicant citizen of Iran of Sunni Kurdish ethnicity claiming to have fled Iran to escape torture, persecution experienced because of political beliefs, activities—Inconsistencies, significant implausibility in applicant’s testimony leading Board to conclude applicant’s evidence not credible—Applicant submitting principles of natural justice breached as result of counsel’s incompetence—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 167(1) providing statutory right to representation by counsel before Board—However, incompetence constituting breach of natural justice only in most extraordinary cases—In case at bar, claims of incompetence sufficiently specific, exceptional, clearly supported by evidence to meet performance component established in case law—Taken in isolation, each individual action, omission of counsel did not satisfy prejudice component of case law—However, combined effect of actions, omissions in question sufficient to result in miscarriage of justice—Application allowed.

### **Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 218**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Motion for order requiring return of documents inadvertently forwarded to applicant’s counsel and for non-disclosure of relevant portions of disputed documents—Applicant filing application for leave, judicial review

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de l’art. 10(1)—La Cour fédérale a eu raison d’examiner la disposition à la lumière de son contexte et de l’objet de la Loi et de ne pas s’en tenir à une interprétation littérale—Le contexte législatif étaye la thèse selon laquelle le pouvoir conféré au gouverneur en conseil soit davantage qu’une simple formalité et que le gouverneur en conseil dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire l’autorisant à revoir la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté.

### **Memari c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . . 350**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire visant la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d’asile du demandeur—Le demandeur est un citoyen de l’Iran d’origine kurde sunnite qui prétendait avoir quitté l’Iran pour fuir la torture et la persécution subie en raison de ses croyances et activités politiques—Des incohérences et une invraisemblance importante dans le témoignage du demandeur ont amené la Commission à conclure que la preuve présentée n’était pas crédible—Le demandeur soutenait que les principes de justice naturelle avaient été violés par suite de l’incompétence de son avocate—L’art. 167(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* reconnaît le droit d’être représenté par un avocat devant la Commission—Toutefois, l’incompétence de l’avocat ne constituera un manquement aux principes de justice naturelle que dans les cas les plus extraordinaires—En l’espèce, les allégations d’incompétence étaient suffisamment précises, exceptionnelles et étayées par la preuve pour répondre au critère fondé sur l’examen du travail de l’avocat établi dans la jurisprudence—Pris isolément, chacun des actes et omissions reprochés à l’avocate n’aurait pas satisfait au critère du volet « appréciation du préjudice » établi par la jurisprudence—Cependant, l’effet combiné de ces actes et omissions était suffisant pour donner lieu à une erreur judiciaire—Demande accueillie.

### **Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . . 218**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l’avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés—Le demandeur a

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

of interlocutory decision of Immigration and Refugee Board rendered in admissibility hearing determining applicant's admissibility to Canada pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 34(1)—This application accompanied by motion to stay admissibility hearing pending determination of ministerial relief application made under IRPA, s. 34(2)—Respondent in application requesting return of documents inadvertently disclosed in response to ministerial relief application, on ground disclosure of contents would be injurious to national security or to safety of any person—Key issues whether respondent's motion should be heard, determined pursuant to IRPA, s. 87 or *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38; whether motion to recall disputed documents should succeed; whether Court should designate special advocate pursuant to IRPA, s. 87.1—(1) Court having jurisdiction to consider motion, directly or by analogy pursuant to IRPA, s. 87.1—CEA, s. 38 meant to apply to proceedings where no statutory scheme in place to deal with non-disclosure of documents subject of national security privilege—IRPA containing statutory scheme specifically designed to deal with non-disclosure of information within immigration context—Federal Court expressly tasked by Parliament to protect information in IRPA context where disclosure injurious to national security or endangering safety of any person—(2) Inadvertent disclosure not ousting Court's jurisdiction to protect national security documents—This reasoning also applying to IRPA, s. 87—Case-by-case determination of privilege required when documents inadvertently disclosed—Privilege claimed over portions of disputed documents not lost by their disclosure—(3) In view of factors considered in *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, considerations of fairness and natural justice not requiring appointment of special advocate to protect interests of applicant—Motion granted.

Evidence—Motion for order requiring return of documents inadvertently forwarded to applicant's counsel in admissibility hearing determining applicant's admissibility to Canada pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA),

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rendue dans le cadre d'une enquête visant à déterminer s'il devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Cette demande a été accompagnée d'une requête visant à obtenir une suspension de l'enquête jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu de l'art. 34(2) de la LIPR—Le défendeur en l'espèce demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui—Les principaux points litigieux étaient de savoir si la requête du défendeur devait être entendue et tranchée en vertu de l'art. 87 de la LIPR ou en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC), si sa requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devait être accueillie, et si la Cour devait désigner un avocat spécial en vertu de l'art. 87.1 de la LIPR—1) La Cour avait compétence pour juger la requête, directement ou par analogie, en vertu de l'art. 87 de la LIPR—L'art. 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgence des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale—La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgence des renseignements dans le contexte de l'immigration—Le législateur a expressément chargé la Cour de protéger les renseignements dans le cadre de l'application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui—2) Une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écarter le pouvoir de la Cour de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué—Ce raisonnement vaut également dans le cas de l'art. 87 de la LIPR—Il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège—Le privilège qui était revendiqué sur les passages des documents contestés n'avait pas été perdu par suite de leur divulgation—3) Compte tenu des facteurs examinés dans l'affaire *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigeaient pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur—Requête accordée.

Preuve—Requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur dans le cadre d'une enquête visant à déterminer s'il devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1) de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

s. 34(1)—Respondent requested return of documents inadvertently disclosed in response to ministerial relief application, on ground disclosure of contents would be injurious to national security or to safety of any person—Whether respondent’s motion should be heard and determined pursuant to IRPA, s. 87 or *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38—CEA, s. 38 meant to apply to proceedings where no statutory scheme in place to deal with non-disclosure of documents subject of national security privilege—IRPA containing statutory scheme specifically designed to deal with non-disclosure of information within immigration context—CEA, s. 38 not proper vehicle for dealing with subject matter of this motion.

### **Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) . . . . . 243**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Appeal from decision of Federal Court requiring return of documents inadvertently disclosed to counsel for appellant—File part of admissibility hearing to determine whether appellant inadmissible under former *Immigration Act*, s. 19(1)(f)(iii)(B)—Documents inadvertently disclosed in course of processing claim for ministerial relief under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 34(2)—After asking for return of inadvertently disclosed documents, respondent seeking and obtaining order from Federal Court requiring counsel for appellant to return documents to respondent—Central issues whether Federal Court possessed jurisdiction to make such an order and whether Federal Court erred by failing to appoint *amicus curiae* or by failing to consider whether principles of procedural fairness required some remedy be afforded to appellant—Federal Court correct to reject application of *Canada Evidence Act*, s. 38, and to find it had jurisdiction—However, source of jurisdiction not s. 87 of Act, but rather *Federal Courts Act*, s. 44, and Federal Court’s plenary jurisdiction over disclosure in immigration matters—Regarding main issues of fairness, Federal Court erred by failing to consider particular circumstances in this case when deciding on appellant’s request for appointment of *amicus curiae* and by failing to consider what use appellant could make of information that had been disclosed to him—Appeal allowed in part.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) —Le défendeur demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui —Question de savoir si la requête du défendeur devait être entendue et tranchée en vertu de l’art. 87 de la LIPR ou en vertu de l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC)—L’art. 38 de la LPC est censé s’appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgation des documents qui font l’objet d’un privilège fondé sur la sécurité nationale—La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgation des renseignements dans le contexte de l’immigration—L’art. 38 de la LPC n’était pas le moyen approprié pour traiter de l’objet de la présente requête.

### **Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) . . . . . 243**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Appel à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l’avocate de l’appellant—Le dossier s’inscrit dans le cadre d’une enquête visant à déterminer si l’appellant devrait être interdit de territoire en vertu de l’art. 19(1)(f)(iii)(B) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*—Les documents transmis par inadvertance l’ont été au cours de l’examen d’une demande de dispense ministérielle présentée en vertu de l’art. 34(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la Loi)—Après avoir demandé le retour de documents divulgués par inadvertance, l’intimé a sollicité et obtenu une ordonnance de la Cour fédérale enjoignant à l’avocate de l’appellant de lui remettre les documents —Les principales questions en litige étaient de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour rendre une telle ordonnance et si elle avait commis une erreur en ne désignant pas un *amicus curiae* ou en omettant de considérer si les principes de l’équité procédurale exigeaient qu’une réparation soit accordée à l’appellant—La Cour fédérale a décidé avec raison que l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s’appliquait pas et qu’elle avait compétence—Toutefois, la source de cette compétence n’était pas l’art. 87 de la Loi, mais plutôt l’art. 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* et la compétence plénière qu’exerce la Cour fédérale en matière de divulgation dans les affaires d’immigration—En ce qui concerne les principales

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Federal Court Jurisdiction—Respondent inadvertently disclosing documents to counsel for appellant in course of processing claim for ministerial relief filed by appellant under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 34(2)—At respondent’s request, Federal Court requiring counsel for appellant to return documents to respondent—Whether Federal Court possessed jurisdiction to make such an order—Federal Court correct to reject application of *Canada Evidence Act*, s. 38, and to find it had jurisdiction—However, source of jurisdiction not s. 87 of Act, but rather *Federal Courts Act*, s. 44, and Federal Court’s plenary jurisdiction over disclosure in immigration matters.

Evidence—Respondent inadvertently disclosing documents to counsel for appellant in course of processing claim for ministerial relief filed by appellant under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(2)—Federal Court requiring counsel for appellant to return documents to respondent—Federal Court correct to reject application of *Canada Evidence Act*, s. 38, and to find it had jurisdiction to make such an order—Section 38 has no application as mechanism to retrieve information already disclosed—Nothing in language of s. 38 speaks to its application after disclosure has been made.

## SOMMAIRE (Fin)

questions d’équité procédurale, la Cour fédérale a commis une erreur en ne tenant pas compte des circonstances particulières de l’affaire lorsqu’elle s’est prononcée sur la demande de nomination d’un *amicus curiae* par l’appellant et en omettant d’examiner dans quelle mesure l’appellant pouvait utiliser les renseignements qui lui avaient été divulgués—Appel accueilli en partie.

Compétence de la Cour fédérale—L’intimé a transmis par inadvertance des documents à l’avocate de l’appellant dans le cadre d’une demande de dispense ministérielle présentée par l’appellant en vertu de l’art. 34(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la Loi)—À la demande de l’intimé, la Cour fédérale a enjoint à l’avocate de l’appellant de lui remettre les documents—Question de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour rendre une telle ordonnance—La Cour fédérale a décidé avec raison que l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s’appliquait pas et qu’elle avait compétence—Toutefois, la source de cette compétence n’était pas l’art. 87 de la Loi, mais plutôt l’art. 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* et la compétence plénière qu’exerce la Cour fédérale en matière de divulgation dans les affaires d’immigration.

Preuve—L’intimé a transmis par inadvertance des documents à l’avocate de l’appellant dans le cadre d’une demande de dispense ministérielle présentée par l’appellant en vertu de l’art. 34(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La Cour fédérale a enjoint à l’avocate de l’appellant de lui remettre les documents—La Cour fédérale a décidé avec raison que l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s’appliquait pas et qu’elle avait compétence pour rendre une telle ordonnance—L’art. 38 ne peut s’appliquer comme mécanisme permettant de récupérer des renseignements déjà divulgués—Rien dans le libellé de l’art. 38 ne parle de son application après la divulgation des renseignements.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

*Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2010 FCA 196, [2012] 1 F.C.R. 304, has been reversed on appeal (2012 SCC 29). The reasons for judgment, handed down June 15, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc.*, A-10-11, 2011 FCA 364, Evans J.A., judgment dated December 19, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012.

*Crouse v. Commissionaires Nova Scotia*, A-63-11, 2012 FCA 4, Dawson J.A., judgment dated January 10, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012.

*Davitt v. Canada (National Revenue)*, A-494-10, 2012 FCA 27, Layden-Stevenson J.A., judgment dated January 24, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 28, 2012.

*Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, A-425-09, 2011 FCA 39, Nadon and Mainville J.J.A., judgment dated February 3, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted May 24, 2012.

*Doig v. Canada*, A-169-11, 2012 FCA 28, Trudel J.A., judgment dated January 25, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012.

*Elbilialia v. Air Canada*, A-70-09, 2011 FCA 356, Trudel J.A., judgment dated December 16, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012 (*sub nom Elbilialia v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW- Canada), Local 2002*).

*Envision Credit Union v. Canada*, A-479-10, 2011 FCA 321, Evans J.A., judgment dated November 21, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted June 21, 2012.

*Imperial Tobacco Canada Limited v. Canada*, A-35-11, 2011 FCA 308, Sharlow J.A., judgment dated November 10, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 24, 2012.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Halifax (Municipalité régionale) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2010 CAF 196, [2012] 1 R.C.F. 304, a été infirmé en appel (2012 CSC 29). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 juin 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc.*, A-10-11, 2011 CAF 364, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012.

*Crouse c. Commissionaires Nova Scotia*, A-63-11, 2012 CAF 4, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012.

*Davitt c. Canada (Revenu national)*, A-494-10, 2012 CAF 27, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 24 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juin 2012.

*Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, A-425-09, 2011 CAF 39, les juges Nadon et Mainville, J.C.A., jugement en date du 3 février 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 24 mai 2012.

*Doig c. Canada*, A-169-11, 2012 CAF 28, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 25 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012.

*Elbilialia c. Air Canada*, A-70-09, 2011 CAF 356, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 16 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012 (*sub nom Elbilialia c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada), section locale 2002*).

*Envision Credit Union c. Canada*, A-479-10, 2011 CAF 321, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 21 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 21 juin 2012.

*Imperial Tobacco Canada Limitée c. Canada*, A-35-11, 2011 CAF 308, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 10 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mai 2012.

APPEALS NOTED

*Lavigne v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, A-469-10, A-470-10, 2011 FCA 333, Trudel J.A., judgment dated November 29, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 31, 2012 (*sub nom Lavigne v. Canada Post Corp.*).

*Tajdin v. Aga Khan*, A-59-11, A-60-11, 2012 FCA 12, Gauthier J.A., judgment dated January 16, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 28, 2012.

*Lavigne c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, A-469-10, A-470-10, 2011 CAF 333, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 29 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 mai 2012 (*sub nom Lavigne c. Société canadienne des postes*).

*Tajdin c. Aga Khan*, A-59-11, A-60-11, 2012 CAF 12, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 16 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juin 2012.

## IN MEMORIAM

### THE HONOURABLE CAROLYN LAYDEN-STEVENSON

#### JUDGE OF THE FEDERAL COURT OF APPEAL

The passing of the Honourable Carolyn Layden-Stevenson of Ottawa, and formerly of Fredericton, wife of Donald Stevenson, occurred at the Ottawa Hospital, General Campus, on June 27, 2012. Born on July 23, 1947, in Saint John, she was the daughter of Kenneth C. Layden and Evelyn (Connors) Layden.

Besides her husband and parents, Justice Layden-Stevenson is survived by her daughter, Constance Stevenson (Scott) of Summerside, Prince Edward Island, her sons, Daniel Stevenson (Sara) and Michael Stevenson of Fredericton, her grandchildren, Jake, Burke, Benjamin and James, her sister, Margie Layden-Oreto (Tony), her brothers, Kenneth F. Layden (Kim), Richard Layden (Ruth) and Peter Layden (Crystal), her nieces and nephews, Jason, Kathleen, David, Christine, Matthew, Dean, David, Susanne, Douglas, Mitchell, Maggie and John, her mother-in-law, Lois Stevenson, her husband's siblings, Doug (Marg), Barb (Grant), and Heather (Parker), and her goddaughter, Lori Campbell (Stacy). She was predeceased by her nephew, Brendon Oreto.

Justice Layden-Stevenson taught in schools in Saint John and Fredericton and obtained Bachelor of Teaching and Bachelor of Arts Degrees from St. Thomas University and a Masters of Education Degree and a Bachelor of Laws Degree from the University of New Brunswick. After completing law school, she clerked for the Honourable Stuart G. Stratton, Chief Justice of New Brunswick, in 1984–1985. Between 1985 and 2002, she and her husband practiced law together in Fredericton under the firm name Stevenson & Stevenson.

Justice Layden-Stevenson was a member of the Canadian Bar Association, Law Society of New Brunswick, York-Sunbury Law Society and New Brunswick Fredericton Area Legal Aid Appeals Committee.

Justice Layden-Stevenson was appointed Judge of the Federal Court of Canada, Trial Division and *ex officio* member of the Court of Appeal in January 2002, and then Judge of the Court Martial Appeal Court of Canada in April 2002. She was appointed Judge of the Federal Court of Appeal on December 12, 2008.

## IN MEMORIAM

### L'HONORABLE CAROLYN LAYDEN-STEVENSON

#### JUGE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Le décès de l'honorable Carolyn Layden-Stevenson d'Ottawa, et anciennement de Fredericton, épouse de Donald Stevenson, a eu lieu à l'Hôpital d'Ottawa, Campus Général, le 27 juin 2012. Née le 23 juillet 1947 à Saint John, elle était la fille de Kenneth C. Layden et Evelyn (Connors) Layden.

Outre son époux et ses parents, la juge Layden-Stevenson est survécue par sa fille, Constance Stevenson (Scott) de Summerside, Île du Prince-Édouard, ses fils, Daniel Stevenson (Sara) et Michael Stevenson, de Fredericton, ses petits-enfants, Jake, Burke, Benjamin et James, sa sœur, Margie Layden-Oreto (Tony), ses frères, Kenneth F. Layden (Kim), Richard Layden (Ruth) et Peter Layden (Crystal), ses neveux et nièces, Jason, Kathleen, David, Christine, Matthieu, Dean, David, Susanne, Douglas, Mitchell, Maggie et John, sa belle-mère, Lois Stevenson, les frères et sœurs de son mari, Doug (Marg), Barb (Grant), et Heather (Parker), et sa filleule, Lori Campbell (Stacy). Elle a été précédée par son neveu, Brendon Oreto.

La juge Layden-Stevenson a enseigné dans les écoles de Saint John et Fredericton et a obtenu un baccalauréat en enseignement et un baccalauréat ès arts de l'Université St. Thomas, et une maîtrise en éducation et un baccalauréat en droit de l'Université du Nouveau-Brunswick. Après avoir terminé l'école de droit, elle a été stagiaire de l'honorable Stuart G. Stratton, juge en chef du Nouveau-Brunswick, en 1984–1985. Entre 1985 et 2002, elle et son mari ont pratiqué le droit ensemble à Fredericton sous le nom de Stevenson & Stevenson.

La juge Layden-Stevenson a été membre de l'Association du Barreau canadien, du Barreau du Nouveau-Brunswick, du Barreau de York-Sunbury et du comité d'appel de la région de Fredericton de la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick.

La juge Layden-Stevenson a été nommée juge à la Cour fédérale du Canada, Section de première instance et membre d'office de la Cour d'appel en janvier 2002, puis juge de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada en avril 2002. Elle a été nommée juge à la Cour d'appel fédérale le 12 décembre 2008.

IN MEMORIAM

She will be remembered fondly for her teamwork, her leadership, her loyal commitment to her family and her colleagues of the Court and her friends, and most of all for her true camaraderie. She touched the lives of many and will be missed by all who knew her.

On se souviendra avec tendresse de son travail d'équipe, de son leadership, de son engagement loyal envers sa famille, ses collègues de la Cour et ses amis, et surtout, de sa franche camaraderie. Elle a touché la vie de nombreuses personnes et sera regrettée par tous ceux qui la connaissaient.

**Federal Courts  
Reports**

**2012, Vol. 2, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2012, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**





DES-6-08  
2010 FC 1084

DES-6-08  
2010 CF 1084

**IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to section 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA);**

**AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR);**

**AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;**

**ET le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;**

**AND IN THE MATTER OF MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH**

**ET MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH**

**INDEXED AS: JABALLAH (RE)**

**RÉPERTORIÉ : JABALLAH (RE)**

Federal Court, Aalto P.—Toronto, September 17; Ottawa, November 3, 2010.

Cour fédérale, protonotaire Aalto—Toronto, 17 septembre; Ottawa, 3 novembre 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion for production of documentation from Canada Border Services Agency (CBSA), Canadian Security Intelligence Service (CSIS) regarding practices, procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications, of collateral documentation created thereby arising from review of such communications — Jaballah released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone — No terms specifically addressing solicitor-client privilege — CSIS officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls — Principal issues whether release order authorizing CBSA, CSIS to intercept Jaballah's solicitor-client communications; if not, whether solicitor-client privilege breached herein — When release order granted, CBSA not given open invitation to intercept, monitor solicitor-client communications — Clear, unmistakable terms in release order needed to infringe Jaballah's solicitor-client privilege — Possession of intercepts by CBSA, CSIS sufficient to establish breach of solicitor-client communications in present case — Since breach established, onus on ministers to show breach not prejudicing Jaballah — Release order not legitimizing ministers' possession of solicitor-client information — Breach entitling Jaballah to disclosure of secondary documents but only to extent necessary to ensure fairness of proceedings thereagainst — Motion granted.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête visant la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client et de tout document accessoire établi par ces entités à l'occasion de l'examen de ces communications — M. Jaballah a été remis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques — Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client — Des fonctionnaires du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah — Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah et, si ce n'est pas le cas, s'il y a eu atteinte au privilège des communications entre avocat et client en l'espèce — Lorsque l'ordonnance de mise en liberté a été rendue, elle ne donnait pas à l'ASFC toute latitude pour intercepter et surveiller les communications avocat-client — Il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté soit libellée en termes clairs et non équivoques pour enfreindre le privilège des communications avocat-client de M. Jaballah — La simple possession des interceptions par l'ASFC et le SCRS suffisait à constituer une violation du privilège des communications avocat-client en l'espèce — Puisque la violation avait été établie, il appartenait aux ministres de démontrer que cette violation n'a causé à M. Jaballah aucun préjudice — L'ordonnance de mise en liberté ne légitimait en rien la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Jaballah, subject of security certificate, released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone — No terms specifically addressing solicitor-client privilege — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls — Jaballah seeking production of documentation from Canada Border Services Agency, CSIS regarding practices, procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications — Because detention infringing Jaballah's Charter, s. 7 rights, detention must be in accordance with principles of fundamental justice — Fundamental justice including principle of solicitor-client privilege — Jaballah entitled to disclosure of secondary documents under Charter, s. 7 and/or Supreme Court of Canada's decision in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) — Neither procedurally nor fundamentally fair for ministers to access solicitor-client communications — Since Jaballah's detention engaging Charter, s. 7 rights, circumstances of detention, including monitoring of communications, must comply with principles of fundamental justice.*

*Practice — Privilege — Jaballah, subject of security certificate, released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone — No terms specifically addressing solicitor-client privilege — Canadian Security Intelligence Service officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls — Privileged solicitor-client communications accepted as fundamental element of Canada's judicial system, constituting principle of fundamental justice — Possession of intercepts sufficient to make out breach of privilege herein.*

This was a motion involving the interception of solicitor-client telephone communications by the agents of the Minister of Public Safety and the Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism (ministers) between Mr. Jaballah and his counsel. Specifically, it sought production of documentation from the Canada Border Services Agency (CBSA) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) regarding

*entre avocat et client — La violation permettait à M. Jaballah de se voir remettre les documents secondaires dans la mesure où les documents demandés étaient nécessaires pour assurer l'équité de la procédure — Requête accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — M. Jaballah, qui était visé par un certificat de sécurité, a été mis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques — Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client — Des fonctionnaires du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah — M. Jaballah demandait la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada et du SCRS concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client — Comme la détention de M. Jaballah portait atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte, la détention devait respecter les principes de justice fondamentale — La justice fondamentale comprend le privilège des communications entre avocat et client — M. Jaballah était en droit de se voir communiquer les documents secondaires aux termes de l'art. 7 de la Charte et/ou des règles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) — Il n'était conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres d'avoir accès à des communications avocat-client — Comme la détention dont a fait l'objet M. Jaballah faisait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte, les conditions de sa détention, y compris la surveillance de ses communications, devaient être conformes aux principes de justice fondamentale.*

*Pratique — Communications privilégiées — M. Jaballah, qui était visé par un certificat de sécurité, a été mis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques — Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client — Des fonctionnaires du Service canadien du renseignement de sécurité écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah — Le privilège des communications avocat-client est reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire et constitue un principe de justice fondamentale — La simple possession des interceptions suffisait à constituer une violation du privilège en l'espèce.*

Il s'agissait d'une requête concernant l'interception, par des agents du ministre de la Sécurité publique et du ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme (les ministres), de communications téléphoniques entre M. Jaballah et son avocat. Plus particulièrement, elle visait la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) et du Service canadien du renseignement

the practices and procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications and any collateral documentation created thereby arising from a review of such communications.

Mr. Jaballah is the subject of a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which has been referred to the Federal Court. He was arrested on the security certificate and released from custody on lengthy and strict terms. The release order included a term that allowed for the monitoring of his telephone and the interception of his mail. None of the terms specifically addressed solicitor-client communications. Mr. Jaballah's public counsel later discovered that CSIS officials were listening to the solicitor-client telephone calls of Mr. Jaballah. Mr. Jaballah's release order was formally varied thereafter.

The main issues were whether the original release order authorized CBSA and CSIS to intercept Mr. Jaballah's solicitor-client communications and whether having those communications intercepted pursuant thereto eliminated solicitor-client privilege; whether possession of the intercepts was sufficient to make out a breach of solicitor-client privilege; and whether Mr. Jaballah was entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) and/or the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* (*Charkaoui II*) and, if so, to what extent.

*Held*, the motion should be granted.

While not enshrined *per se* in the Charter, solicitor-client privilege is a fundamental underpinning of the judicial system. The argument that Mr. Jaballah's release order sanctioned the interception, recording and monitoring of solicitor-client communications was not tenable. Because privileged solicitor-client communications are an accepted fundamental element of our judicial system, at the time the release order was granted, the ministers' counsel could not have believed that CBSA was given an open invitation to intercept, monitor and review solicitor-client communications. To obtain such a wide-ranging power to infringe Mr. Jaballah's solicitor-client privilege, the release order would have had to authorize that in clear and unmistakable terms. Moreover, Mr. Jaballah did not consent to having his solicitor-client communications monitored by CSIS. There was ample authority to establish that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice. Because Mr. Jaballah's detention infringed his section 7 Charter right, his detention had to be in accordance with the

de sécurité (le SCRS) concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client, et de tout document accessoire établi par ces entités à l'occasion de l'examen de ces communications.

M. Jaballah est visé par un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et déposé en Cour fédérale. Détenu en vertu du certificat de sécurité, il a été remis en liberté à des conditions strictes et détaillées. L'ordonnance de mise en liberté comprenait une condition autorisant la surveillance de ses communications téléphoniques et l'interception de son courrier. Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client. L'avocat de M. Jaballah pour l'audience publique a découvert par la suite que des fonctionnaires du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah. L'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah a été officiellement modifiée par la suite.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si l'ordonnance de mise en liberté initiale autorisait l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah et si le fait que de telles communications avaient été interceptées en vertu de l'ordonnance de mise en liberté avait pour effet d'écarter le privilège des communications entre avocat et client; si la simple possession d'interceptions suffisait à établir la violation du secret professionnel de l'avocat; et si M. Jaballah était en droit de se voir communiquer les documents secondaires aux termes de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et/ou des règles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (*Charkaoui II*) et, si oui, dans quelle mesure.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

S'il est vrai que le secret professionnel de l'avocat n'est pas à proprement parler garanti par la Charte, ce privilège est un pilier fondamental du système judiciaire. L'argument développé pour affirmer que l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah autorisait l'inspection, l'enregistrement et la surveillance de communications avocat-client n'était pas soutenable. Le privilège des communications avocat-client étant reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire, lorsqu'a été rendue l'ordonnance de mise en liberté, les avocats des ministres ne pouvaient pas croire honnêtement que cette ordonnance donnait à l'ASFC toute latitude pour intercepter, surveiller et analyser les communications avocat-client. Pour que soit accordée une autorisation aussi générale d'enfreindre le privilège marquant les communications entre M. Jaballah et ses avocats, il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté le prévoie en termes clairs et non équivoques. En outre, M. Jaballah n'a pas consenti à ce que ses communications avec son avocat fassent l'objet d'une

principles of fundamental justice, including solicitor-client privilege, unless justified under section 1 thereof.

Possession of the intercepts by CBSA and CSIS was sufficient to make out a breach of solicitor-client communications in this case. Having determined that the interception of solicitor-client communications was not duly authorized, it was up to the ministers to demonstrate that it did not prejudice Mr. Jaballah, who had no knowledge of who had contact with the solicitor-client communications and how the information was handled. Although the release order could be read as permitting the interception of solicitor-client privileged communications, it did not legitimize the possession by the ministers of the solicitor-client information nor did the release order compel the ministers to intercept solicitor-client communications.

Mr. Jaballah was entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the Charter and/or *Charkaoui II*. Security certificate cases are *sui generis* proceedings. It was neither procedurally nor fundamentally fair for the ministers to access solicitor-client communications, many of which are privileged, and have the ability to use that information directly or indirectly against the interests of Mr. Jaballah. The documents sought went to the fundamental fairness of the proceeding. While it was clear that the procedure for determining the reasonableness of Mr. Jaballah's security certificate must be in accordance with the principles of fundamental justice, it was also true that Mr. Jaballah's detention engaged his section 7 Charter rights by limiting his liberty. The circumstances of his detention, including the monitoring of his communications, must also be in accordance with the principles of fundamental justice, which includes the principle of solicitor-client privilege and the common law principles of procedural fairness. It was reasonable to find in this case that disclosure of the collateral documents was necessary to determine whether the solicitor-client breach had impaired the fairness of the proceedings.

surveillance de la part du SCRS. La jurisprudence établit que le privilège des communications entre avocat et client constitue un principe de justice fondamentale. Comme la détention de M. Jaballah portait atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'article 7 de la Charte, la détention devait respecter les principes de justice fondamentale, y compris le privilège des communications entre avocat et client, à moins qu'une exception à ce principe ne se justifie au titre de l'article premier de la Charte.

La simple possession des interceptions par l'ASFC et le SCRS suffisait à constituer une violation du privilège des communications avocat-client en l'espèce. Puisqu'il a été décidé que l'interception de communications avocat-client n'avait pas été dûment autorisée, il appartenait aux ministres de démontrer que cette interception n'a causé à M. Jaballah aucun préjudice; ce dernier ignorait qui avait eu connaissance des communications entre lui et ses avocats et comment les enseignements en question avaient été traités. Même si l'ordonnance de mise en liberté pouvait être interprétée comme permettant l'interception de communications avocat-client, cela ne légitimait en rien la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications entre avocat et client, et les ministres n'étaient aucunement tenus, aux termes de l'ordonnance de mise en liberté, d'intercepter des communications avocat-client.

M. Jaballah était, aux termes de l'article 7 de la Charte et/ou des règles dégagées dans l'arrêt *Charkaoui II*, en droit d'obtenir la communication des documents secondaires. Les instances relatives à un certificat de sécurité sont des procédures *sui generis*. Il n'était conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres qui ont eu accès à des communications avocat-client, dont bon nombre sont couvertes par le secret professionnel, de pouvoir directement ou indirectement utiliser contre M. Jaballah, les renseignements ainsi obtenus. Les documents dont la communication était demandée concernent les exigences d'équité fondamentale applicables à la procédure. S'il était évident que la procédure permettant de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité visant M. Jaballah doit être conforme aux principes de justice fondamentale, il était également vrai que la détention dont a fait l'objet M. Jaballah faisait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'article 7 de la Charte. Les conditions de sa détention, y compris la surveillance de ses communications, doivent, elles aussi, être conformes aux principes de justice fondamentale, qui englobe le privilège des communications avocat-client et les principes d'équité procédurale reconnus en common law. Il était raisonnable de conclure en l'espèce que la divulgation des documents accessoires était nécessaire pour décider si l'atteinte au privilège des communications avocat-client avait nui à l'équité de l'instance.

Production of documentation relating to the interception of Mr. Jaballah's solicitor-client communications was ordered only to the extent that it was necessary to ensure the fairness of the proceedings thereagainst. Thus, Mr. Jaballah was entitled to production of documents that directly impacted his ability to know the extent of the policies of CBSA and CSIS regarding solicitor-client interceptions generally and as they related specifically to him and the extent to which either or both CBSA or CSIS had used any information gleaned from listening to intercepts.

La production de documents ayant trait à l'interception des communications avocat-client de M. Jaballah n'a été ordonnée que dans la mesure où les documents demandés étaient nécessaires pour assurer l'équité de la procédure. Par conséquent, M. Jaballah était en droit de se voir remettre les documents ayant une incidence directe sur la connaissance qu'il peut avoir des politiques de l'ASFC et du SCRS en matière d'interception de communications avocat-client en général, et plus particulièrement en ce qui le concerne, ainsi que dans quelle mesure l'ASFC ou le SCRS ont utilisé des renseignements recueillis dans le cadre de ces interceptions.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(1), 83(1)(a) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, 269 D.L.R. (4th) 193, 30 C.P.C. (6th) 193.

## CONSIDERED:

*Jaballah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, 63 Imm. L.R. (3d) 60; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 628, [2007] 1 F.C.R. 321, 270 D.L.R. (4th) 50, 278 F.T.R. 118; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 171, 309 F.T.R. 72, 61 Imm. L.R. (3d) 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; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, (1994), 92 C.C.C. (3d) 404, 33 C.R. (4th) 147; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, (1990), 77 D.L.R. (4th) 249, [1991] 1 W.W.R. 705; *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) 152; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590, 70 C.C.C. (2d) 385.

## REFERRED TO:

*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209,

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1), 83(1)a) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jaballah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 379; *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 628, [2007] 1 R.C.F. 321; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 171; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209;

312 A.R. 201, 216 D.L.R. (4th) 257; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, 270 D.L.R. (4th) 257, 47 Admin. L.R. (4th) 84; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, 294 D.L.R. (4th) 385, 74 Admin. L.R. (4th) 38; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12, 94 C.C.C. (3d) 289; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298.

MOTION seeking production of documentation from Canada Border Services Agency and Canadian Security Intelligence Service regarding the practices and procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications and any collateral documentation created thereby arising from a review of such communications. Motion granted.

#### APPEARANCES

*Michael N. Peirce* for applicant.  
*Adriel S. Weaver, Johnathan A. Dawe, Marlys A. Edwardh, Christine Davies and Barbara L. Jackman* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Jackman & Associates and Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation*, Toronto, for respondent.

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

AALTO P.:

#### Introduction

[1] The ability of a client to seek legal advice of counsel in absolute confidence is one of the hallmarks of Canada's judicial system. It is a right held in the highest regard and solicitor-client communications can only be accessed by third parties in the most exceptional of circumstances. None apply here.

*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299.

REQUÊTE visant la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada et du Service canadien du renseignement de sécurité concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client, et de tout document accessoire établi par ces entités à l'occasion de l'examen de ces communications. Requête accueillie.

#### ONT COMPARU

*Michael N. Peirce* pour le demandeur.  
*Adriel S. Weaver, Johnathan A. Dawe, Marlys A. Edwardh, Christine Davies et Barbara L. Jackman* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Jackman & Associates et Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation*, Toronto, pour l'intimé.

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

LE PROTONOTAIRE AALTO :

#### Introduction

[1] La possibilité de solliciter, à titre absolument confidentiel, les conseils d'un avocat est une des caractéristiques du système judiciaire canadien. C'est un droit auquel est attachée la plus grande importance et ce n'est qu'en des circonstances tout à fait exceptionnelles qu'un tiers peut avoir accès aux communications entre un

[2] The motion before the Court raises several issues concerning the interception of solicitor-client telephone communications by the agents of the Minister of Public Safety and the Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism (the ministers) between Mr. Jaballah and his counsel. The first general issue is whether or not the Canada Border Services Agency (CBSA) and its agent, the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), were authorized to intercept solicitor-client communications between Mr. Jaballah and his legal counsel. There is no doubt that CBSA and CSIS have done so. The second general issue is whether as a result of intercepting solicitor-client communications CBSA and CSIS are obliged to produce to Mr. Jaballah any collateral documents, such as memos, e-mails, reports which were generated by CSIS or CBSA as a result of recording or listening to the solicitor-client communications. On this motion, Mr. Jaballah seeks to have any such collateral or secondary documentation produced and, in addition, seeks the production of the following types of documents:

- A copy of the July 2006 “Harkat Guidelines” and the subsequent September 2007 replacement guidelines.
- Any records or logs indicating when the solicitor-client intercept recordings were accessed by CBSA and CSIS analysts, along with the frequency and duration of these accesses.
- Any memos, letters or other documents establishing practices or procedures governing the sharing of information between CSIS and CBSA derived from the interceptions in any of the security certificate cases (i.e. *Harkat, Mahjoub and Jaballah*)
- Any memos, written instructions or other documents relating to the practices to be followed by CBSA and CSIS analysts in relation to solicitor-client intercepts.

avocat et son client. De telles circonstances ne sauraient être invoquées en l’espèce.

[2] La requête présentée à la Cour soulève plusieurs questions concernant l’interception, par des agents du ministre de la Sécurité publique et du ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme (les ministres), de communications téléphoniques entre M. Jaballah et son avocat. La première question de caractère général est de savoir si l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) et son mandataire, le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), étaient autorisés à intercepter les communications entre M. Jaballah et son avocat. Il ne fait aucun doute que l’ASFC et le SCRS ont procédé à de telles interceptions. La seconde question de caractère général est de savoir si, ayant intercepté des communications entre un avocat et son client, l’ASFC et le SCRS sont tenus de remettre à M. Jaballah les documents accessoires, tels que les notes de service, courriels et rapports établis par le SCRS ou l’ASFC par suite de l’enregistrement ou de l’écoute de communications avocat-client. Dans le cadre de la présente requête, M. Jaballah demande que lui soit remise toute documentation accessoire ou secondaire produite à cet égard et demande que lui soient en outre remis les documents suivants :

- Un exemplaire des « Directives Harkat » de juillet 2006 et des directives qui les ont remplacées en septembre 2007.
- Tout dossier ou registre indiquant quand des analystes de l’ASFC et du SCRS ont consulté les enregistrements des communications interceptées, la fréquence de ces consultations et leur durée.
- Toutes les notes de service, lettres ou autres documents établissant les pratiques ou les procédures régissant l’échange, entre le SCRS et l’ASFC, de renseignements découlant d’interceptions menées dans le cadre d’une affaire relative à un certificat de sécurité quelle qu’elle soit (c.-à-d., les affaires *Harkat, Mahjoub et Jaballah*).
- Toutes les notes de service, instructions écrites ou autres documents concernant les pratiques s’imposant aux analystes de l’ASFC et du SCRS en matière d’interception de communications avocat-client.



- Any reports, memos or other documents that refer to the content of any of the Jaballah intercepts, whether solicitor-client privileged or otherwise.

[3] In the written representations filed on behalf of Mr. Jaballah another category of documents is referred to dealing with production of all documents (including e-mails and other electronic documents) bearing on these issues:

- The decision-making process that led CBSA and CSIS to intercept, record and review privileged solicitor-client telephone calls in Mr. Jaballah's case and in other security certificate cases (Harkat and Mahjoub). These documents are wide-ranging and include requests for internal memos and the like relating to the creation of the Harkat Guidelines; memos and the like relating to the scope of the release orders in Harkat, Mahjoub and Jaballah; documents relating to the revelation that solicitor-client communications had been intercepted; and any documents relating to what was done once it was determined that solicitor-client communications had been intercepted.

- The steps taken to implement the undertaking given to the Court in December 2008 and the Court's order directing that CSIS cease listening to solicitor-client communications and to destroy the recordings. On this issue Mr. Jaballah seeks production of any documents, electronic or otherwise, that directed analysts to comply with the order and whether analysts continued to listen after December 2008.

[4] Consideration of these issues and the documentary production is reviewed below.

- Tous les rapports, notes de service ou autres documents mentionnant le contenu d'une interception des communications avec M. Jaballah, qu'elles relèvent ou non du secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[3] Les observations écrites déposées au nom de M. Jaballah, sollicitent également la remise des documents (y compris les courriels et autres documents électroniques) portant sur les questions suivantes :

- Le processus décisionnel à l'issue duquel l'ASFC et le SCRS ont commencé à enregistrer et étudier des appels téléphoniques couverts par le privilège des communications avocat-client, tant dans le cas de M. Jaballah que dans d'autres affaires relatives à un certificat de sécurité (Harkat et Mahjoub). Il s'agit d'une vaste catégorie qui englobe notamment les notes de service internes et autres documents touchant la rédaction des Directives Harkat; les notes de service et autres documents concernant la portée des ordonnances de mise en liberté visant MM. Harkat, Mahjoub et Jaballah; les documents ayant trait à la révélation du fait que des communications avocat-client avaient été interceptées; et tout document concernant ce qui a été fait à partir du moment où il fut révélé que des communications avocat-client avaient été interceptées.

- Les mesures adoptées afin d'assurer la mise en œuvre de l'engagement pris envers la Cour en décembre 2008, ainsi que de l'ordonnance de la Cour enjoignant au SCRS de cesser d'écouter les communications entre un avocat et son client et de détruire les enregistrements qui en avaient été faits. M. Jaballah demande à cet égard que lui soit remis tout document, électronique ou autre, ordonnant aux analystes d'obéir à l'ordonnance et demande à savoir si ces analystes ont continué à écouter ses communications après le mois de décembre 2008.

[4] Ces questions, ainsi que celle des documents dont la remise est sollicitée seront examinées ci-dessous.

### Background

[5] Mr. Jaballah is the subject of a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) which has been referred to the Federal Court. He was released from custody in April 2007 on lengthy and strict terms, having been in custody since his arrest in 2001 on the security certificate. Specifically, the release order (release order) made by Madam Justice Carolyn Layden-Stevenson of the Federal Court (as she then was) included a term which allowed for the monitoring of his telephone [*Jaballah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, at paragraph 12 of Schedule A]:

Mr. Jaballah may use a conventional land based telephone line located in the residence (telephone line) other than the separate dedicated land based telephone line referred to on condition that before his release from detention, both Mr. Jaballah and the subscriber to such telephone service shall consent in writing to the interception by or on behalf of the CBSA, of all communications conducted using such service. For greater certainty, this includes allowing the CBSA to intercept the content of oral communications and also to obtain the telecommunication records associated with such telephone line service.

[6] The terms of Mr. Jaballah's release were substantially similar to those on which Mohamed Harkat [*Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 628, [2007] 1 F.C.R. 321] and Mohamed Zeki Mahjoub [*Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 171, 309 F.T.R. 72], two other security certificate detainees, had been previously released. The release orders in each of these cases authorized CBSA to intercept all communications, with no specific provision allowing for the interception of solicitor-client communications.

[7] In November 2008, a CBSA official testified that CBSA had received a report about Mr. Harkat, which included privileged solicitor-client information. It was through this testimony, and the testimony of other officials, that Mr. Jaballah's public counsel discovered that

### Le contexte

[5] M. Jaballah est visé par un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR) et déposé en Cour fédérale. Détenu depuis son arrestation en vertu d'un certificat de sécurité, il a été remis en liberté en avril 2007 à des conditions strictes et détaillées. En particulier, l'ordonnance de mise en liberté délivrée par Madame la juge Carolyn Layden-Stevenson de la Cour fédérale (maintenant à la Cour d'appel fédérale) comprenait une condition autorisant la surveillance de ses communications téléphoniques [*Jaballah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 379, au paragraphe 12 de l'annexe A] :

M. Jaballah pourra utiliser une ligne téléphonique traditionnelle se trouvant dans la résidence (la ligne téléphonique) autre que la ligne téléphonique classique distincte mentionnée au paragraphe 2 ci-dessus à condition qu'avant sa mise en liberté lui et l'abonné à ce service téléphonique consentent par écrit à l'interception, par ou pour le compte de l'ASFC, de toutes les communications acheminées par ce service, notamment à ce que l'ASFC intercepte les communications orales et obtienne les relevés des communications effectuées à l'aide de ce service.

[6] Les conditions de mise en liberté de M. Jaballah étaient sensiblement les mêmes que celles qui avaient été imposées à Mohamed Harkat [*Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 628, [2007] 1 R.C.F. 321] et à Mohamed Zeki Mahjoub [*Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 171], deux autres personnes détenues en vertu de certificats de sécurité et déjà remises en liberté à l'époque. Dans chacune de ces affaires, l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'ASFC à intercepter toutes leurs communications, aucune disposition n'autorisant spécifiquement l'interception de communications couvertes par le secret professionnel de l'avocat.

[7] En novembre 2008, un fonctionnaire de l'ASFC a témoigné que celle-ci avait reçu, au sujet de M. Harkat, un rapport comprenant des renseignements couverts par le privilège des communications avocat-client. C'est par ce témoignage et par le témoignage d'autres

CSIS analysts were listening to the solicitor-client telephone calls of Mr. Harkat, Mr. Mahjoub and Mr. Jaballah.

fonctionnaires que l'avocat de M. Jaballah pour l'audience publique a découvert que des analystes du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de MM. Harkat, Mahjoub et Jaballah.

#### CSIS Interception of Solicitor-Client Communications

#### L'interception par le SCRS des communications avocat-client

[8] CBSA and CSIS monitoring of solicitor-client communications began after Mr. Harkat was released from detention in July 2006. Elizabeth Snow, manager of the counter-terrorism section of CBSA, testified *in camera* and in public that CSIS analysts were directed to listen to all of Mr. Harkat's calls, and then destroy solicitor-client calls if they did not involve a threat to national security or a potential breach of the terms of release. These guidelines were contained in a letter dated July 21, 2006, sent from CBSA to CSIS, whose communications analysts were acting as CBSA's agents. These guidelines are apparently referred to as the "Harkat Guidelines". They have not been disclosed to public counsel, but it appears they have been reviewed by the special advocates.

[8] La surveillance par l'ASFC et le SCRS des communications avocat-client ont commencé après que M. Harkat a été remis en liberté en juillet 2006. Elizabeth Snow, gestionnaire de la section du contre-terrorisme de l'ASFC a témoigné, à huis clos et publiquement, que des analystes du SCRS avaient reçu pour consigne d'écouter tous les appels de M. Harkat, puis de détruire les appels avocat-client sans rapport avec une menace pour la sécurité nationale ou une violation possible des conditions de sa mise en liberté. Ces directives étaient exposées dans une lettre en date du 21 juillet 2006, envoyée par l'ASFC au SCRS, dont les analystes en communication étaient mandatés par l'ASFC. Ces directives sont, semble-t-il, appelées « Directives Harkat ». Elles n'ont pas été communiquées à l'avocat pour l'audience publique, mais semblent avoir été examinées par les avocats spéciaux.

[9] There were no specific guidelines governing the interception of Mr. Jaballah's communications when he was released. The evidence of an unnamed CSIS witness who testified *in camera*\* was that it was understood that Mr. Jaballah's communications should be monitored according to the same protocol governing Mr. Harkat's communications. Thus, according to this CSIS witness, all of Mr. Jaballah's calls, including solicitor-client communications, were monitored by CSIS for the purpose of determining whether a communication involved a potential threat to national security or a breach of the terms of release. The communications were then supposed to be destroyed.

[9] Après sa mise en liberté, aucune directive particulière ne régissait l'interception des communications de M. Jaballah. Selon le témoignage à huis clos\* d'un membre du SCRS dont le nom n'a pas été communiqué, il était entendu que les communications de M. Jaballah allaient devoir faire l'objet d'une surveillance conforme au protocole régissant la surveillance des communications de M. Harkat. Ainsi, selon ce témoin du SCRS, tous les appels de M. Jaballah, y compris les communications avocat-client, étaient surveillés par le SCRS afin de déceler d'éventuelles menaces pour la sécurité nationale ou une inobservation des conditions de sa mise en liberté. Les communications étaient ensuite censées être détruites.

[10] CBSA and CSIS implemented new guidelines concerning the interception of communications of

[10] En septembre 2007, l'ASFC et le SCRS ont adopté de nouvelles directives sur l'interception des

\* Throughout these reasons where *in camera* evidence is referred to, it is taken from the public summaries.

\* À chaque fois qu'il est question, dans ces motifs, de témoignages à huis clos, les détails fournis proviennent d'un résumé rendu public.

Mr. Jaballah, Mr. Mahjoub and Mr. Harkat in September 2007. Under these new guidelines, CSIS analysts listened to solicitor-client telephone calls but did not destroy them. Instead, the calls were sent to CBSA to be processed. CSIS did not retain copies of interceptions or call logs.

#### Handling of Solicitor-Client Intercepts by CBSA and CSIS

[11] There is nothing in the record to date that suggests the ministers have used or relied on the solicitor-client intercepts in the certificate proceedings against Mr. Jaballah.

[12] According to an unnamed CSIS analyst who testified *in camera*, CSIS analysts (acting as agents for CBSA) would make a preliminary analysis of the intercepted information. If the preliminary analysis indicated that Mr. Jaballah could be in violation of the provisions of the terms of his release, the information would be provided to CSIS for further analysis and follow up, and investigation. It appears from the record that four disclosures were made to CSIS, but the CSIS witness testified that these four disclosures were not based on solicitor-client communications. The CSIS witness also testified that “CSIS has made no use of, and did not retain, any of Mr. Jaballah’s solicitor-client communications”.

[13] According to the public summary of Ms. Snow’s *in camera* testimony, CBSA began listening to the intercepted communications in November 2007. Analysts were verbally instructed to stop listening to all calls involving a lawyer or law office staff. The public summary of her testimony states:

Once a CBSA analyst who is listening to an intercepted communication realizes that a communication is subject to solicitor-client privilege, the analyst disengages. This means that the analyst stops listening to that call and does not listen to any further part of that call.

communications de M. Jaballah, de M. Mahjoub et de M. Harkat. Selon ces nouvelles directives, les analystes du SCRS écoutaient les appels téléphoniques entre avocat et client, sans cependant détruire après coup les enregistrements. L’enregistrement de ces appels était envoyé à l’ASFC pour analyse. Le SCRS ne retenait aucune copie des interceptions ou des registres des communications.

#### Le traitement par l’ASFC et le SCRS des interceptions de communications avocat-client

[11] Le dossier ne contient jusqu’ici rien qui permette d’affirmer que les ministres ont utilisé les interceptions avocat-client dans le cadre de la procédure relative au certificat visant M. Jaballah.

[12] Selon le témoignage à huis clos de l’analyste du SCRS dont le nom n’a pas été communiqué, les analystes du SCRS (mandatés par l’ASFC) procédaient à une analyse préliminaire des renseignements interceptés. Si cette analyse préliminaire indiquait que M. Jaballah n’observait pas les conditions de sa mise en liberté, le renseignement était transmis au SCRS pour une analyse plus poussée et une enquête. Il ressort du dossier que quatre éléments d’information ont été transmis au SCRS, mais le témoin du SCRS a affirmé que ces quatre éléments ne provenaient pas des communications avocat-client. Le témoin du SCRS a également affirmé que [TRADUCTION] « le SCRS n’a pas fait usage de communications entre M. Jaballah et son avocat, et n’en a conservé aucune ».

[13] Selon le résumé rendu public du témoignage à huis clos de M<sup>me</sup> Snow, c’est en novembre 2007 que l’ASFC a commencé à écouter les communications interceptées. Les analystes ont reçu, de vive voix, la consigne de ne plus écouter les communications avec un avocat ou un membre de son cabinet. Selon le résumé de son témoignage qui a été rendu public :

[TRADUCTION] Dès qu’un analyste de l’ASFC écoutant une communication interceptée se rend compte qu’il s’agit d’une communication couverte par le secret professionnel de l’avocat, l’analyste met fin à l’écoute. Cela veut dire qu’il cesse entièrement d’écouter la communication.

CBSA adopts a broad definition of a solicitor-client communication. Any call from a lawyer or anyone in the lawyer's office to Mr. Jaballah or anyone in the household is treated as privileged. Calls originating from the Jaballah household to a law firm are similarly treated.

[14] Ms. Snow further testified that CBSA had not used any of Mr. Jaballah's solicitor-client communications arising from the intercepted telephone calls and confirmed that CBSA was in the process of destroying any solicitor-client communications in its possession.

[15] Mr. Jaballah's release order also authorized CBSA to intercept and read the Jaballah's mail [at paragraph 13 of Schedule A]. As with the term authorizing the interception of telephone conversations, this term did not specifically address solicitor-client privileged mail. Yet, the evidence on the record indicates that CBSA officers recognized that the release order did not authorize the interception of solicitor-client privileged mail. As evidence of this, in December 2008, a CBSA officer inadvertently opened a letter to Mr. Mahjoub from his counsel, but immediately put the correspondence aside without reading it, and contacted his supervisors for further direction. Counsel for the ministers wrote to the Court the next day, explaining what had occurred and providing assurances that the letter had been inadvertently opened, but not read. In his sworn statement, the officer states:

This incident was entirely inadvertent on my part. I am aware that solicitor-client mail is privileged and that the CBSA should not be reviewing such mail.

[16] Mr. Mahjoub and Mr. Jaballah were at the time represented by the same public counsel. Therefore, Mr. Jaballah's counsel became aware of the manner in which CBSA interpreted the terms of the release order in Mr. Mahjoub's case.

L'ASFC a retenu des communications entre un avocat et son client une définition large. Tout appel d'un avocat ou d'un employé du cabinet à M. Jaballah ou autre personne habitant au même domicile, est ainsi considéré comme couvert par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Il en allait de même de tout appel passé à un cabinet d'avocats par quelqu'un habitant au domicile de M. Jaballah.

[14] M<sup>me</sup> Snow a en outre déclaré que l'ASFC n'avait jamais utilisé une communication téléphonique entre M. Jaballah et son avocat captée à l'occasion d'une interception, et a confirmé que l'ASFC était en train de détruire toute communication avocat-client qu'elle aurait en sa possession.

[15] L'ordonnance de mise en liberté de M. Jaballah autorisait également l'ASFC à intercepter et à lire leur courrier [au paragraphe 13 de l'annexe A]. À l'instar de la condition autorisant l'interception des conversations téléphoniques, cette condition ne prévoyait pas explicitement le courrier couvert par le secret professionnel de l'avocat. Il ressort du dossier, cependant, que les agents de l'ASFC reconnaissaient que l'ordonnance de mise en liberté n'autorisait pas l'interception du courrier entre avocat et client. On en prendra pour preuve le fait qu'en décembre 2008, un agent de l'ASFC a, par inadvertance, ouvert une lettre envoyée par l'avocat de M. Mahjoub à M. Mahjoub, lettre qu'il a alors immédiatement mise de côté sans la lire, joignant son superviseur pour lui demander des instructions. L'avocat des ministres a, le jour suivant, écrit à la Cour expliquant ce qui s'était produit et assurant que la lettre avait effectivement été ouverte par inadvertance, mais n'avait pas été lue. Dans sa déclaration sous serment, l'agent en question affirme :

[TRADUCTION] J'ai agi entièrement par inadvertance. Je sais que le courrier entre avocat et client est couvert par le secret professionnel et que l'ASFC ne doit pas l'examiner.

[16] À l'époque, M. Mahjoub et M. Jaballah étaient représentés tous deux par le même avocat pour l'audience publique. L'avocat de M. Jaballah savait par conséquent comment l'ASFC interprétait les conditions stipulées dans l'ordonnance de mise en liberté de M. Mahjoub.

The Court's Response to the Solicitor-Client Intercepts

[17] In December 2008, when it was discovered that CSIS and CBSA were in fact monitoring Mr. Jaballah's solicitor-client communications, the Court acted quickly to rectify the situation. On December 18, 2008, counsel for Mr. Mahjoub applied to Justice Layden-Stevenson to have the release order amended to clarify that it did not authorize interception of his solicitor-client telephone calls. In response, Justice Layden-Stevenson stated:

Let me say this, that I think the failure to provide some indication in the order in the first instance was due to an oversight both on the part of counsel and the court. There will be an amendment, you can be guaranteed of it, and I think the nature of it is probably properly addressed at the conclusion of the evidence, not in the middle of it.

[18] Later in the proceeding, Justice Layden-Stevenson stated that she would draft an amendment to the release order overnight and get it to counsel. She then went on to state:

For the rest of us, the matter is resolved and I will draft the amendment, and I don't want to hear any more about it. It is done. It is over. It is finished. It has happened. We understand it happened. It is unfortunate, but there is nothing we can do to change the past. We can only look at what goes from here in terms of where it will go from here.

[19] When this comment was made, public counsel had only received disclosure of the evidence indicating that CSIS was intercepting solicitor-client communications that morning. Mr. Mahjoub was scheduled to testify regarding changes to the conditions of his release, and the Court was concerned that his testimony not be derailed by the interception issue.

[20] Counsel for the ministers consented to the proposed amendment, which was formally made the following day, on December 19, 2008. Mr. Mahjoub's amended release order read:

For greater certainty, when the content of the intercepted oral communications associated with the land-based telephone line

La réaction de la Cour aux interceptions de communications avocat-client

[17] En décembre 2008, lorsqu'il fut révélé que le SCRS et l'ASFC surveillaient les communications entre M. Jaballah et son avocat, la Cour est rapidement intervenue pour corriger la situation. Le 18 décembre 2008, l'avocat de M. Mahjoub a demandé à la juge Layden-Stevenson de modifier l'ordonnance de mise en liberté afin de bien préciser qu'elle n'autorisait pas l'interception des appels téléphoniques entre avocat et client. En réponse, la juge Layden-Stevenson s'est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION] Je dois dire que le fait de ne pas l'avoir précisé dans l'ordonnance constitue un oubli tant de la part des avocats que de la part de la Cour. L'ordonnance sera modifiée, je vous le garantis. J'estime que la teneur précise de cette modification doit être décidée à l'issue des témoignages plutôt qu'au milieu.

[18] Plus tard au cours de la même instance, la juge Layden-Stevenson a fait savoir qu'elle rédigerait le soir même la modification à apporter à l'ordonnance de mise en liberté et qu'elle la ferait parvenir aux avocats des parties. Puis, elle a dit ceci :

[TRADUCTION] En ce qui nous concerne, la question est réglée. Je vais formuler une modification et je ne veux plus entendre parler de ça. C'est fait. C'est terminé. C'est arrivé. Nous savons tous que c'est arrivé. C'est regrettable, mais ce qui est fait est fait. On ne peut qu'agir pour l'avenir.

[19] L'avocat pour l'audience publique venait de prendre connaissance, le matin même, du témoignage indiquant que le SCRS interceptait les communications avocat-client. M. Mahjoub devait justement témoigner au sujet de la modification des conditions de sa mise en liberté, et la Cour ne souhaitait pas que la question de ces interceptions vienne troubler son témoignage.

[20] Les avocats des ministres ont consenti à la modification proposée, et celle-ci fut officiellement mise en œuvre le lendemain, soit le 19 décembre 2008. Selon l'ordonnance modifiée de mise en liberté visant M. Mahjoub :

[TRADUCTION] Il est entendu que lorsqu'est interceptée sur la ligne téléphonique terrestre du domicile de M. Mahjoub une

in the Mahjoub residence involves solicitor-client communications, the analyst, upon identifying the communication as one between solicitor and client, shall cease monitoring the communication and shall delete the interception. [Emphasis added.]

[21] Mr. Jaballah's release order was formally varied on March 9, 2009 to read:

When an analyst reasonably believes that a solicitor or an employee of a solicitor is a party to a communication, the analyst shall, whether the communication is written or oral, cease monitoring the communication and shall delete the interception as soon as is reasonably possible.

[22] While Mr. Jaballah's release order was not formally varied until three months after it was discovered that CBSA and CSIS were intercepting solicitor-client communications, CSIS counsel and counsel for the ministers provided written assurances that Mr. Jaballah's solicitor-client calls were being handled in accordance with the variation of the Harkat and Mahjoub release orders.

#### The Interception of Solicitor-Client Telephone Calls after December 2008

[23] Pursuant to a direction of the Court made in February 2010, CBSA subsequently disclosed recordings of 1503 intercepts of solicitor-client communications to Mr. Jaballah. A selection of these recordings has been filed under seal with the Court, but has not been provided to the ministers' counsel.

[24] According to public counsel, the disclosure does not include any recordings of calls dated earlier than September 2007. This is consistent with an earlier protocol of CSIS of destroying solicitor-client communications that did not indicate a breach of the conditions of release or a potential threat to national security.

communication entre avocat et client, l'analyste, dès qu'il se rend compte qu'il s'agit effectivement d'une communication avocat-client, cesse de surveiller la communication et supprime l'interception. [Non souligné dans l'original.]

[21] L'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah a été officiellement modifiée le 9 mars 2009, et, à partir de ce moment-là, elle prévoyait que :

[TRADUCTION] Lorsqu'un analyste a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat ou un employé d'un avocat prend part à une communication, cet analyste doit, qu'il s'agisse d'une communication écrite ou orale, cesser de la surveiller et supprimer l'interception dans les meilleurs délais.

[22] Ce n'est que trois mois après qu'on se fut aperçu que l'ASFC et le SCRS interceptaient les communications avocat-client qu'a été officiellement modifiée l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah, mais l'avocat du SCRS et les avocats des ministres ont donné par écrit des assurances que serait appliquée aux appels de M. Jaballah couverts par le privilège des communications avocat-client, la modification apportée aux ordonnances de mise en liberté d'Harkat et de Mahjoub.

#### L'interception des appels téléphoniques entre avocat et client après le mois de décembre 2008

[23] Suivant une directive de la Cour, datant de février 2010, l'ASFC a fait mention des enregistrements de 1 503 interceptions de communications avocat-client de M. Jaballah. Certains de ces enregistrements ont été déposés sous scellés auprès de la Cour, mais n'ont pas été fournis aux avocats des ministres.

[24] Selon l'avocat pour l'audience publique, les enregistrements en question ne comprennent aucun enregistrement d'appels téléphoniques antérieur au mois de septembre 2007. Cela cadre avec le protocole qu'appliquait auparavant le SCRS et qui prévoyait la destruction de toute communication avocat-client ne contenant aucun indice d'une violation des conditions de la mise en liberté ou d'une éventuelle menace pour la sécurité nationale.

[25] The disclosure contains 591 calls over which Mr. Jaballah or his counsel claims privilege. These calls were recorded between September 2007 to December 2008.

[26] Surprisingly, the disclosure also included 171 recordings intercepted from the Jaballah telephone line between December 20, 2008 and May 8, 2010. Mr. Jaballah claims solicitor-client privilege over at least 58 of these calls. This disclosure indicates that CSIS continued to intercept and record solicitor-client privileged communications, contrary to counsel's assurances and the March 9, 2009 amendment to Mr. Jaballah's release order.

[27] Counsel for Mr. Jaballah have indicated that they intend to bring a motion alleging, among other things, that the interception of his privileged solicitor-client communications amounted to an abuse of process. Counsel for the ministers has indicated that the ministers will call two witnesses, a CBSA witness and a CSIS witness, during the abuse of process motion to deal with the interception of the solicitor-client communications in the post-December 2008 period. Currently, the record with respect to the period following December 2008 is incomplete, and will be clarified in the abuse of process motion.

[28] In sum, the ministers admit that CSIS analysts listened to, and then destroyed solicitor-client communications between May and September 2007. The ministers further admit that from September 2007 to December 2008 CSIS listened to solicitor-client communications, but sent them to CBSA for processing, rather than destroying them as per the earlier protocol. CBSA analysts were verbally instructed not to listen to any solicitor-client calls.

[25] Les communications dont on a fait mention comprennent 591 appels téléphoniques relevant, selon M. Jaballah ou son avocat, du secret professionnel. Les appels en question ont été enregistrés entre septembre 2007 et décembre 2008.

[26] On constate avec surprise que les enregistrements en question comprennent également 171 enregistrements de conversations téléphoniques de M. Jaballah interceptées entre le 20 décembre 2008 et le 8 mai 2010. Selon M. Jaballah, au moins 58 de ces appels sont couverts par le secret professionnel de l'avocat. Cela veut dire que le SCRS a continué d'intercepter et d'enregistrer des communications relevant du privilège des communications entre client et avocat, contrairement aux assurances prodiguées à cet égard par les avocats des ministres, et contrairement à la modification apportée le 9 mars 2009 à l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah.

[27] Les avocats de M. Jaballah ont fait part de leur intention de présenter une requête dans le cadre de laquelle ils vont notamment faire valoir que cette interception de communications avocat-client constitue un abus de procédure. L'avocat des ministres a pour sa part indiqué que les ministres entendent, dans le cadre de cette requête sur abus de procédure, appeler deux témoins, un de l'ASFC et un du SCRS, pour répondre aux allégations d'interception de communications avocat-client après le mois de décembre 2008. En ce qui concerne la période postérieure à décembre 2008, le dossier est actuellement incomplet, et la requête pour abus de procédure permettra d'apporter les précisions voulues.

[28] Essentiellement, les ministres reconnaissent que, entre mai et septembre 2007, les analystes du SCRS ont écouté, puis détruit les enregistrements de communications avocat-client. Les ministres reconnaissent par ailleurs qu'entre septembre 2007 et décembre 2008, le SCRS a écouté des communications avocat-client, et qu'au lieu d'en détruire les enregistrements, comme le prévoyait le protocole antérieurement en vigueur, ils les ont envoyés à l'ASFC pour analyse. Les analystes de l'ASFC avaient reçu, verbalement, la consigne de n'écouter aucun appel entre avocat et client.



[29] While the full record regarding the interception of solicitor-client calls post-December 2008 period will be established in the upcoming abuse of process motion, it is reasonable to infer on the record before the Court in this motion that interception of Mr. Jaballah's solicitor-client communications took place after December 2008, contrary to the ministers' written assurances, and the amended release order. However, the circumstances surrounding these interceptions are not yet known.

### Issues

[30] This motion seeks production of documentation from CBSA and CSIS regarding the practices and procedures of those entities in dealing with privileged solicitor-client communications and any collateral documentation created by CBSA or CSIS arising from a review of such communications. While counsel for Mr. Jaballah have raised six issues, these issues in fact can be conflated into four discrete matters as follows:

1. Did the original release order authorize CBSA and CSIS to intercept Mr. Jaballah's solicitor-client communications? Does the fact of having the communications intercepted pursuant to the release order eliminate solicitor-client privilege?
2. Is possession of the intercepts sufficient to make out a breach of solicitor-client privilege or is it necessary for the ministers to have used or relied on the privileged material?
3. Is Mr. Jaballah entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and/or *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*)?

[29] L'examen de la requête pour abus de procédure va permettre de dire ce qu'il en est au juste de l'interception d'appels téléphoniques entre avocat et client après le mois de décembre 2008, mais les éléments versés au dossier dans le cadre de la présente requête permettent raisonnablement de conclure que, contrairement aux assurances écrites des ministres et à l'ordonnance modifiée de mise en liberté, l'interception des communications avocat-client de M. Jaballah s'est poursuivie après le mois de décembre 2008. Les circonstances entourant ces interceptions restent cependant à préciser.

### Les questions en litige

[30] La présente requête vise la production de documents de l'ASFC et du SCRS concernant les pratiques et procédures de ces deux entités en matière de communications avocat-client, et de tout document accessoire établi par l'ASFC ou le SCRS à l'occasion de l'examen de ces communications. Les avocats de M. Jaballah ont soulevé six questions qui peuvent, en fait, être regroupées dans les quatre questions suivantes :

1. L'ordonnance de mise en liberté initiale autorisait-elle l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah? Le fait que de telles communications aient été interceptées en vertu de l'ordonnance de mise en liberté a-t-il pour effet d'écarter le privilège des communications entre avocat et client?
2. La simple possession d'interceptions suffit-elle à établir la violation du secret professionnel de l'avocat, ou faut-il pour cela que les ministres aient utilisé d'une manière ou d'une autre le contenu de ces communications couvertes par le secret professionnel?
3. M. Jaballah est-il, aux termes de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), et/ou des règles dégagées dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*), en droit de se voir communiquer les documents secondaires?

4. What is the scope of the documents to be produced, if any?

Issue One: Did the original release order authorize CBSA and CSIS to intercept Mr. Jaballah's solicitor-client communications? Does the fact of having the communications intercepted pursuant to the release order eliminate solicitor-client privilege?

#### The Jaballah Position

[31] Mr. Jaballah advances four main reasons why the original release order did not authorize the interception of his solicitor-client communications.

[32] First, counsel for Mr. Jaballah emphasizes that solicitor-client privilege is now recognized as a substantive right that can only be overridden in very narrow circumstances. They argue that solicitor-client privilege is recognized as a principle of fundamental justice (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraphs 16, 21). Thus, as noted at the outset of these reasons, solicitor-client privilege is afforded "near-absolute protection", and cannot be abrogated by inference (*Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, at paragraph 23; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, at paragraph 11). Therefore, an order authorizing the interception of Mr. Jaballah's solicitor-client communications would have to be explicit.

[33] Second, it is argued that where there is doubt as to their meaning, court orders must be construed to comply with the Charter: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 (*Dagenais*).

4. Quelle est l'envergure de la documentation à produire, le cas échéant?

Première question : L'ordonnance de mise en liberté initiale autorisait-elle l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah? Le simple fait que ces communications aient été interceptées en vertu de l'ordonnance de mise en liberté suffit-il à écarter le privilège des communications entre avocat et client?

#### La thèse de M. Jaballah

[31] Selon M. Jaballah, quatre grandes raisons permettent de soutenir que l'ordonnance initiale de mise en liberté n'autorisait pas l'interception de ses communications avec son avocat.

[32] Les avocats de M. Jaballah font en premier lieu valoir que le secret professionnel qui lie un avocat à son client est maintenant reconnu comme un droit substantiel qui ne peut être écarté que dans des circonstances extrêmement précises. Selon eux, le privilège du secret professionnel de l'avocat est reconnu comme un principe de justice fondamentale (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, aux paragraphes 16 et 21). Ainsi que nous l'avons indiqué au début de ces motifs, le secret professionnel qui lie un avocat à son client bénéficie d'une « protection quasi absolue », et ce privilège ne saurait être supprimé par inférence (*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, au paragraphe 23; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, au paragraphe 11). Il s'ensuit que toute ordonnance autorisant l'interception de communications avocat-client de M. Jaballah devait prévoir cela en termes explicites.

[33] Les avocats de M. Jaballah font valoir, deuxièmement, qu'en cas de doute quant au sens à attribuer à une ordonnance de justice, celle-ci doit être interprétée conformément aux dispositions de la Charte :

[34] Third, it is argued that Mr. Jaballah has not waived his Charter rights to a fair process in accordance with the principles of fundamental justice. The record demonstrates that Mr. Jaballah did not have the “requisite informational foundation for a true relinquishment of the right” (*R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, at page 162). Mr. Jaballah’s public counsel, the designated Judge, and CBSA appear to have understood the release order as not permitting interception of solicitor-client communications. Furthermore, it is argued that Mr. Jaballah’s consent would not be truly voluntary, since it would force him to choose between his Charter right to liberty and his right to solicitor-client privilege.

[35] Finally, Mr. Jaballah’s counsel point to the factual record in support of the position that the interception of solicitor-client communications was not authorized. The record suggests that all parties understood the release order as not authorizing the interception of solicitor-client privileged communications. CBSA officers apparently understood that solicitor-client mail was privileged, and also disengaged from solicitor-client calls. The ministers did not attempt to justify such an intrusion into Mr. Jaballah’s solicitor-client communications and consented to varying the release order. Justice Layden-Stevenson, the designated Judge, specifically commented that “the failure to provide some indication in the order in the first instance was due to an oversight both on the part of counsel and the court”.<sup>1</sup> All of these facts suggest that no one intended the release order to authorize the interception of Mr. Jaballah’s solicitor-client communications.

---

<sup>1</sup> Application Record, Exhibit I, Transcript of proceedings heard before the Honourable Madam Justice Layden-Stevenson, December 18, 2008, at pp. 2–3.

*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (arrêt *Dagenais*).

[34] Ils soutiennent, troisièmement, que M. Jaballah n’a aucunement renoncé au droit que lui confère la Charte relativement à l’équité procédurale dans le respect des principes de justice fondamentale. Le dossier démontre que M. Jaballah n’avait pas « les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit » (*R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, à la page 162). L’avocat de M. Jaballah pour l’audience publique, la juge désignée et l’ASFC semblent bien avoir compris que l’ordonnance de mise en liberté ne permettait pas l’interception des communications avocat-client. On fait en outre valoir que M. Jaballah ne pouvait d’ailleurs pas renoncer de son plein gré à ce droit, car il lui aurait fallu pour cela choisir entre le droit à la liberté, que lui garantit la Charte, et le droit de se prévaloir du privilège des communications entre avocat et client.

[35] Et, enfin, les avocats de M. Jaballah, se fondant sur les faits versés au dossier, affirment que l’interception des communications avocat-client n’était pas autorisée. Le dossier donne à penser que les parties comprenaient toutes que l’ordonnance de mise en liberté n’autorisait pas l’interception de communications couvertes par le secret professionnel de l’avocat. Les agents de l’ASFC avaient, semble-t-il, compris que le courrier entre avocat et client était couvert par le secret professionnel, et ils avaient cessé d’intercepter les appels téléphoniques entre avocat et client. Les ministres n’ont pas tenté de justifier cette intrusion dans les communications entre M. Jaballah et ses avocats, et ils ont consenti à une modification de l’ordonnance de mise en liberté. La juge Layden-Stevenson, juge désignée, a bien pris soin de faire remarquer que [TRADUCTION] « le fait de ne pas l’avoir précisé dans l’ordonnance constitue un oubli tant de la part des avocats que de la part de la Cour ».<sup>1</sup> Tout cela donne à penser que l’ordonnance de mise en liberté n’autorisait aux yeux de personne l’interception de communications avocat-client de M. Jaballah.

---

<sup>1</sup> Dossier de demande, pièce I, transcription de l’audience présidée par Madame la juge Layden-Stevenson, 18 décembre 2008, aux pages 2 et 3.

### The Ministers' Position

[36] The ministers' primary position is that it is unnecessary to determine whether the telephone conversations between Mr. Jaballah and his counsel prior to December 2008 were privileged, as these communications have already been addressed by the amended release order. Further, it is unnecessary to determine whether the post-December 2008 communications were privileged, because there is nothing on the record to establish any monitoring of solicitor-client communications after December 2008.

[37] In the alternative, the ministers assert that the release order clearly authorized interception of all communications because the release order was drafted on consent and with the benefit of legal advice from senior counsel. Mr. Jaballah's counsel expressed some awareness that their communications could be monitored.<sup>2</sup> Because Mr. Jaballah and his counsel did not have an expectation of confidentiality around their communication, they do not meet the third criteria to establish solicitor-client privilege, as set out in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. Therefore the solicitor-client communications at issue were never in fact privileged.

[38] In response to Mr. Jaballah's Charter arguments, the ministers argue that there is no principle that solicitor-client privilege cannot be abrogated by inference, or waived on consent. This is because, so it is argued, that privilege is not a free-standing Charter right, and does not engage the Charter waiver issues.

### La thèse des ministres

[36] Les ministres font essentiellement valoir qu'il n'y a pas lieu en l'occurrence de décider si les conversations téléphoniques échangées avant le mois de décembre 2008 entre M. Jaballah et ses avocats étaient couvertes par le secret professionnel, étant donné que la question a été réglée par l'ordonnance modifiée de mise en liberté. Il n'y aurait pas non plus lieu de décider si, après le mois de décembre 2008, ces communications étaient toujours couvertes par le secret professionnel, étant donné qu'il n'y a, dans le dossier, rien qui permette d'affirmer que les communications avocat-client ont continué, après le mois de décembre 2008, à faire l'objet d'une surveillance.

[37] Les ministres font subsidiairement valoir qu'il est clair que l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'interception de toutes les communications, étant donné que l'ordonnance a été rédigée sur consentement après consultation d'avocats chevronnés. Les avocats de M. Jaballah s'étaient dits conscients du fait que leurs communications pourraient faire l'objet d'une surveillance<sup>2</sup>. M. Jaballah et ses avocats ne s'attendant pas à ce que leurs communications demeurent confidentielles, ils ne répondent pas au troisième critère permettant d'établir que les communications en question relevaient effectivement du privilège entre avocat et client, selon l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Par conséquent, les communications avocat-client ici en cause n'ont en fait jamais été couvertes par le secret professionnel.

[38] En réponse aux arguments développés par M. Jaballah au regard de la Charte, les ministres soutiennent qu'aucun principe n'interdit l'élimination par inférence du privilège du secret professionnel de l'avocat, ou la renonciation sur consentement. S'il en est ainsi, c'est selon eux parce que le secret professionnel ne constitue pas un droit distinct garanti par la Charte et ne soulève pas les questions de renonciation relatives à la Charte.

---

<sup>2</sup> Application Record, applicant's factum, at p. 31, footnote 34.

---

<sup>2</sup> Dossier de demande, mémoire du demandeur, p. 31, note 34.

[39] Finally, the ministers take the position that *Dagenais*, above, applies to court orders, but not to the ministers.

#### Discussion

[40] In my view, the positions of the ministers on issue one cannot be sanctioned for the reasons that follow.

[41] As noted at the outset, solicitor-client privilege is virtually sacrosanct in the Canadian judicial system. While not enshrined *per se* in the Charter, it is a fundamental underpinning of the judicial system that individuals are able to seek legal advice in complete confidence without the state or anyone else eavesdropping.

[42] The argument by the ministers that the release order sanctioned the interception, recording and monitoring of solicitor-client communications is simply not tenable. In my view this conclusion is supported for many reasons.

[43] First, because privileged solicitor-client communications are an accepted fundamental element of our judicial system, it cannot be said that the ministers' counsel at the time the release order was granted honestly believed that CBSA was given an open invitation to intercept, monitor and review solicitor-client communications. To obtain such a wide-ranging power to infringe a basic precept of law requires a specific request of the Court and supporting materials. No such specific authority was sought on the facts of this case. To obtain such a wide-ranging power to infringe Mr. Jaballah's solicitor-client privilege, the release order would have to authorize that in clear and unmistakable terms.

[44] Second, Mr. Jaballah could not be said to have consented to his solicitor-client communications

[39] Et, enfin, les ministres soutiennent que l'arrêt *Dagenais*, précité, s'applique aux ordonnances de la Cour, mais non aux ministres.

#### Analyse

[40] Je considère que la thèse défendue par les ministres quant à la première question ne peut pas être retenue, et cela, pour les raisons qui suivent.

[41] Nous avons d'emblée rappelé que le secret professionnel de l'avocat constitue un élément quasi inviolable de notre système judiciaire. S'il est vrai que ce privilège n'est pas à proprement parler garanti par la Charte, c'est néanmoins un pilier fondamental du système judiciaire, selon lequel une personne peut consulter en toute confidentialité un avocat sans être écouté clandestinement par l'État ou qui que ce soit.

[42] L'argument développé par les ministres, pour affirmer que l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'interception, l'enregistrement et la surveillance de communications avocat-client n'est guère soutenable d'après moi, pour de nombreuses raisons.

[43] D'abord, le privilège des communications avocat-client étant reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire, on ne saurait prétendre que, lorsqu'a été rendue l'ordonnance de mise en liberté, les avocats des ministres croyaient honnêtement que cette ordonnance donnait à l'ASFC toute latitude pour intercepter, surveiller et analyser les communications avocat-client. L'obtention d'une autorisation aussi large de passer outre à un précepte de droit fondamental exige que soit présentée à la Cour une demande spécifique accompagnée de documents à l'appui. Or, en l'occurrence, une telle autorisation précise n'a jamais été sollicitée. Pour que soit accordée une autorisation aussi générale d'enfreindre le privilège marquant les communications entre M. Jaballah et ses avocats, il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté le prévoie en termes clairs et non équivoques.

[44] On ne saurait, deuxièmement, affirmer que M. Jaballah a consenti à ce que ses communications

monitored by CSIS. While it is easy, after the fact, for the ministers to point fingers at Mr. Jaballah's counsel and the Court for granting such a sweeping release order to justify their actions, the fact remains that it was not in the contemplation of anyone that this would take place. For example, as soon as it was learned that the interceptions were taking place an amendment to the release order was immediately issued on consent. The ministers at that time did not try and justify their actions nor did they seek leave of the Court to continue the interceptions. As Justice Layden-Stevenson stated, the failure to carve out protections for solicitor-client communications in the release order was an oversight. Furthermore, when the release order was amended, the amendment specified in the Mahjoub case that it was "for greater certainty", indicating that the amendment was intended to clarify the meaning of the original release order.

[45] Third, it is quite clear on the record that CBSA knew the importance of solicitor-client communications. This is evident from the fact that a CBSA officer inadvertently opened a letter from Mr. Mahjoub's counsel and immediately reported it to his superiors advising that as soon as he realized it was from counsel he did not read it. Mr. Mahjoub's release order and Mr. Jaballah's release order were identical in their substantive terms. CBSA knew they were not to intercept solicitor-client mail even though the release orders did not specifically exempt solicitor-client mail. Why is it different for telephone communications?

[46] Simply put, I agree with the submission made on behalf of Mr. Jaballah that something more than oversight is needed to authorize such a significant intrusion into solicitor-client communications.

[47] On the factual record before the Court I am satisfied that the release order did not authorize the

avec son avocat fassent, de la part du SCRS, l'objet d'une surveillance. Les ministres peuvent facilement, après coup, pointer du doigt les avocats de M. Jaballah ainsi que la Cour pour une ordonnance de mise en liberté leur offrant une si grande latitude qui justifierait leurs actions, mais il n'en demeure pas moins vrai que personne n'envisageait un tel résultat. C'est ainsi que dès la révélation des interceptions en cause, une modification de l'ordonnance de mise en liberté a été immédiatement adoptée sur consentement. Les ministres n'ont pas tenté, à l'époque, de justifier leur manière d'agir, et n'ont pas non plus sollicité de la Cour l'autorisation de continuer à intercepter les communications en question. La juge Layden-Stevenson a bien dit que le fait de ne pas avoir, dans l'ordonnance de mise en liberté, précisé les garanties accordées aux communications avocat-client était dû à un oubli. D'ailleurs, lorsque l'ordonnance de mise en liberté a été modifiée, la modification qui y a été apportée dans le cas de M. Mahjoub dit bien qu'« il est entendu », ce qui montre que l'amendement entendait clarifier le sens de l'ordonnance.

[45] Troisièmement, le dossier montre nettement que l'ASFC savait toute l'importance qui s'attache aux communications avocat-client. La preuve en est qu'un agent de l'ASFC qui, par inadvertance, a ouvert une lettre émanant de l'avocat de M. Mahjoub, a immédiatement signalé le fait à ses supérieurs, leur faisant savoir que, se rendant compte que la lettre émanait d'un avocat, il l'avait mise de côté sans la lire. L'ordonnance de mise en liberté visant M. Mahjoub, et l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah étaient essentiellement rédigées dans les mêmes termes. L'ASFC savait qu'elle ne devait pas intercepter le courrier entre un avocat et son client, même si les ordonnances de mise en liberté ne prévoyaient pas spécifiquement d'exemption à cet égard. Pourquoi en aurait-il été autrement des communications téléphoniques?

[46] Pour simplifier, j'admets l'argument avancé au nom de M. Jaballah selon qu'un oubli ne suffit pas à autoriser une telle intrusion dans les communications entre un avocat et son client.

[47] Je considère, au vu des faits versés au dossier, que l'ordonnance de mise en liberté n'autorisait pas

interception of the applicant's solicitor-client communications. Even if this were not so I accept Mr. Jaballah's Charter arguments on this point as further justification for this conclusion.

[48] The authorities cited provide more than ample authority to establish that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice. Mr. Jaballah's section 7 right to liberty is infringed by the fact that he is detained. Therefore, his detention must be in accordance with the principles of fundamental justice, including solicitor-client privilege, unless justified under section 1 of the Charter. The ministers have never suggested that it is necessary to monitor Mr. Jaballah's communications with his lawyers, and have never attempted to justify the solicitor-client interceptions under section 1.

[49] The record does not establish that Mr. Jaballah intended to waive his right to conditions of detention that are in accordance with the principle of solicitor-client privilege. If none of the parties understood the release order as authorizing the interception of his solicitor-client communications, Mr. Jaballah could not have knowingly consented to this even though he was represented by counsel.

[50] Finally, with respect to the argument that there is no evidence of interception of solicitor-client communications post-December 2008, there is evidence before the Court in the form of the disc of recordings provided at the hearing. It is a reasonable inference from all of the evidence before the Court that monitoring of solicitor-client communications continued into 2010. The ministers cannot rationally be of the belief that this did not happen.

l'interception des communications avocat-client du demandeur. Même s'il en était autrement, cette conclusion serait, d'après moi, justifiée au vu des arguments invoqués par M. Jaballah qui se fonde en cela sur les dispositions de la Charte.

[48] La jurisprudence citée en l'espèce établit que le privilège des communications entre avocat et client constitue un principe de justice fondamentale. Le droit à la liberté que la Charte garantit à M. Jaballah étant déjà entamé par le fait de sa détention, celle-ci doit respecter les principes de justice fondamentale, y compris le privilège des communications entre avocat et client, à moins qu'une exception à ce principe ne se justifie au titre de l'article premier de la Charte. Les ministres n'ont jamais laissé entendre que la surveillance des communications de M. Jaballah avec ses avocats était nécessaire, et n'ont jamais non plus tenté de justifier au regard de l'article premier l'interception des communications entre avocat et client.

[49] Le dossier ne permet aucunement de conclure que M. Jaballah entendait renoncer à son droit d'être détenu dans des conditions qui respectent le secret professionnel de l'avocat. Dans la mesure où aucune des parties ne pensait que l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'interception de ses communications avec son avocat, M. Jaballah ne pouvait guère y avoir consenti en connaissance de cause, bien qu'il ait été représenté par avocat.

[50] Enfin, en ce qui concerne l'argument voulant qu'en l'espèce, rien ne démontre que des communications avocat-client aient été interceptées après le mois de décembre 2008, la Cour dispose à cet égard de preuves, en l'occurrence un disque des enregistrements effectués, produit à l'audience. On peut raisonnablement conclure de l'ensemble des preuves soumises à la Cour que la surveillance des communications avocat-client s'est poursuivie jusqu'en 2010. Les ministres ne peuvent pas rationnellement croire qu'il n'en est pas ainsi.

Issue Two: Is possession of the intercepts sufficient to make out a breach of solicitor-client communications or is it necessary for the Ministers to have used or relied on the privileged material?

Deuxième question : La simple possession des interceptions suffit-elle à constituer la violation du privilège des communications avocat-client ou faudrait-il pour cela que les ministres aient fait une quelconque utilisation de renseignements couverts par le secret professionnel?

### The Jaballah Position

[51] Mr. Jaballah argues that possession is the triggering factor for a breach of solicitor-client privilege. The party who is asserting the breach does not bear the burden of establishing that the party who has come into possession of solicitor-client material has relied on the material in some way.

[52] Further, Mr. Jaballah points to the Supreme Court's decision in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189 (*Celanese*) to support this proposition. In this case, the Supreme Court repeatedly stated that possession of solicitor-client information was sufficient to establish a breach of solicitor-client privilege:

– Paragraph 34: “Even granting that solicitor-client privilege is an umbrella that covers confidences of differing centrality and importance, such possession by the opposing party affects the integrity of the administration of justice.”

– At paragraph 42, the Court notes that in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, Justice Sopinka held that the moving party need only establish that the opposing party has obtained solicitor-client information relevant to the matter at hand. There was no obligation to adduce further evidence of the nature of the information.

– Paragraph 46: “The gravamen of the problem here is the possession by opposing solicitors of relevant and

### La thèse de M. Jaballah

[51] Selon M. Jaballah, la possession constitue déjà une violation du privilège des communications entre avocat et client. La partie invoquant une telle violation n'a pas à établir que la partie qui a en sa possession des renseignements couverts par le secret professionnel de l'avocat a utilisé ces renseignements de quelque manière.

[52] M. Jaballah invoque à l'appui de cet argument l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 (arrêt *Celanese*). Dans cette affaire, la Cour suprême a rappelé à plusieurs reprises que la possession de renseignements échangés entre un avocat et son client suffit à établir qu'il y a eu violation du privilège des communications avocat-client :

– Paragraphe 34 : « Même en admettant que les renseignements confidentiels protégés par le privilège avocat-client n'ont pas tous la même importance et le même caractère crucial, la possession de tels renseignements par la partie adverse compromet l'intégrité de l'administration de la justice. »

– Au paragraphe 42, la Cour relève que, dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, le juge Sopinka a estimé que la partie requérante avait seulement à établir que la partie adverse avait obtenu des renseignements couverts par le secret professionnel concernant l'objet de litige. Il n'y aurait donc pas d'obligation de produire d'autres éléments de preuve concernant la nature des renseignements en question.

– Paragraphe 46 : « En l'espèce, le fond du problème est que les avocats de la partie adverse sont en possession



confidential information attributable to a solicitor-client relationship to which they have no claim of right whatsoever.”

[53] Finally, at paragraphs 48–51, the Supreme Court also held that the onus of establishing that the solicitor-client breach did not cause prejudice falls to the party in receipt of the solicitor-client information.

[54] In Mr. Jaballah’s submission, *Celanese* is a complete answer to the ministers’ argument that possession is not sufficient to trigger a breach of solicitor-client privilege.

#### The Ministers’ Position

[55] The ministers argue that CBSA and CSIS’s possession of solicitor-client communications is not sufficient to establish a breach of solicitor-client privilege. The ministers assert that *Celanese* is a case about removal of counsel, and that the condition precedent for the *Celanese* principles to apply is possession of solicitor-client information by counsel, not the client.

[56] In the present case, there is no allegation that counsel has come into possession of solicitor-client communications, and therefore it is argued that *Celanese* has no application. In the ministers’ view, the Court should distinguish between counsel and client in this case, because CBSA and CSIS strictly control the confidential information on a need-to-know basis. There is therefore no basis for presuming that the monitoring of solicitor-client communications resulted in any prejudice to Mr. Jaballah.

[57] Further, the ministers also note that the original release order required them to intercept solicitor-client

de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d’avocat à client et à l’égard desquels ils ne peuvent invoquer aucun droit. »

[53] Et enfin, aux paragraphes 48 à 51, la Cour suprême a également estimé que c’est à la partie qui obtient les renseignements confidentiels qu’il appartient d’établir que cette violation du secret professionnel n’a entraîné aucun préjudice.

[54] Selon M. Jaballah, l’arrêt *Celanese* permet de réfuter intégralement l’argument développé par les ministres pour affirmer que la simple possession ne suffit pas à constituer la violation du privilège des communications entre avocat et client.

#### La thèse des ministres

[55] Les ministres soutiennent que la possession, par l’ASFC et le SCRS, de communications couvertes par le secret professionnel ne suffit pas à établir la violation du privilège des communications avocat-client. Selon les ministres, dans l’affaire *Celanese*, il s’agissait de déclarer un avocat inhabile à occuper et l’application des principes dégagés dans l’arrêt *Celanese* suppose que les renseignements couverts par le secret professionnel de l’avocat soient en la possession d’un avocat, et non en la possession de son client.

[56] Dans la mesure où personne ne prétend, en l’espèce, qu’un des avocats des ministres a eu en sa possession des renseignements découlant de communications couvertes par le secret professionnel de l’avocat, les principes dégagés dans le cadre de l’arrêt *Celanese* ne s’appliqueraient pas. Les ministres font valoir qu’en l’occurrence, la Cour devrait faire une distinction entre avocat et client car, appliquant le principe du besoin de connaître, l’ASFC et le SCRS contrôlent très étroitement la diffusion de renseignements confidentiels. Rien ne permettrait, par conséquent, de présumer que la surveillance des communications avocat-client a causé à M. Jaballah un préjudice.

[57] Les ministres rappellent en outre qu’aux termes de l’ordonnance de mise en liberté initiale, ils étaient

communications. Thus, it cannot be that there is an adverse inference of prejudice where the ministers come into possession of solicitor-client information as a natural consequence of a Court order.

### Discussion

[58] The possession of the solicitor-client communications by an opposing party, as noted by the Supreme Court in *Celanese*, “affects the integrity of the administration of justice.” Having determined that the interception of solicitor-client communications was not duly authorized, it is up to the ministers to demonstrate on the abuse of process motion that it did not cause prejudice to Mr. Jaballah.

[59] The ministers’ argument that *Celanese* has no application because it only deals with removal of counsel and the possession by counsel of privileged solicitor-client communications does not hold water.

[60] The ministers are entirely correct that *Celanese* is a case about counsel, and much of the Supreme Court’s analysis is focused on the right to be represented by counsel of choice. It is also to be noted that some of the reasoning in *Celanese* is predicated on the fact that the solicitor-client material was obtained through an *Anton Piller* order, which placed certain duties on the counsel executing the order. Notwithstanding these differences, the general principles from *Celanese* should apply in this case.

[61] In *Celanese*, the Supreme Court identified four reasons why a presumption of prejudice should apply once possession of privileged information is established, and why the party who obtained the confidential information to which they are not entitled should bear the

tenu d’intercepter les communications avocat-client. Selon eux, le fait qu’ils aient eu en leur possession des renseignements couverts par le secret professionnel de l’avocat est une conséquence naturelle de l’ordonnance de la Cour, et cette possession ne saurait donc entraîner une inférence défavorable quant à un éventuel préjudice.

### Analyse

[58] Comme la Cour suprême l’a relevé dans l’arrêt *Celanese*, la possession par la partie adverse de renseignements protégés par le privilège avocat-client « compromet l’intégrité de l’administration de la justice ». Puisqu’il a été décidé que l’interception de communications avocat-client n’avait pas été en l’occurrence dûment autorisée, il appartient aux ministres de démontrer, dans le cadre de la requête pour abus de procédure, que cette interception n’a causé à M. Jaballah aucun préjudice.

[59] L’argument avancé par les ministres, qui soutiennent que l’arrêt *Celanese* ne s’applique pas en l’espèce, car il ne concerne qu’une déclaration d’incapacité à occuper et la possession par un avocat de renseignements découlant de communications avocat-client ne tient pas debout.

[60] Les ministres ont raison de rappeler que l’arrêt *Celanese* concernait un avocat, et qu’une grande partie de l’analyse à laquelle la Cour suprême s’est livrée portait sur le droit d’être représenté par l’avocat de son choix. Il convient également de rappeler que, dans l’arrêt *Celanese*, une partie de la démarche de la Cour se fonde sur le fait que des renseignements couverts par le secret professionnel de l’avocat avaient été obtenus dans le cadre d’une ordonnance *Anton Piller*, qui impose à l’avocat qui en assure l’exécution, un certain nombre d’obligations. Nonobstant ces différences, les principes généraux retenus dans le cadre de l’arrêt *Celanese* s’appliquent en l’espèce.

[61] Dans l’arrêt *Celanese*, la Cour suprême précise les quatre raisons entraînant une présomption de préjudice dès qu’est établie la possession de renseignements privilégiés, expliquant pourquoi c’est à la partie ayant obtenu des renseignements confidentiels auxquels elle

onus of rebutting this presumption. All of these reasons are applicable to the case at bar, although with some modifications.

[62] First, the ministers are best positioned to discharge the burden of establishing that there was no prejudice to Mr. Jaballah. He has no knowledge of who had contact with the solicitor-client communications and how the information was handled. The ministers do.

[63] Second, putting the onus on the party conducting the search (or in this case, the monitoring) increases the incentive on its part to take care to ensure that privileged information is appropriately protected in the first place. This factor is particularly relevant in circumstances where Mr. Jaballah was required to consent to the monitoring in order to be released from lengthy detention, and where it appears that monitoring of solicitor-client communications continued after December 2008, contrary to the release order and the assurances given by the ministers.

[64] Third, the Supreme Court found that in the circumstances of an *Anton Piller* order, it was procedurally unfair to subject a party to a surprise search where solicitor-client information is seized under an extraordinary order, and then throw the onus on the party subjected to the seizure to demonstrate prejudice. While the facts of this case are considerably different it is nonetheless procedurally unfair to require Mr. Jaballah to bear the onus of demonstrating prejudice caused by the solicitor-client breaches, in circumstances where he was required to grant the ministers extraordinary access to his communications in order to be released from lengthy incarceration.

[65] Finally, the Supreme Court noted that under the terms of the *Anton Piller* order, Celanese should have kept careful records, and should be able to discharge the

n'avait pas droit qu'il appartient de réfuter cette présomption. À quelques modifications près, ces raisons s'appliquent en l'espèce.

[62] D'abord, les ministres sont les plus aptes à s'acquitter de l'obligation d'établir que M. Jaballah n'a subi aucun préjudice. Celui-ci ignore en effet qui a eu connaissance des communications entre lui et ses avocats et comment les renseignements en question ont été traités. Les ministres, eux, le savent.

[63] Deuxièmement, le fait de faire peser le fardeau de la preuve sur la partie qui procède à la perquisition (ou, en l'occurrence, à la surveillance) l'incite à faire en sorte que les renseignements privilégiés soient correctement protégés dès le départ. La question revêt une importance particulière en l'occurrence, puisque, pour être remis en liberté après une longue période de détention, M. Jaballah a dû consentir à cette surveillance et qu'il semble bien que, contrairement aux conditions de l'ordonnance de mise en liberté et aux assurances données par les ministres, la surveillance des communications avocat-client a continué après le mois de décembre 2008.

[64] Troisièmement, la Cour suprême a jugé que, compte tenu des circonstances donnant lieu à une ordonnance *Anton Piller*, il est inéquitable sur le plan procédural de soumettre une partie à une perquisition-surprise au cours de laquelle des communications avocat-client confidentielles sont saisies en vertu d'une ordonnance extraordinaire, puis d'imposer à cette même partie l'obligation de démontrer que cette saisie lui a causé un préjudice. Les faits et circonstances qui retiennent en l'espèce notre attention s'écartent sensiblement des faits de cette autre affaire, mais il serait néanmoins inéquitable sur le plan procédural d'imposer à M. Jaballah le fardeau de démontrer le préjudice que lui auraient occasionné ces violations du privilège des communications avocat-client, alors que, pour être remis en liberté après une longue période de détention, il a été obligé d'accorder aux ministres un accès extraordinaire à ses communications.

[65] Et enfin, la Cour suprême a jugé que, selon les conditions afférentes à une ordonnance *Anton Piller*, Celanese aurait dû tenir des dossiers très complets et être

onus of rebutting the presumption of prejudice. While the ministers in this case are not subject to the terms of an *Anton Piller* order, ministers' counsel emphasized that the handling of information by his clients is subject to very strict regulation. The ministers should therefore also be able to discharge the onus to rebut the presumption of prejudice.

[66] If the ministers' argument that *Celanese* has no application is correct, and it was only the client that had access to the solicitor-client communications, how is one to know whether the instructions given to counsel in the conduct of the proceeding were tailored to undermine positions or strategies of the opposing party? There is no evidence on this motion that such is the case. However, that prospect is clearly there if the client has access to solicitor-client communications. In my view, this would bring the administration of justice into disrepute. Thus, *Celanese* cannot be narrowly interpreted to mean that only if solicitor-client communications fall into the possession of the opposing party, as opposed to their counsel, there has been a breach of solicitor-client privilege.

[67] The real issue is whether the ministers can rebut the presumption of prejudice, given the information in the record regarding CBSA and CSIS' handling of solicitor-client communications, and the assurances given that solicitor-client information was not used or relied on.

[68] Further, although the release order can be read as permitting the interception of solicitor-client privileged communications, for the reasons noted above this does not legitimize the possession by the ministers of the solicitor-client information nor does the release order compel the ministers to intercept solicitor-client communications. It can be said just as easily that the possession of solicitor-client mail was required by the release order, yet the protocol utilized by CBSA was that

en mesure de réfuter, comme il lui incombait de le faire, la présomption de préjudice. Les ministres n'étaient pas astreints aux exigences conditionnant une ordonnance *Anton Piller*, mais leur avocat insiste sur le fait que le traitement des renseignements recueillis par ses clients est très étroitement contrôlé. Les ministres devraient, par conséquent, être aussi en mesure de réfuter, comme il leur appartient de le faire, la présomption de préjudice.

[66] Si les ministres étaient fondés à soutenir que les règles dégagées dans le cadre de l'arrêt *Celanese* ne s'appliquent pas en l'espèce, faisant valoir qu'en occurrence, seuls les clients avaient eu accès à des communications couvertes par le secret professionnel, comment parviendrait-on à savoir si les instructions données aux avocats quant à la manière de procéder n'ont pas été conçues de manière à ébranler la position ou les stratégies de la partie adverse? Il n'y a, dans le cadre de cette requête, rien qui porte à penser qu'il en ait été ainsi. La possibilité existe néanmoins dans l'hypothèse où le client a accès à des communications couvertes par le secret professionnel de l'avocat. Cela tendrait, d'après moi, à déconsidérer l'administration de la justice. On ne saurait, pour cela, donner à l'arrêt *Celanese* une interprétation étroite voulant que la violation de communications privilégiées n'est constituée que si les communications avocat-client sont aux mains de la partie adverse, par opposition aux mains de l'avocat de la partie adverse seulement.

[67] La question est en fait de savoir si, compte tenu de ce que le dossier indique quant à la manière dont l'ASFC et le SCRS ont traité les communications avocat-client, et de leur assurance qu'ils n'ont fait aucun usage de renseignements relevant du secret professionnel de l'avocat, les ministres sont à même de réfuter la présomption de préjudice.

[68] Bien que l'ordonnance de mise en liberté puisse être interprétée comme permettant l'interception de communications avocat-client, cela ne légitime en rien, pour les raisons exposées ci-dessus, la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications entre avocat et client, et les ministres n'étaient aucunement tenus, aux termes de l'ordonnance de mise en liberté, d'intercepter des communications avocat-client. On pourrait aussi bien dire

such mail was not to be opened. The release order is permissive and does not require CSIS to intercept. If there was any doubt by CSIS, as there should have been, then all parties should have immediately returned to Court.

[69] For all of these reasons, it is my view that a breach has been made out which opens the door to production of documentation as discussed below.

Issue Three: Is Mr. Jaballah entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the Charter and/or *Charkaoui II*?

#### Mr. Jaballah's Position

[70] In his written representations, Mr. Jaballah states that this motion is intended to provide him with the information he needs to litigate his forthcoming Charter application fairly and efficiently. He asserts that he must have access to this information in order to make full answer and defence in the proceedings against him.

[71] At the hearing, Mr. Jaballah placed significant reliance on his section 7 right to procedural fairness. In his view, the ministers' breach of solicitor-client privilege has the potential to compromise the fairness of the proceedings against him. It would be contrary to the principles of fundamental justice for the ministers to breach solicitor-client privilege, and then use the fruits of the breach against Mr. Jaballah, either directly or indirectly.

que l'ordonnance de mise en liberté exigeait la possession du courrier échangé entre le client et son avocat. Pourtant, aux termes du protocole adopté par l'ASFC, ce courrier ne devait pas être ouvert. L'ordonnance de mise en liberté offre une simple faculté et n'exige aucunement du SCRS qu'il intercepte de telles communications. Si, comme il aurait dû, le SCRS avait eu, à cet égard le moindre doute, les parties auraient dû immédiatement s'adresser à la Cour.

[69] Pour l'ensemble de ces motifs, j'estime que la violation est en l'espèce établie et que cela ouvre droit à la production des documents en question, ainsi que nous allons le voir ci-dessous.

Troisième question : M. Jaballah est-il, aux termes de l'article 7 de la Charte et/ou des règles dégagées dans l'arrêt *Charkaoui II*, en droit d'obtenir la communication des documents secondaires?

#### La thèse de M. Jaballah

[70] Dans ses observations écrites, M. Jaballah soutient que la présente requête devrait lui permettre d'obtenir les renseignements dont il aura besoin pour plaider dans des conditions d'équité et d'efficacité la cause qu'il va bientôt devoir défendre sur la base des dispositions de la Charte. Il affirme avoir besoin de ces renseignements afin de pouvoir opposer aux accusations portées contre lui une défense pleine et entière.

[71] À l'audience, M. Jaballah a beaucoup insisté sur l'équité procédurale qui lui est garantie par l'article 7. Il estime que la violation par les ministres du secret professionnel qui lie un avocat à son client risque de nuire à l'équité des procédures engagées à son encontre. Il serait, selon lui, contraire aux principes de justice fondamentale de permettre aux ministres, après avoir porté atteinte au secret professionnel de l'avocat, d'employer contre lui, de manière directe ou indirecte, les résultats de cette atteinte.

[72] Refusing disclosure of relevant documentation would therefore allow the state to breach solicitor-client privilege in a fundamental way, and then force the individual to take their word that the breach has been rectified. The state should not be allowed to withhold information that goes directly to the fairness of the proceedings.

#### The Ministers' Position

[73] The ministers contend that Mr. Jaballah's motion must fail, because it is based on the right to make full answer and defence, a concept which does not apply to security certificate proceedings.

[74] They further argue that even if the concept of full answer and defence could be imported into security certificate proceedings, it does not apply in the context of an abuse of process motion, for two reasons. First, Mr. Jaballah's innocence is not at stake, and second, he is the moving party. Mr. Jaballah cannot claim a right to make full answer and defence in regard to his own application. He cannot engage in a fishing expedition under cover of full answer and defence by launching an abuse of process motion.

[75] The ministers argue that the right to disclosure in security certificate cases is founded on the section 7 right to procedural fairness, not on full answer and defence. Specifically, it is founded on the right to know the case made by the ministers in support of the reasonableness of the certificate. The documents sought by Mr. Jaballah have nothing to do with the case made by the ministers, or the reasonableness of the certificate. Therefore, Mr. Jaballah is not entitled to production of these documents under the *Charkaoui II* principles.

[72] Le refus de lui communiquer les documents pertinents, non seulement permettrait à l'État d'enfreindre gravement le privilège du secret professionnel de l'avocat, mais forcerait ensuite l'intéressé à croire l'État sur parole lorsque celui-ci affirme qu'il a été mis fin à l'atteinte en question. Il ne devrait pas être permis à l'État de retenir des renseignements qui concernent directement l'équité de l'instance.

#### La thèse des ministres

[73] Les ministres soutiennent que la requête de M. Jaballah doit être rejetée, car elle se fonde sur le droit de présenter une défense pleine et entière, concept qui ne s'applique pas dans une instance relative à un certificat de sécurité.

[74] Ils soutiennent par ailleurs que, même si le concept de défense pleine et entière pouvait être invoqué dans une instance relative à un certificat de sécurité, ce concept ne pourrait pas, pour deux raisons, s'appliquer dans le cadre d'une requête pour abus de procédure. Selon eux, l'innocence de M. Jaballah n'est pas en cause en l'espèce et, deuxièmement, il est lui-même l'auteur de la requête. M. Jaballah ne peut pas invoquer le droit de présenter une défense pleine et entière dans le cadre d'une requête qu'il a lui-même présentée. Il ne peut pas, par le biais d'une requête pour abus de procédure et sous prétexte de défense pleine et entière, se lancer à l'aveuglette dans une pêche aux documents.

[75] Selon les ministres, dans une instance relative à un certificat de sécurité, le droit à la communication de documents se fonde sur l'article 7 de la Charte qui garantit l'équité de la procédure, et non le droit de présenter une défense pleine et entière. Il s'agit, plus précisément, du droit de savoir quels sont les arguments que les ministres vont invoquer pour démontrer que le certificat en question est raisonnable. Or, les documents dont M. Jaballah demande la communication, n'ont à voir ni avec les arguments que vont invoquer les ministres, ni avec le caractère raisonnable du certificat. Par conséquent, selon les principes dégagés dans l'arrêt *Charkaoui II*, M. Jaballah n'a pas droit à la communication des documents qu'il demande.

Discussion

[76] Security certificate cases are not conducted pursuant to principles evolved from criminal law. They are *sui generis* proceedings (see *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraph 53). They are a hybrid proceeding with a different burden of proof and a legislative admonition (see paragraph 83(1)(a) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA) which requires that these proceedings be conducted as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit.

[77] Full answer and defence is a criminal law concept. It has no automatic application to certificate cases. While Mr. Jaballah raises this concept in support of his forthcoming Charter application, whether it applies or not need not be decided on this motion.

[78] The simple answer to this issue is based on procedural fairness. It is neither procedurally nor fundamentally fair for the ministers to access solicitor-client communications, many of which are privileged, and have the ability to use that information directly or indirectly against the interests of Mr. Jaballah. There is no evidence that either CBSA or CSIS have done so, but the fact remains that they have accessed and were in possession of such communications. The documents sought go to the fundamental fairness of the proceeding. It is not a question of Mr. Jaballah knowing the case he has to meet, but rather knowing the extent to which information obtained through the intercepts has been used, directly or indirectly.

[79] In *Charkaoui II* the Supreme Court emphasized the flexible nature of the Charter's section 7 rights to procedural fairness. Section 7 does not require a particular procedure. The appropriate procedural protections are determined through a contextual analysis, based on

Analyse

[76] Les instances relatives à un certificat de sécurité ne se mènent pas selon les principes développés dans le cadre du droit pénal. Il s'agit, en effet, d'une procédure *sui generis* (voir *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, au paragraphe 53). La procédure a une nature mixte, où la charge de la preuve est différente et où le législateur a voulu (voir la LIPR, à l'alinéa 83(1)a) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] que l'on procède sans formalisme et selon une procédure expéditive, dans la mesure où le permettent les circonstances ainsi que les considérations d'équité et de justice naturelle.

[77] Le concept de défense pleine et entière est un concept de droit pénal. Il ne s'applique pas automatiquement aux affaires de certificat de sécurité. Il est vrai que M. Jaballah invoque ce concept à l'appui de l'action qu'il va engager sur le fondement des dispositions de la Charte, mais il n'y a pas lieu de décider, dans le cadre de la présente requête, si ce concept s'applique ou non.

[78] C'est une simple question d'équité procédurale. Il n'est conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres qui ont eu accès à des communications avocat-client, dont bon nombre sont couvertes par le secret professionnel, de pouvoir directement ou indirectement utiliser contre M. Jaballah, les renseignements ainsi obtenus. Rien n'indique que l'ASFC ou le SCRS ait procédé ainsi, mais il n'en demeure pas moins qu'ils ont eu accès à ces communications et les ont eues en leur possession. Les documents dont la communication est demandée concernent les exigences d'équité fondamentale applicables à la procédure. La question en l'occurrence ne concerne pas les moyens de faire en sorte que M. Jaballah connaisse les arguments auxquels il va devoir répondre, mais plutôt la question de savoir dans quelle mesure il a été fait un usage, direct ou indirect, des renseignements obtenus dans le cadre des interceptions en cause.

[79] Dans l'arrêt *Charkaoui II*, la Cour suprême insiste sur la souplesse inhérente aux garanties procédurales reconnues à l'article 7 de la Charte. L'article 7 n'impose pas un type particulier de procédure. Les garanties procédurales qui s'appliquent sont précisées dans le cadre

the factors set out in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 [at paragraph 115]: the nature of the decision to be made, the role of the particular decision in the statutory scheme, the importance of the decision to the individual affected, the legitimate expectations of the person challenging the decision, and the choice of procedure made by the agency (*Charkaoui II*, at paragraph 57).

[80] Applying the *Suresh* factors to the security certificate context, the Supreme Court held that (*Charkaoui II*, at paragraph 58):

In the context of information provided by CSIS to the ministers and the designated judge, the factors considered in *Suresh* confirm the need for an expanded right to procedural fairness, one which requires the disclosure of information, in the procedures relating to the review of the reasonableness of a security certificate and to its implementation. As we mentioned above, these procedures may, by placing the individual in a critically vulnerable position vis-à-vis the state, have severe consequences for him or her.

[81] The ministers argue that *Charkaoui II* disclosure should be limited to information relating to the reasonableness of the certificate. I do not agree that *Charkaoui II* should be read so restrictively. As Mr. Jaballah's counsel noted, when discussing the procedural rights accorded by section 7, the Supreme Court used the word "includes" (see, for example, paragraph 56), which does not suggest a restrictive approach.

[82] More importantly, I do not think that Mr. Jaballah's right to procedural fairness is limited to the determination of the reasonableness of his certificate. While it is clear that the procedure for determining the reasonableness of Mr. Jaballah's security certificate must be in accordance with the principles of fundamental justice, it is also true that Mr. Jaballah's detention engages his section 7 rights by limiting his liberty. The circumstances of his detention, including the monitoring of his communications, must also be in accordance with the

d'une analyse contextuelle fondée sur les facteurs dégagés par l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 [au paragraphe 115] : la nature de la décision recherchée, le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, l'importance de la décision pour la personne visée, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision et les choix de procédure que l'organisme fait lui-même (*Charkaoui II*, au paragraphe 57).

[80] Appliquant les facteurs dégagés par l'arrêt *Suresh* à une affaire de certificat de sécurité, la Cour suprême a jugé que (*Charkaoui II*, au paragraphe 58) :

Dans le contexte de l'information fournie aux ministres et au juge désigné, l'application des facteurs étudiés dans *Suresh* confirme la nécessité d'un droit élargi à l'équité procédurale, qui impose la divulgation de la preuve, dans le cadre des procédures reliées à l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité et à sa mise en œuvre. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en plaçant la personne dans un état de vulnérabilité critique vis-à-vis de l'État, ces procédures entraînent potentiellement des conséquences graves pour elle.

[81] Selon les ministres, la divulgation des documents telle que le prévoit l'arrêt *Charkaoui II* devrait se limiter aux renseignements intéressant le caractère raisonnable du certificat. Selon moi, l'arrêt *Charkaoui II* n'appelle pas une interprétation aussi restrictive. Comme l'avocat de M. Jaballah l'a fait remarquer au sujet des garanties procédurales accordées par l'article 7, la Cour suprême a utilisé (dans la version française) les mots « comprend » et « inclut » (voir, à cet égard, le paragraphe 56), ce qui n'est pas l'indice d'une approche restrictive de la question.

[82] Ce qui importe davantage, cependant, c'est que, selon moi, le droit à l'équité procédurale garanti à M. Jaballah dépasse la simple détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité. S'il est évident que la procédure permettant de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité visant M. Jaballah doit être conforme aux principes de justice fondamentale, il est également vrai que la détention dont a fait l'objet M. Jaballah fait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'article 7. Les conditions de sa



principles of fundamental justice. Fundamental justice includes the principle of solicitor-client privilege (*Lavallee, Rackel & Heintz*, above, at paragraph 26) and also includes the common law principles of procedural fairness (*Suresh*, above, at paragraph 113). Thus, even if *Charkaoui II* could be read as limited to disclosure relating to the reasonableness of the certificate, section 7 procedural fairness rights are still applicable in this motion.

[83] The link between disclosure and the fairness of the proceedings is most obvious when the disclosure is related to the reasonableness of the certificate; because Mr. Jaballah must know the case he has to meet.<sup>3</sup> The difficulty on this motion is that the link between the disclosure requested by Mr. Jaballah and the fairness of the proceedings is much less direct. This motion does not directly challenge the fairness of the proceedings against Mr. Jaballah: “the Court is not at this stage being called on to decide whether the interception of Mr. Jaballah’s solicitor-client telecommunications has prejudiced the fairness of the proceedings against him” (paragraph 38 of the Jaballah written representations). Yet, in order to grant the remedy requested under section 7, the Court must find that disclosure is necessary to ensure the proceedings are fair.

[84] Similarly, the motion is not simply a claim for breach of solicitor-client privilege, an issue which presumably will also be dealt with in the Charter application. Because solicitor-client privilege is a substantive right, this may be sufficient grounds on which to order the relief requested, without relying on the Charter. In *Descôteaux et al. v. Mierzewski*, [1982] 1 S.C.R. 860 [at page 871], the Supreme Court recognized that a

détention, y compris la surveillance de ses communications, doivent, elles aussi, être conformes aux principes de justice fondamentale. Or, la justice fondamentale englobe le privilège des communications avocat-client (*Lavallee, Rackel & Heintz*, précité, au paragraphe 26), et comprend également les principes d’équité procédurale reconnus en common law (*Suresh*, précité, au paragraphe 113). Donc, bien que l’arrêt *Charkaoui II* puisse être interprété comme n’exigeant que la divulgation de documents concernant le caractère raisonnable du certificat, le droit à l’équité procédurale garanti par l’article 7 s’applique néanmoins à la présente requête.

[83] Le rapport entre divulgation et équité procédurale est particulièrement évident lorsque la question de la divulgation est liée à celle du caractère raisonnable du certificat, car M. Jaballah doit savoir quels sont les arguments auxquels il va devoir répondre<sup>3</sup>. Ce qui, dans cette requête, fait problème, c’est que le lien entre la divulgation des documents demandés par M. Jaballah et l’équité procédurale est beaucoup moins direct. La présente requête ne met pas directement en cause l’équité de la procédure engagée à l’encontre de M. Jaballah : [TRADUCTION] « Il n’est pas, à cette étape de la procédure, demandé à la Cour de dire si l’interception des télécommunications avocat-client de M. Jaballah a nui à l’équité des procédures engagées à son encontre » (paragraphe 38 des observations écrites de M. Jaballah). Pour accorder le redressement sollicité au titre de l’article 7, la Cour doit, cependant, dire que l’équité exige en l’occurrence la production des documents en question.

[84] Dans le même ordre d’idée, cette requête ne porte pas simplement sur l’atteinte au privilège des communications avocat-client, question qui, suppose-t-on, sera également examinée dans le cadre de l’action engagée par M. Jaballah au titre des dispositions de la Charte. Le privilège des communications avocat-client étant un droit substantiel, il se peut que cela soit, en l’espèce, suffisant pour accorder le redressement sollicité sans

<sup>3</sup> On the issue of knowing the case to be met, the Court has made a direction regarding the provision of will-says and expert reports prior to the commencement of the reasonableness hearing.

<sup>3</sup> En ce qui concerne la connaissance des arguments auxquels il va falloir répondre, la Cour a rendu une directive sur la remise, avant le début de l’audience dans le cadre de laquelle sera examiné le caractère raisonnable du certificat en question, d’un résumé des témoignages attendus et des rapports d’expert.

breach of solicitor-client privilege can give rise to a variety of remedies:

Like other personal, extra-patrimonial rights, it gives rise to preventive or curative remedies provided for by law, depending on the nature of the aggression threatening it or of which it was the object. Thus a lawyer who communicates a confidential communication to others without his client's authorization could be sued by his client for damages; or a third party who had accidentally seen the contents of a lawyer's file could be prohibited by injunction from disclosing them. [Footnote omitted.]

[85] Instead, Mr. Jaballah argued that he needs disclosure in order to pursue his forthcoming Charter application. I am not satisfied this is sufficient grounds to justify granting disclosure, particularly if full answer and defence does not apply outside of the criminal law context. However, under section 7 of the Charter, the question is whether production of the collateral documents is necessary in order to ensure the proceedings against Mr. Jaballah are fundamentally fair.

[86] In this motion, given that the impact of the interceptions on the fairness of the proceedings cannot be determined yet, is it not reasonable to find that disclosure of the collateral documents are necessary in order to determine whether the solicitor-client breach has impaired the fairness of the proceedings? When viewed in this light, disclosure is necessary to ensure the proceedings are fair.

[87] There are several factors which suggest these documents should be disclosed in order to ensure the procedure against Mr. Jaballah is fair. As the Supreme Court noted at paragraph 54 of *Charkaoui II*, "Investigations by CSIS play a central role in the decision on the issuance of a security certificate and the consequent removal order." If CSIS (or CBSA) agents have been monitoring solicitor-client communications, the potential impact on the fairness of the proceedings, depending on the ultimate evidence before the

faire appel aux dispositions de la Charte. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860 [à la page 871], la Cour suprême a reconnu que la violation du secret professionnel qui lie un avocat à son client peut donner lieu à divers types de redressement :

Il donne ouverture, tout comme les autres droits personnels extra-patrimoniaux, aux recours préventifs ou curatifs que le droit prévoit selon la nature de l'agression qui le menace ou dont il a été l'objet. Ainsi, pourrait être poursuivi en dommages par son client l'avocat qui communiquerait à d'autres sans son autorisation une communication confidentielle; ou encore, pourrait être frappé d'une injonction lui interdisant la divulgation du contenu du dossier d'un avocat le tiers qui par accident en aurait pris connaissance. [Renvoi omis.]

[85] M. Jaballah affirme plutôt que la divulgation des documents en question est nécessaire à l'action qu'il a engagée au titre des dispositions de la Charte. Je ne suis pas convaincu que ce soit là un motif suffisant pour que la Cour ordonne la divulgation, notamment si le concept de défense pleine et entière ne s'applique qu'en matière pénale. Au regard de l'article 7 de la Charte, par contre, la question est de savoir si la production des documents accessoires est nécessaire pour assurer l'équité fondamentale des instances engagées à l'encontre de M. Jaballah.

[86] Dans le cadre de la présente requête, étant donné qu'on ne peut pas encore se prononcer sur les incidences possibles des interceptions en question sur le caractère équitable de la procédure, ne doit-on pas conclure que, pour décider si l'atteinte au privilège des communications avocat-client a nui à l'équité de l'instance, la divulgation des documents accessoires est nécessaire? Vue sous cet angle, l'équité procédurale exige effectivement la divulgation.

[87] Plusieurs facteurs donnent à penser que les documents en question doivent être divulgués pour s'assurer que la procédure engagée contre M. Jaballah se déroule équitablement. Comme la Cour suprême l'a rappelé au paragraphe 54 de l'arrêt *Charkaoui II*, « Les enquêtes menées par le SCRS jouent un rôle central dans les décisions relatives à la délivrance des certificats de sécurité et aux mesures d'interdiction de territoire qui en résultent ». Si les agents du SCRS (ou de l'ASFC) ont surveillé des communications avocat-client, l'incidence

designated judge hearing the abuse motion, against Mr. Jaballah may be very significant.

[88] In this case the record establishes at least a *prima facie* breach of solicitor-client privilege. As solicitor-client privilege has now been recognized as a principle of fundamental justice, this may mean, again contingent on the evidence, that the proceedings against Mr. Jaballah have not been conducted in accordance with the principles of fundamental justice. In order to ensure the proceedings are fair, Mr. Jaballah should be assured that the monitoring has stopped, and should know the extent to which his solicitor-client communications have been used and handled by CBSA and CSIS. Currently, only the ministers know exactly how the solicitor-client communications were handled, while Mr. Jaballah's knowledge remains limited. Ordering disclosure would put the parties on a level playing field on this issue.

[89] Even if CBSA and CSIS have not used or relied on the solicitor-client communications such that the fairness of the proceedings against Mr. Jaballah would be substantively impaired, the appearance of fairness is also important.

[90] While *Charkaoui II* deals with knowing the case which must be met, it does not throw out the concept of fundamental or procedural fairness. Documentation must therefore be produced.

[91] Finally, it should be noted that there is no evidence that ordering production would cause any prejudice to the ministers in this proceeding. Any disclosure is subject to the ministers' own claims of privilege.

Issue Four: What is the scope of the documents to be produced, if any?

sur l'équité de la procédure engagée contre M. Jaballah pourrait, selon la nature de la preuve présentée ultérieurement devant le juge désigné appelé à se prononcer sur la requête pour abus de procédure, être très importante.

[88] En l'espèce, le dossier permet de conclure à une atteinte *prima facie* au privilège des communications avocat-client. Ce privilège étant maintenant tenu pour un principe de justice fondamentale, cela peut vouloir dire, encore une fois, selon la preuve à venir, que la procédure engagée à l'encontre de M. Jaballah n'a pas été menée en accord avec les principes de justice fondamentale. Pour garantir l'équité de l'instance, il faudrait que M. Jaballah puisse être assuré que la surveillance en question a cessé et il faudrait qu'il puisse savoir dans quelle mesure ses communications avec ses avocats ont été utilisées par l'ASFC et le SCRS. Pour l'instant, les ministres sont les seuls à savoir exactement quel a été le traitement accordé aux communications avocat-client, ce que M. Jaballah en sait étant limité. En ordonnant la divulgation, la Cour uniformiserait les règles du jeu entre les deux parties.

[89] Même si l'ASFC et le SCRS n'ont pas utilisé ou ne se sont pas fondés sur les communications avocat-client au point de nuire sensiblement à l'équité de la procédure engagée contre M. Jaballah, il importe de faire en sorte que l'équité ne soit pas compromise ne serait-ce qu'en apparence.

[90] L'arrêt *Charkaoui II* qui traite du droit d'être informé des allégations formulées, n'écarte pas le concept d'équité fondamentale ou procédurale. Cela étant, les documents vont devoir être produits.

[91] Ajoutons, enfin, que rien ne permet d'affirmer qu'une ordonnance enjoignant la production des documents en question porterait en l'occurrence préjudice aux ministres, qui sont, eux aussi, en mesure d'invoquer la confidentialité.

Quatrième question : Quelle est l'envergure de la documentation à produire, le cas échéant?

Position of the Parties

[92] The list of documents requested is set out at the outset of these reasons as enumerated at paragraphs 41–43 of the Jaballah written representations. As noted during argument, the request is wide ranging because counsel do not know what documents there are or what documents may have been generated in the course of the monitoring of the solicitor-client communications. Thus, Mr. Jaballah has requested documents related to the question of how far information from the solicitor-client intercepts was disseminated, as well as documents bearing on the decision-making process that led CBSA and CSIS to intercept, review and record solicitor-client communications, and steps taken to implement CSIS counsel's December 2008 undertaking and the Court's March 9, 2009 amended release order requiring CSIS analysts to stop listening to all solicitor-client interceptions and destroy them.

[93] The ministers simply take the position that no collateral documents should be produced.

Discussion

[94] Based on the conclusions on the first three issues, it is my view that Mr. Jaballah is entitled to production of documentation relating to the interception of his solicitor-client communications. The scope of that production is more problematic, as it is understandable that a wide net has been cast by Mr. Jaballah in search of documentation to assist in the abuse of process motion.

[95] However, production should only be ordered to the extent it is necessary to ensure the fairness of the proceedings against Mr. Jaballah. As discussed above, in

Les positions des parties

[92] Les documents demandés sont énumérés au début des présents motifs, tel qu'ils figurent aux paragraphes 41 à 43 des observations de M. Jaballah. Ainsi qu'on l'a fait remarquer au cours des plaidoiries, la demande de divulgation vise un large éventail de documents, car l'avocat de M. Jaballah ne sait pas quels documents existent ou à quels documents a donné lieu la surveillance des communications avocat-client. C'est pourquoi M. Jaballah demande que lui soient remis les documents touchant la question de savoir quelle a été la diffusion des renseignements obtenus dans le cadre de l'interception des communications avocat-client, ainsi que les documents en rapport avec le processus de décision ayant porté l'ASFC et le SCRS à procéder à l'interception, à l'analyse et à l'enregistrement des communications avocat-client, et les mesures ayant permis de donner effet à l'engagement pris par l'avocat du SCRS en décembre 2008 ainsi qu'à l'ordonnance modifiée de mise en liberté prononcée par la Cour le 9 mars 2009, aux termes de laquelle les analystes du SCRS devaient cesser d'écouter les communications entre avocat et client et détruire toutes les interceptions menées jusque-là.

[93] Les ministres soutiennent tout simplement qu'il n'y a pas lieu de divulguer les documents accessoires.

Analyse

[94] Compte tenu des conclusions auxquelles je suis parvenu à l'égard des trois premières questions, je considère que M. Jaballah est en droit de se voir communiquer les documents concernant l'interception de ses communications avocat-client. L'étendue de cette divulgation pose cependant davantage de problèmes, car, M. Jaballah entendant les invoquer dans le cadre de sa requête pour abus de procédure, il souhaite, et cela se comprend, se voir communiquer le plus grand nombre de documents possible.

[95] La divulgation ne devrait cependant être ordonnée que dans la mesure où les documents demandés sont nécessaires pour assurer l'équité de la procédure

order to determine whether the proceedings are fair, it is important to know how the solicitor-client intercepts were handled. Further, Mr. Jaballah should be satisfied that the monitoring has stopped, and should know what has been done to ensure it has stopped. However, document production should not be an endless fishing expedition. There must be reasonable limits.

[96] Thus, dealing with the various categories of documents outlined in Mr. Jaballah's written representations:

- The July 2006 "Harkat Guidelines" and the subsequent September 2007 replacement guidelines.

In my view, as these documents appear to set out a protocol for the interception of solicitor-client communications they are relevant and should be produced. The special advocates appear to have received or reviewed copies of them but public counsel have not. It is not readily apparent why such guidelines have not also been made available to public counsel except to say that national security privilege must have been asserted by the ministers. In keeping with the protocol established for this production motion (the production protocol), if the ministers continue to assert national security privilege over these guidelines then they will be reviewed by a designated judge to determine if they should be produced to public counsel in their entirety or in some redacted form.

- Records or logs indicating when the solicitor-client intercept recordings were accessed by CBSA and CSIS analysts, along with the frequency and duration of these accesses.

Any such documents are also relevant to the issue of knowing the scope of knowledge of the ministers regarding discussions between Mr. Jaballah and his counsel.

engagée contre lui. Comme nous l'avons vu plus haut, il faut, pour jauger l'équité de la procédure, savoir quel a été le traitement accordé aux interceptions de communications entre avocat et client. Il faut en outre que M. Jaballah soit assuré que cette surveillance a cessé et qu'il sache, par conséquent, quelles ont été les mesures prises pour la faire cesser. Cela dit, la recherche de documents ne doit pas se faire à l'aveuglette, mais doit s'inscrire dans des limites raisonnables.

[96] En ce qui concerne les diverses catégories de documents visés dans les observations écrites de M. Jaballah :

- Un exemplaire des « Directives Harkat » de juillet 2006 et des directives qui les ont remplacées en septembre 2007.

Selon moi, dans la mesure où ces documents semblent fixer le protocole régissant l'interception des communications avocat-client, ils sont pertinents en l'espèce et devraient être communiqués. Il semblerait que les avocats spéciaux en aient reçu une copie, ce qui n'est pas le cas des avocats pour l'audience publique. On ne voit pas très bien pourquoi ces directives n'ont pas été communiquées aux avocats pour l'audience publique, si ce n'est que les ministres ont dû invoquer le privilège relatif à la sécurité nationale. Conformément au protocole adopté dans le cadre de la présente requête en production (le protocole de production), si les ministres continuent à invoquer à l'égard des directives en question le privilège relatif à la sécurité nationale, ces directives seront soumises à un juge désigné qui décidera alors s'il convient de les remettre aux avocats pour l'audience publique, soit intégralement soit sous forme expurgée.

- Les dossiers ou registres indiquant quand des analystes de l'ASFC et du SCRS ont consulté les enregistrements des communications interceptées, la fréquence de ces consultations et leur durée.

De tels documents sont eux aussi pertinents à la question de savoir dans quelle mesure les ministres ont eu connaissance des discussions entre M. Jaballah et ses avocats.

- Any memos, letters or other documents establishing practices or procedures governing the sharing of information between CSIS and CBSA derived from the interceptions in any of the security certificate cases (i.e. *Harkat*, *Mahjoub* and *Jaballah*).

The argument for their production was that these documents deal with how the fruits of the interceptions could be disseminated. As opposed to fairness, they are more directed to the abuse of process motion. To the extent that there are documents which establish any practices of sharing information between CSIS and CBSA they would be relevant and should be produced.

- Any memos, written instructions or other documents relating to the practices to be followed by CBSA and CSIS analysts in relation to solicitor-client intercepts.

This category of documents appears to be the same as the Harkat Guidelines. To the extent there are documents in addition to the Harkat Guidelines which fall within this description they should also be produced.

- Any reports, memos or other documents that refer to the content of any of the Jaballah intercepts, whether solicitor-client privileged or otherwise.

Any such documents are directly relevant to fairness in this proceeding as they will demonstrate the extent to which any solicitor-client information was accessed or in any way used. Again, if national security privilege is claimed in respect of any of these documents then the production protocol will apply.

- Documents relating to the decision-making process that led CBSA and CSIS to intercept, record and review privileged solicitor-client telephone calls in

- Toutes les notes de service, lettre ou tous autres documents établissant les pratiques ou les procédures régissant l'échange, entre le SCRS et l'ASFC, de renseignements découlant d'interceptions menées dans le cadre d'une affaire relative à un certificat de sécurité quelle qu'elle soit (c.-à-d., les affaires *Harkat*, *Mahjoub* et *Jaballah*).

On fait valoir, à l'appui de la requête en production, que ces documents concernent la manière dont ont pu être diffusés les résultats des interceptions. Ces documents concernent davantage la requête pour abus de procédure que la question de l'équité. Dans la mesure où il existe des documents faisant état des pratiques en matière d'échange d'informations entre le SCRS et l'ASFC, ils sont pertinents en l'espèce et devront être produits.

- Toutes les notes de service, instructions écrites ou tous autres documents concernant les pratiques s'imposant aux analystes de l'ASFC et du SCRS en matière d'interception de communications avocat-client.

Cette catégorie de documents semble correspondre aux directives Harkat. Dans la mesure où, outre les Directives Harkat, cette catégorie comporte d'autres documents correspondant à cette description, eux aussi devront être produits.

- Tous les rapports, notes de service ou autres documents mentionnant le contenu d'une interception des communications avec M. Jaballah, qu'elles relèvent ou non du secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Tous ces documents ont une pertinence directe à l'égard de l'équité procédurale dans la présente instance, car ils démontreront dans quelle mesure les renseignements avocat-client ont été obtenus ou utilisés. Encore une fois, si le privilège relatif à la sécurité nationale est invoqué à leur égard, il conviendra d'appliquer le protocole de production.

- Les documents relatifs au processus décisionnel ayant amené l'ASFC et le SCRS à intercepter, enregistrer et étudier des appels téléphoniques relevant du privilège

Mr. Jaballah's case and in other certificate cases (*Harkat and Mahjoub*).

This request appears to be largely repetitive of other groups of documents i.e. the Harkat Guidelines, and related documents which have been dealt with above. The individual descriptions of the categories of documents casts the net too wide as they may include, for example, privileged communications. This category must therefore be limited to documents relating to: the creation of the two sets of Harkat Guidelines; the scope of the release order relating to Mr. Jaballah and the handling of solicitor-client communications; and the discovery that CSIS was intercepting Mr. Jaballah's solicitor-client communications. Documents are also sought from the Harkat and Mahjoub proceedings because the discovery that solicitor-client communications were being intercepted occurred in the Harkat case. However, this request is too open-ended. Production must be limited to communications between CBSA and CSIS that directly relate to the approach taken in this case involving Mr. Jaballah.

- Documents relating to the steps taken to implement the undertaking given to the Court in December 2008 and the Court's order directing that CSIS cease listening to solicitor-client communications and to destroy the recordings.

The post-December 2008 period is relevant to fairness and abuse of process. Thus, documents relating to the continued interception of solicitor-client communications should be produced and would encompass any documents of CSIS or CBSA regarding the handling, review and destruction of solicitor-client communications; documents relating to the knowledge of CSIS or CBSA regarding the undertaking to the Court and the revised term of the release order concerning solicitor-client communications; and documents relating to the continuation of the interception of solicitor-client communications after December 2008.

des communications avocat-client, tant dans le cas de M. Jaballah que dans d'autres affaires relatives à un certificat de sécurité (*Harkat et Mahjoub*).

La demande de production visant ces documents semble reprendre en grande partie les autres catégories de documents, c'est-à-dire les Directives Harkat, et documents connexes dont il est fait état ci-dessus. La description de chaque catégorie de documents donne à la demande une trop grande ampleur, car il peut s'agir, dans certains cas, de documents confidentiels. Cette catégorie doit donc se limiter aux documents concernant : l'établissement des deux versions des Directives Harkat; la portée de l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah et le traitement des communications avocat-client; la révélation du fait que le SCRS interceptait les communications avocat-client de M. Jaballah. La demande de production concerne également des documents relatifs aux instances visant MM. Harkat et Mahjoub, car on s'est également aperçu, dans l'affaire Harkat, que des communications avocat-client avaient été interceptées. Cela étant, la demande de production paraît trop indéfinie. La production de documents doit s'en tenir aux communications entre l'ASFC et le SCRS liées directement à la démarche retenue dans le cas de M. Jaballah.

- Les documents concernant les mesures adoptées pour assurer la mise en œuvre de l'engagement pris envers la Cour en décembre 2008 ainsi que l'ordonnance de la Cour enjoignant au SCRS de cesser d'écouter les communications avocat-client, et de détruire les enregistrements qui en avaient été faits.

La période suivant le mois de décembre 2008 est pertinente tant en ce qui a trait à la question de l'équité procédurale qu'à la requête pour abus de procédure. Les documents concernant la poursuite des interceptions visant des communications avocat-client devront par conséquent être produits, y compris tout document du SCRS ou de l'ASFC concernant le traitement, l'analyse et la destruction de comptes rendus ou d'enregistrements des communications avocat-client; les documents touchant ce que le SCRS et l'ASFC savaient de l'engagement pris envers la Cour par leurs avocats, et de la version modifiée de l'ordonnance de mise en liberté

concernant les communications avocat-client; les documents relatifs à la poursuite, après le mois de décembre 2008, des interceptions de communications avocat-client.

### Conclusion

[97] In the end result, for all of the reasons noted above I am satisfied that Mr. Jaballah is entitled to production of documents which directly impact on his ability to know the extent of the policies of CBSA and CSIS regarding solicitor-client interceptions generally and as they relate specifically to him and the extent to which either or both CBSA or CSIS have used any information gleaned from listening to intercepts. As was conceded during argument by Mr. Jaballah's counsel, those documents are difficult to more accurately define because they do not know the nature of the documents maintained by CBSA and CSIS. Thus, the parties may return to the Court for further clarification in the event there is any issue concerning the scope of production that is not apparent from these reasons.

### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The ministers shall make production of documentation in accordance with the reasons herein.
2. All documents produced shall be subject to the production protocol which was set out in the Court's direction dated August 24, 2010.
3. Any issues regarding the specific scope of production in light of these reasons may be referred back to the Court for further clarification, as required.

### Conclusion

[97] Au bout du compte, pour l'ensemble des motifs exposés ci-dessus, je suis convaincu que M. Jaballah est en droit de se voir remettre les documents ayant une incidence directe sur la connaissance qu'il peut avoir des politiques de l'ASFC et du SCRS en matière d'interception de communications avocat-client en général, et plus particulièrement en ce qui le concerne, ainsi que dans quelle mesure l'ASFC ou le SCRS ont utilisé des renseignements recueillis dans le cadre de ces interceptions. Comme l'a reconnu l'avocat de M. Jaballah lors de sa plaidoirie, il est difficile de donner une description plus précise des documents demandés, étant donné qu'on ne connaît pas la nature des documents conservés par l'ASFC et le SCRS. Au cas où se poseraient, au sujet de l'envergure des documents demandés, des questions auxquelles les présents motifs ne permettent pas de répondre, les parties pourront s'adresser à la Cour pour obtenir des éclaircissements additionnels.

### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Les ministres produiront les documents conformément aux motifs exposés ci-dessus;
2. Tous les documents produits seront assujettis au protocole de production fixé par la directive de la Cour datée du 24 août 2010;
3. Toute question concernant l'envergure de la documentation à produire au titre des présents motifs pourra être soumise, le cas échéant, à la Cour afin d'obtenir des éclaircissements additionnels.



IMM-152-09  
2010 FC 1082

IMM-152-09  
2010 CF 1082

**Chanthirakumar Sellathurai** (*Applicant*)

**Chanthirakumar Sellathurai** (*demandeur*)

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: SELLATHURAI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : SELLATHURAI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Snider J.—Toronto, October 20; Ottawa, November 3, 2010.

Cour fédérale, juge Snider—Toronto, 20 octobre; Ottawa, 3 novembre 2010.

\* Editor's Note: This decision has been reversed in part on appeal (A-431-10, 2011 FCA 223). The reasons for judgment, handed down July 11, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

\* Note de l'arrêtiste : Cette décision a été infirmée en partie en appel (A-431-10, 2011 CAF 223). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 11 juillet 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Motion for order requiring return of documents inadvertently forwarded to applicant's counsel and for non-disclosure of relevant portions of disputed documents — Applicant filing application for leave, judicial review of interlocutory decision of Immigration and Refugee Board rendered in admissibility hearing determining applicant's admissibility to Canada pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1) — This application accompanied by motion to stay admissibility hearing pending determination of ministerial relief application made under IRPA, s. 34(2) — Respondent in application requesting return of documents inadvertently disclosed in response to ministerial relief application, on ground disclosure of contents would be injurious to national security or to safety of any person — Key issues whether respondent's motion should be heard, determined pursuant to IRPA, s. 87 or Canada Evidence Act (CEA), s. 38; whether motion to recall disputed documents should succeed; whether Court should designate special advocate pursuant to IRPA, s. 87.1 — (1) Court having jurisdiction to consider motion, directly or by analogy pursuant to IRPA, s. 87.1 — CEA, s. 38 meant to apply to proceedings where no statutory scheme in place to deal with non-disclosure of documents subject of national security privilege — IRPA containing statutory scheme specifically designed to deal with non-disclosure of information within immigration context — Federal Court expressly tasked by Parliament to protect information in IRPA context where disclosure injurious to national security or endangering safety of any person — (2) Inadvertent disclosure not ousting Court's jurisdiction to protect national security documents — This reasoning also applying to IRPA,*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés — Le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rendue dans le cadre d'une enquête visant à déterminer s'il devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Cette demande a été accompagnée d'une requête visant à obtenir une suspension de l'enquête jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu de l'art. 34(2) de la LIPR — Le défendeur en l'espèce demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Les principaux points litigieux étaient de savoir si la requête du défendeur devait être entendue et tranchée en vertu de l'art. 87 de la LIPR ou en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC), si sa requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devait être accueillie, et si la Cour devait désigner un avocat spécial en vertu de l'art. 87.1 de la LIPR — 1) La Cour avait compétence pour juger la requête, directement ou par analogie, en vertu de l'art. 87 de la LIPR — L'art. 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgation des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale — La LIPR contient*

*s. 87 — Case-by-case determination of privilege required when documents inadvertently disclosed — Privilege claimed over portions of disputed documents not lost by their disclosure — (3) In view of factors considered in Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), considerations of fairness and natural justice not requiring appointment of special advocate to protect interests of applicant — Motion granted.*

*Evidence — Motion for order requiring return of documents inadvertently forwarded to applicant's counsel in admissibility hearing determining applicant's admissibility to Canada pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1) — Respondent requested return of documents inadvertently disclosed in response to ministerial relief application, on ground disclosure of contents would be injurious to national security or to safety of any person — Whether respondent's motion should be heard and determined pursuant to IRPA, s. 87 or Canada Evidence Act (CEA), s. 38 — CEA, s. 38 meant to apply to proceedings where no statutory scheme in place to deal with non-disclosure of documents subject of national security privilege — IRPA containing statutory scheme specifically designed to deal with non-disclosure of information within immigration context — CEA, s. 38 not proper vehicle for dealing with subject matter of this motion.*

This was a motion for an order requiring the return of documents inadvertently forwarded to the applicant's counsel and an order of non-disclosure of the relevant portions of the disputed documents.

The context of the file is an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the ID). The admissibility hearing would determine the applicant's admissibility to Canada pursuant to subsection 34(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). In an interlocutory decision, the ID refused to stay the hearing pending the outcome of the applicant's ministerial relief application made under subsection 34(2) of IRPA.

*un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgence des renseignements dans le contexte de l'immigration — Le législateur a expressément chargé la Cour de protéger les renseignements dans le cadre de l'application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — 2) Une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écartier le pouvoir de la Cour de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué — Ce raisonnement vaut également dans le cas de l'art. 87 de la LIPR — Il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège — Le privilège qui était revendiqué sur les passages des documents contestés n'avait pas été perdu par suite de leur divulgation — 3) Compte tenu des facteurs examinés dans l'affaire Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigeaient pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur — Requête accordée.*

*Preuve — Requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur dans le cadre d'une enquête visant à déterminer s'il devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le défendeur demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Question de savoir si la requête du défendeur devait être entendue et tranchée en vertu de l'art. 87 de la LIPR ou en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC) — L'art. 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgence des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale — La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgence des renseignements dans le contexte de l'immigration — L'art. 38 de la LPC n'était pas le moyen approprié pour traiter de l'objet de la présente requête.*

Il s'agissait d'une requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés.

Le dossier s'inscrit dans le cadre d'une enquête de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SI) visant à déterminer si le demandeur devrait être interdit de territoire en vertu du paragraphe 34(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Dans une décision interlocutoire, la SI a refusé de suspendre l'enquête en attendant l'issue d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du

The applicant subsequently filed an application for leave and judicial review of that decision, and brought a motion seeking a stay pending a determination of the ministerial relief application. Both the application and the motion were granted, and the judicial review hearing was adjourned *sine die*.

In this motion, the respondent requested the return of documents inadvertently disclosed in response to the ministerial relief application, on the ground that the disclosure of their contents would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

The key disputed issues were whether the motion should be heard and determined pursuant to section 87 of IRPA or section 38 of the *Canada Evidence Act* (CEA), whether the motion to recall the disputed documents should succeed, and whether the Court should designate a special advocate pursuant to section 87.1 of IRPA.

*Held*, the motion should be granted.

The Court had jurisdiction to consider the motion, directly or by analogy, pursuant to section 87 of IRPA. The Supreme Court has recognized the importance of both the state's and society's interest in national security. Both of these reasons have been found to be sufficient to rationalize limiting the disclosure of materials to individuals affected by the non-disclosure. A natural extension of these principles is the state's interest in recalling documents that have been inadvertently disclosed with the objective of regaining protection of information that is properly the subject of national security. Section 38 of the CEA is meant to be applied to proceedings where there is no statutory scheme in place to deal with the non-disclosure of documents that are the subject of national security privilege. IRPA contains a statutory scheme specifically designed to deal with the non-disclosure of information within the immigration context. An application of the CEA rather than IRPA would arguably run contrary to the presumption against redundancy, a principle of statutory interpretation. Section 38 of the CEA was not the proper vehicle for dealing with the subject matter of this motion. The Federal Court has been expressly tasked by Parliament to protect information in the IRPA context where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. Although the disputed documents were disclosed pursuant to the ministerial relief application, this disclosure forms part of the substance of the judicial review motion that currently stands adjourned *sine die*. Even if it is possible to conclude that the disputed documents do not directly fall within the judicial review currently adjourned and, hence, are not within the explicit words of section 87, the result would

paragraphe 34(2) de la LIPR. Le demandeur a alors déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision, ainsi qu'une requête visant à obtenir une suspension jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet de la demande de dispense ministérielle. Ces demandes ont été accordées, et l'audience relative à la demande de contrôle judiciaire a été ajournée *sine die*.

En l'espèce, le défendeur demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Les principaux points litigieux étaient de savoir si la requête devait être entendue et tranchée en vertu de l'article 87 de la LIPR ou en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC), si sa requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devait être accueillie, et si la Cour devait désigner un avocat spécial en vertu de l'article 87.1 de la LIPR.

*Jugement* : la requête doit être accordée.

La Cour avait compétence pour juger la requête, directement ou par analogie, en vertu de l'article 87 de la LIPR. La Cour suprême a reconnu l'importance de l'intérêt de l'État et du public en matière de sécurité nationale. Ces deux facteurs ont été jugés suffisants pour justifier de limiter la divulgation de renseignements aux personnes touchées par la non-divulgaration. Une extension naturelle de ces principes se traduit par l'intérêt de l'État à récupérer les documents qui ont été divulgués par inadvertance et ce, dans le but d'être en mesure de protéger de nouveau des renseignements qui font légitimement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. L'article 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgaration des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgaration des renseignements dans le contexte de l'immigration. L'application de la LPC plutôt que de la LIPR irait à l'encontre de la présomption d'absence de redondance, un principe d'interprétation des lois. L'article 38 de la LPC n'était pas le moyen approprié pour traiter de l'objet de la présente requête. Le législateur a expressément chargé la Cour fédérale de protéger les renseignements dans le cadre de l'application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Bien que les documents contestés aient été divulgués en réponse à la demande de dispense ministérielle, cette divulgation fait partie de l'essence même de la demande de contrôle judiciaire qui a été ajournée *sine die*. Même s'il était possible de conclure que les documents contestés n'entrent pas directement

be the same. The disputed documents were clearly sent for the purposes of a matter within IRPA—specifically subsection 34(2). The unique facts of this case and the close relationship of the subsection 34(1) proceeding and the ministerial relief application supports a finding that rule 4 of the *Federal Courts Rules* can be relied on to bridge the gap. Adopting, by analogy, the well-established procedure of section 87 of IRPA for the purposes of this motion would secure the just, most expeditious and least expensive determination of this motion.

Regarding the motion to recall the disputed documents, the secret affidavit submitted by the respondent was a detailed assertion of the evidence and the reasoning as to why each redaction was necessary in order to protect national security or the safety of any person. The redacted portions should be the subject of national security privilege. Inadvertent disclosure does not oust the Federal Court's jurisdiction to protect national security documents on the basis of waiver. This also applies to section 87 of IRPA. A case-by-case determination of privilege must be made when documents are inadvertently disclosed. The claim to national security privilege over portions of the disputed documents was not lost by inadvertent disclosure of them. While the respondent acknowledged that unredacted copies of the disputed documents should never have been sent to the applicant's counsel, it was not done intentionally, and there is nothing that would give rise to the circumstances that would necessitate the waiver of privilege to the disputed documents. The importance of protecting national security does not end when a mistake is made which results in the inadvertent disclosure of information. It is in the interest of the public to ensure that national security information is kept confidential and that, in the event of an inadvertent error, there are procedures in place to restore that confidentiality. There are clear exceptions to the "open court principle", and national security privilege is one such exception.

Lastly, the appointment of a special advocate is within the discretion of the designated judge. In view of the factors considered in *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, the considerations of fairness and natural justice did not require the appointment of a special advocate to protect the interests of the applicant.

dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire qui avait été ajournée et qu'ils ne correspondaient donc pas au libellé explicite de l'article 87, le résultat serait le même. Les documents contestés avaient été communiqués relativement à une question relevant de la LIPR, plus précisément du paragraphe 34(2). Les faits particuliers de l'affaire et les liens étroits qui existaient entre l'instance introduite en vertu du paragraphe 34(1) et la demande de dispense ministérielle permettaient de conclure qu'il était possible de recourir à l'article 4 des *Règles des Cours fédérales* pour combler la lacune. L'adoption par analogie de la procédure bien établie prévue à l'article 87 de la LIPR pour les besoins de la requête permettrait de la trancher de la manière la plus juste, expéditive et économique possible.

Concernant la requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés, l'affidavit secret déposé par le défendeur renfermait un témoignage détaillé ainsi que le raisonnement expliquant pourquoi chacune des expurgations étaient nécessaire pour protéger la sécurité nationale et la sécurité d'autrui. Les passages expurgés devaient bénéficier d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écarter, pour cause de renonciation, le pouvoir de la Cour fédérale de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué. Ce raisonnement vaut également dans le cas de l'article 87 de la LIPR. Il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège. Le privilège fondé sur la sécurité nationale qui était revendiqué sur les passages des documents contestés n'avait pas été perdu par suite de leur divulgation par inadvertance. Bien que le défendeur ait reconnu que les versions non expurgées des documents contestés n'auraient jamais dû être transmises à l'avocate du demandeur, cette mesure n'avait pas été prise intentionnellement et aucun élément ne permettait de penser à la présence de circonstances qui entraîneraient renonciation au privilège sur les documents contestés. L'importance que revêt la protection de la sécurité nationale ne s'évanouit pas lorsqu'une erreur se solde par la divulgation par inadvertance de renseignements. Il est dans l'intérêt du public d'assurer la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale et de faire en sorte qu'advenant le cas où ils seraient divulgués par inadvertance, il existe des moyens de les rendre de nouveau confidentiels. Il existe des exceptions claires au principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège fondé sur la sécurité nationale en est une.

Finalement, la désignation d'un avocat spécial est une mesure qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné. Compte tenu des facteurs examinés dans l'affaire *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigeaient pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (am. by SOR/2004-283, s. 2), 3, 4.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34, 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 (as enacted *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.3 (as enacted *idem*), 85.4 (as enacted *idem*), 85.5 (as enacted *idem*), 85.6 (as enacted *idem*), 86 (as am. *idem*), 87 (as am. *idem*), 87.1 (as enacted *idem*).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Rajadurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 119, 340 F.T.R. 179; *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, 73 Imm. L.R. (3d) 27; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, 360 F.T.R. 173, 87 Imm. L.R. (3d) 86.

## CONSIDERED:

*Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85, 363 F.T.R. 278; *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; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, 219 C.C.C. (3d) 305, 47 C.R. (6th) 346; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 54, [2005] 3 F.C.R. 142, 251, D.L.R. (4th) 13, 45 Imm. L.R. (3d) 167; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, (1991), 85 D.L.R. (4th) 88, [1992] 1 W.W.R. 193; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229, (1988), 53 D.L.R. (4th) 568, 24 F.T.R. 24 (T.D.); *Chapelstone Developments Inc. v. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, 191 C.C.C. (3d) 152, [2004] G.S.T.C. 162; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34, 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 (édité, *idem*), 82.2 (édité, *idem*), 82.3 (édité, *idem*), 82.4 (édité, *idem*), 83 (mod., *idem*), 84 (mod., *idem*), 85 (mod., *idem*), 85.1 (édité, *idem*), 85.2 (édité, *idem*), 85.3 (édité, *idem*), 85.4 (édité, *idem*), 85.5 (édité, *idem*), 85.6 (édité, *idem*), 86 (mod., *idem*), 87 (mod., *idem*), 87.1 (édité, *idem*).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 3, 4.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Rajadurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 119; *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 54, [2005] 3 R.C.F. 142; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.); *Chapelstone Developments Inc. c. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2d) 350; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549; *Farkhondehfall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1064; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

FC 549, 329 F.T.R. 80; *Farkhondehfall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1064, 2 Admin. L.R. (5th) 240; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366.

## REFERRED TO:

*Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, IMM-152-09, Mosley J., order rendered December 7, 2009, F.C.; *Ruby v. Canada (Sollicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *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; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125; *Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106, 66 Imm. L.R. (3d) 111; *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300, 302 F.T.R. 184, 57 Imm. L.R. (3d) 105; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, 214 D.L.R. (4th) 193, [2002] 8 W.W.R. 585; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, 211 D.L.R. (4th) 193, 40 Admin. L.R. (3d) 1.

## AUTHORS CITED

Bryant, Alan W. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

MOTION for an order requiring the return of documents inadvertently forwarded to the applicant's counsel and an order of non-disclosure of the relevant portions of the disputed documents. Motion granted.

## APPEARANCES

*Barbara L. Jackman* for applicant.  
*Jamie R. D. Todd* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

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

## DÉCISIONS CITÉES :

*Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, IMM-152-09, juge Mosley, ordonnance rendue le 7 décembre 2009, C.F.; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 585; *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522.

## DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W. *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

REQUÊTE pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés. Requête accordée.

## ONT COMPARU

*Barbara L. Jackman* pour le demandeur.  
*Jamie R. D. Todd* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

SNIDER J.:

### I. Introduction

[1] In this motion, the Minister of Emergency Preparedness and Public Safety (the Minister) seeks the return of material inadvertently forwarded to counsel for Mr. Chanthirakumar Sellathurai (the applicant). The Minister maintains that three unredacted confidential documents (the disputed documents) attract national security privilege, that certain portions of the disputed documents should not have been disclosed, and that the inadvertent disclosure of the disputed documents did not waive the claimed privilege.

[2] The Minister requests an order of non-disclosure of the relevant portions of the disputed documents and an order requiring the applicant to return the unredacted disputed documents to the Minister.

[3] This motion raises unique issues in the context of an already complicated set of proceedings. For the reasons that follow, I have concluded that the motion of the Minister should be granted.

### II. Issues

[4] As I would frame them, the issues and sub-issues in this motion are the following:

1. Does the Federal Court have jurisdiction to determine this motion and grant the relief sought by the Minister pursuant to section 87 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA)?

2. Should the Minister's motion to recall the disputed documents succeed?

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

LA JUGE SNIDER :

### I. Introduction

[1] Dans la présente requête, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) demande qu'on lui retourne des documents qui ont été transis par inadvertance à l'avocate de M. Chanthirakumar Sellathurai (le demandeur). Le ministre soutient qu'un privilège fondé sur la sécurité nationale s'applique à trois documents confidentiels non expurgés (les documents contestés), que certains passages des documents contestés n'auraient pas dû être divulgués et que la divulgation par inadvertance des documents contestés n'emportait pas renonciation au privilège revendiqué.

[2] Le ministre réclame une ordonnance interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés ainsi qu'une ordonnance enjoignant au demandeur de lui retourner les documents contestés non expurgés.

[3] La présente requête soulève des questions particulières dans le contexte d'une série d'instances déjà complexes. Pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion qu'il y a lieu de faire droit à la requête du ministre.

### II. Questions en litige

[4] Voici comment je formulerais les questions et les sous-questions soulevées par la présente requête :

1. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour juger la présente requête et accorder la mesure sollicitée par le ministre en vertu de l'article 87 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR)?

2. La requête présentée par le ministre en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devrait-elle être accueillie?

(a) Are these documents the subject of national security privilege?

(b) Did the Minister waive national security privilege on the disputed documents?

(c) Is national security privilege an exception to the “open court principle”?

a) Les documents en question font-ils l’objet d’un privilège fondé sur la sécurité nationale?

b) Le ministre a-t-il renoncé au privilège fondé sur la sécurité nationale sur les documents contestés?

c) Le privilège fondé sur la sécurité nationale constitue-t-il une exception au « principe de la publicité des débats judiciaires »?

3. Should the Court designate a special advocate, pursuant to section 87.1 [as enacted *idem*] of IRPA, to advance the interests of the applicant?

3. La Cour devrait-elle désigner un avocat spécial en vertu de l’article 87.1 [édicte, *idem*] de la LIPR pour défendre les intérêts du demandeur?

### III. Background

[5] The context of Court file IMM-152-09 is an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the ID). The admissibility hearing would determine the applicant’s admissibility to Canada pursuant to subsection 34(1) of IRPA. In an interlocutory decision dated December 29, 2008, the ID refused to stay the subsection 34(1) hearing pending the outcome of the applicant’s 2002 application made under subsection 34(2) of IRPA (the ministerial relief application). The applicant filed an application for leave and judicial review of the interlocutory decision of the ID, and brought a motion before the Court seeking a stay pending a determination of the ministerial relief application. The Federal Court granted the applicant’s motion for a stay pending the disposition of the application for leave and judicial review (*Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (7 December 2009), Toronto, IMM-152-09, *per* Mosley J.).

[6] Leave was granted in the underlying judicial review application, and a hearing date was set for February 23, 2010. Justice Roger Hughes adjourned the judicial review hearing *sine die*, as he concluded that judicial economy favoured a practical resolution of the

### III. Contexte

[5] Le dossier IMM-152-09 s’inscrit dans le cadre d’une enquête de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la SI) visant à déterminer si le demandeur devrait être interdit de territoire au Canada en vertu du paragraphe 34(1) de la LIPR. Dans une décision interlocutoire datée du 29 décembre 2008, la SI a refusé de suspendre l’enquête menée en vertu du paragraphe 34(1) en attendant l’issue de la demande que le demandeur avait présentée en 2002 en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR (la demande de dispense ministérielle). Le demandeur a déposé une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de la décision interlocutoire de la SI et a saisi la Cour d’une requête visant à obtenir une suspension jusqu’à ce qu’une décision soit rendue au sujet de la demande de dispense ministérielle. La Cour fédérale a fait droit à la requête présentée par le demandeur en vue d’obtenir une suspension jusqu’à ce qu’il ait été statué sur la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire (*Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)* (7 décembre 2009), Toronto, IMM-152-09, le juge Mosley).

[6] L’autorisation demandée a été accordée au sujet de la demande sous-jacente de contrôle judiciaire et la date d’audience a été fixée au 23 février 2010. Le juge Roger Hughes a ajourné *sine die* l’audience relative à la demande de contrôle judiciaire au motif que l’économie



ministerial relief application before a judicial review of the ID proceeding should be heard.

[7] The key milestones leading to the motion now before me are as follows:

- On July 12, 2010, officers with Canada Border Services Agency (CBSA) provided the applicant with a fairness disclosure package relating to the ministerial relief application. This package contained the unredacted disputed documents.
- On August 12, 2010, after becoming aware, on August 11, 2010, of the inadvertent disclosure, counsel for the Minister wrote to the applicant's counsel to inform her that classified information was inadvertently disclosed. The Minister's counsel requested that the entire package of documents be sealed and returned. A second request was sent on August 16, 2010.
- In a letter dated August 19, 2010, applicant's counsel advised the Minister's counsel that the disputed documents had been pulled from the disclosure package and put in a sealed envelope. Applicant's counsel requested that redacted versions of the disputed documents be sent to her.
- On August 30, 2010, counsel for the Minister wrote to the Court seeking direction regarding the inadvertent disclosure of the disputed documents. The applicant responded to this letter on September 2, 2010.

[8] Following this sequence of events, on September 2, 2010, Justice Hughes issued the following direction in this matter:

- Applicant's counsel was to place the disputed documents in a sealed envelope and file it with the Court by September 8, 2010;
- The Minister's counsel was to provide the applicant's counsel with the redacted versions of the disputed documents by September 8, 2010; and

des ressources judiciaires favorisait un règlement pratique de la demande de dispense ministérielle avant que la demande de contrôle judiciaire de la décision de la SI ne soit entendue.

[7] Voici les principaux jalons qui ont marqué la requête dont je suis saisie en l'espèce :

- Le 12 juillet 2010, des fonctionnaires de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) ont remis au demandeur un dossier d'équité en réponse à la demande de dispense ministérielle. Ce dossier contenait les documents non expurgés contestés.
- Le 11 août 2010, l'avocat du ministre s'est aperçu que les documents avaient été communiqués par inadvertance et, le 12 août 2010, il a écrit à l'avocate du demandeur pour l'informer que des renseignements classifiés avaient été divulgués par inadvertance. L'avocat du ministre a demandé que le dossier contenant les documents en question soit scellé et retourné au complet. Une seconde demande a été transmise le 16 août 2010.
- Dans une lettre datée du 19 août 2010, l'avocate du demandeur a informé l'avocat du ministre que les documents contestés avaient été retirés du dossier et qu'ils avaient été mis dans une enveloppe scellée. L'avocate du demandeur a demandé qu'une version expurgée des documents contestés lui soit envoyée.

- Le 30 août 2010, l'avocat du ministre a écrit à la Cour pour lui réclamer des directives au sujet de la divulgation par inadvertance des documents contestés. Le demandeur a répondu à cette lettre le 2 septembre 2010.

[8] À la suite de ces événements, le juge Hughes a, le 2 septembre 2010, donné les directives suivantes dans la présente affaire :

- L'avocate du demandeur devait insérer les documents contestés dans une enveloppe scellée qu'elle devait déposer à la Cour au plus tard le 8 septembre 2010;
- L'avocat du ministre devait fournir à l'avocate du demandeur une version expurgée des documents contestés au plus tard le 8 septembre 2010;

• The Minister was to file a motion on or about September 8, 2010 “to be heard by a designated Judge, if required as to the further manner in which said documents are to be dealt”.

• Le ministre devait déposer une requête le 8 septembre 2010 ou vers cette date [TRADUCTION] « pour être entendue au besoin par un juge désigné afin d’obtenir de plus amples précisions quant à la façon de traiter les documents en question ».

These directions were followed.

Les directives en question ont été suivies.

#### IV. Analysis

A. *Issue 1: Does the Federal Court have jurisdiction to determine this motion pursuant to section 87 of IRPA?*

[9] After hearing oral argument from both the applicant and the respondent, it is apparent that neither party is seriously asserting that the Federal Court does not have jurisdiction to determine this motion. However, the disputed issue is whether this motion should be heard and determined pursuant to section 87 of IRPA, or pursuant to section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[10] The Minister acknowledges that neither IRPA nor the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], provide an explicit statutory procedure for issues of inadvertent disclosure in the IRPA context. However, the Minister points to the fact that the Federal Court has been expressly tasked by Parliament to protect information in the IRPA context where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person (IRPA, sections 77 to 87.1 [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*), 85.1 (as enacted *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.3 (as enacted *idem*), 85.4 (as enacted *idem*), 85.5 (as enacted *idem*), 85.6 (as enacted *idem*), 86 (as am. *idem*)]). The Minister further argues that this Court has plenary supervisory jurisdiction over the statutory scheme of IRPA which would allow this motion to be

#### IV. Analyse

A. *Question 1 : La Cour fédérale a-t-elle compétence pour juger la présente requête en vertu de l’article 87 de la LIPR?*

[9] Après avoir entendu les plaidoiries du demandeur et du défendeur, la Cour constate que ni l’un ni l’autre n’affirme sérieusement que la Cour fédérale n’a pas compétence pour juger la présente requête. La question en litige est cependant celle de savoir si la présente requête devrait être entendue et tranchée en vertu de l’article 87 de la LIPR ou en vertu de l’article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[10] Le ministre reconnaît que ni la LIPR ni les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], ne prévoient de procédure légale explicite en cas de divulgation par inadvertance de documents dans le contexte de la LIPR. Le ministre signale toutefois que le législateur a expressément chargé la Cour fédérale de protéger les renseignements dans le cadre de l’application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui (LIPR, articles 77 à 87.1 [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 (édité, *idem*), 82.2 (édité, *idem*), 82.3 (édité, *idem*), 82.4 (édité, *idem*), 83 (mod., *idem*), 84 (mod., *idem*), 85 (mod., *idem*), 85.1 (édité, *idem*), 85.2 (édité, *idem*), 85.3 (édité, *idem*), 85.4 (édité, *idem*), 85.5 (édité, *idem*), 85.6 (édité, *idem*), 86 (mod., *idem*)]). Le ministre soutient en outre que notre Cour dispose d’un pouvoir de contrôle absolu en ce qui concerne le régime législatif de la LIPR, de sorte que la présente requête

heard pursuant to section 87 of IRPA, combined with the “gap rule” in rule 4 of the *Federal Courts Rules*.

[11] The applicant, on the other hand, argues that this motion cannot be heard pursuant to section 87 of IRPA because the inadvertent disclosure “has nothing to do” with any current judicial review application. The applicant argues that the only vehicle for the Federal Court to determine this motion is section 38 of CEA. The applicant further submits that it is in the interests of justice to apply section 38 of CEA, because this section, and not section 87 of IRPA, allows for the proper balancing of the interests for and against disclosure.

[12] For the reasons that follow, I find the position of the Minister to be preferable. Specifically, I conclude that this Court has jurisdiction to apply section 87 of IRPA to the disputed documents.

[13] The importance of preventing (and, therefore, in my view, recalling) the release of inadvertently disclosed documents has been specifically addressed by this Court. In *Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85 (*Jahazi*), at paragraph 21 (citing *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 42–43), Justice Yves de Montigny stated:

In [*Ruby*], the Supreme Court acknowledged that the state has a legitimate interest in preserving Canada’s supply of intelligence information received from foreign sources and noted that the inadvertent release of such information would significantly injure national security. . . . [Emphasis added.]

[14] The state has an important interest in protecting national security and the security of its intelligence services. Inadvertent disclosure of confidential information goes to the heart of what the state has an interest in protecting. There will always be a competing interest between the public’s right to an open system and the

pourrait être entendue tant en vertu de l’article 87 de la LIPR qu’en vertu de la « règle des lacunes » prévue à la règle 4 des *Règles des Cours fédérales*.

[11] Le demandeur soutient, en revanche, que la présente requête ne peut être entendue en vertu de l’article 87 de la LIPR parce que la divulgation par inadvertance [TRADUCTION] « n’a rien à voir » avec une demande de contrôle judiciaire présentée parallèlement. Le demandeur affirme que le seul moyen par lequel la Cour fédérale peut trancher la présente requête consiste à procéder en vertu de l’article 38 de la LPC. Le demandeur ajoute qu’il est dans l’intérêt de la justice d’appliquer l’article 38 de la LPC, parce que c’est cet article, et non l’article 87 de la LIPR, qui permet de pondérer comme il se doit les intérêts favorables ou défavorables à la divulgation.

[12] Pour les motifs qui suivent, je conclus que c’est la thèse du ministre qu’il y a lieu de retenir. Plus précisément, je conclus que la Cour a compétence pour appliquer l’article 87 de la LIPR aux documents contestés.

[13] Notre Cour a déjà expressément abordé la question de l’importance d’empêcher la divulgation par inadvertance de documents (et, par voie de conséquence selon moi, d’en réclamer la restitution). Dans le jugement *Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85 (*Jahazi*), au paragraphe 21 (citant l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, aux paragraphes 42 et 43), le juge Yves de Montigny déclare :

Dans cet arrêt [*Ruby*], la Cour suprême a reconnu que l’État a un intérêt légitime à maintenir ses sources étrangères de renseignements et a souligné que la divulgation accidentelle de renseignements porterait sensiblement atteinte à la sécurité nationale [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[14] L’État a un intérêt important à protéger la sécurité nationale et la sécurité de ses services de renseignement. La divulgation par inadvertance de renseignements confidentiels se situe au cœur même de ce que l’État a intérêt à protéger. Il y aura toujours une opposition d’intérêts entre le droit du public à un

state's need to protect information that could be injurious to the public as a whole.

[15] The Supreme Court has recognized the importance of both the state's and society's interest in national security. Both of these reasons have been found to be sufficient to rationalize limiting the disclosure of materials to individuals affected by the non-disclosure (see *Jahazi*, above [at paragraph 22], citing *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 58; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 744; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), at paragraph 122; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, above, at paragraphs 38–44).

[16] A natural extension of these principles is the state's interest in recalling documents that have been inadvertently disclosed with the objective of regaining protection of information that is properly the subject of national security. It would be illogical to prevent the recalling of inadvertently disclosed documents only because the documents have been disclosed, if putting the information into the hands of an "informed reader" would be injurious to national security. Therefore, the principles should apply to documents that are properly the subject of national security privilege, regardless of whether they were inadvertently disclosed documents or the subject of a non-disclosure order.

[17] Neither the applicant nor the Minister argues before me that the state should not protect information that is properly the subject of national security privilege. The thrust of the arguments relates to "how" and "whether" the state should protect the information inadvertently disclosed in the disputed documents.

système transparent et la nécessité pour l'État de protéger des renseignements qui seraient susceptibles d'être préjudiciables pour l'ensemble du public.

[15] La Cour suprême a reconnu l'importance de l'intérêt de l'État et du public en matière de sécurité nationale. Ces deux facteurs ont été jugés suffisants pour justifier de limiter la divulgation de renseignements aux personnes touchées par la non-divulgation (voir *Jahazi*, précité [au paragraphe 22], citant les arrêts *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 58; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 744; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), au paragraphe 122; et *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, précité, aux paragraphes 38 à 44).

[16] Une extension naturelle de ces principes se traduit par l'intérêt de l'État à récupérer les documents qui ont été divulgués par inadvertance, et ce, dans le but d'être en mesure de protéger de nouveau des renseignements qui font légitimement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Il serait illogique d'empêcher la récupération de documents qui ont été divulgués par inadvertance au simple motif que les documents ont été divulgués, si le fait de mettre ces documents entre les mains d'un « observateur bien informé » porterait atteinte à la sécurité nationale. Les principes susmentionnés devraient donc s'appliquer aux documents qui font régulièrement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale, indépendamment de la question de savoir si les documents ont été divulgués par inadvertance ou s'ils font l'objet d'une ordonnance interdisant leur divulgation.

[17] Ni le demandeur ni le ministre n'a prétendu devant moi que l'État ne devrait pas protéger les renseignements qui font légitimement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. L'essentiel de leur argumentation porte sur la façon dont l'État devrait protéger les renseignements contenus dans les documents contestés qui ont été divulgués par inadvertance et sur l'opportunité de les protéger.

[18] The applicant argues that the only vehicle for the Federal Court to determine this motion is by way of section 38 of CEA. I do not agree.

[19] Under section 38 of CEA, an application may be made to the Federal Court for a disclosure order pursuant to subsection 38.06(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43]. The purpose of section 38 of CEA is “to protect information where disclosure could be injurious to national defence or international relations” and to provide “for judicial oversight of government claims of confidentiality for such information” (*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 (*Khawaja*), at paragraphs 87–88). Further, in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 54, [2005] 3 F.C.R. 142, the Federal Court of Appeal stated that section 38 of CEA seeks to prevent the public release of information relating to or potentially injurious to national security in the course of a proceeding before a court (at paragraph 74).

[20] The applicant argues that section 38 of CEA provides a complete code that outlines the procedures to be taken into account when the release of sensitive information is at issue. Specifically subsection 38.06(2) mandates a balancing of the public interest in disclosure, against the public interest in non-disclosure (*Khawaja*, above, at paragraph 89). The applicant argues that section 38 of CEA is the only vehicle to deal with the disputed documents in this case.

[21] It is apparent that section 38 of CEA is meant to be applied as a complete code to proceedings where there is no statutory scheme in place to deal with the non-disclosure of documents that are the subject of national security privilege. This is not the case at bar. IRPA contains a statutory scheme specifically designed to deal with the non-disclosure of information within the immigration context. An application of CEA to this motion,

[18] Le demandeur affirme que le seul moyen par lequel la Cour fédérale peut trancher la présente requête est de procéder en vertu de l'article 38 de la LPC. Je ne suis pas de cet avis.

[19] Aux termes de l'article 38 de la LPC, une demande peut être présentée à la Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation en vertu du paragraphe 38.06(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43]. L'article 38 de la LPC a pour objet de « protéger les renseignements dont la divulgation est susceptible de porter préjudice à la défense nationale ou aux relations internationales » et de faire en sorte que « les prétentions gouvernementales concernant la confidentialité de ces renseignements [soient] soumises à la surveillance des tribunaux » (*Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 (*Khawaja*), aux paragraphes 87 et 88). De plus, dans l'arrêt *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 54, [2005] 3 R.C.F. 142, la Cour d'appel fédérale a déclaré que l'article 38 de la LPC a pour objet d'empêcher, dans le cadre d'une instance, la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter préjudice à la sécurité nationale (au paragraphe 74).

[20] Le demandeur fait valoir que l'article 38 de la LPC constitue un code complet qui prévoit la procédure à suivre lorsque la communication de renseignements sensibles est en cause. Plus précisément, le paragraphe 38.06(2) impose la mise en balance des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et des raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation (*Khawaja*, précité, au paragraphe 89). Le demandeur affirme que l'article 38 de la LPC est le seul moyen qui permet de traiter les documents contestés en l'espèce.

[21] Il est évident que l'article 38 de la LPC est censé s'appliquer comme un code complet aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgation des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Ce n'est pas le cas en l'espèce. La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgation des renseignements dans le contexte de

rather than IRPA, would arguably run contrary to the presumption against redundancy, a principle of statutory interpretation.

[22] It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain. Every word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 2002), at page 158).

[23] The same principle was expressed by Iacobucci J. in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at page 408:

It is a principle of statutory interpretation that every word of a statute must be given meaning: “A construction which would leave without effect any part of the language of a statute will normally be rejected” (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 36).

[24] The presumption against redundancy would prevent this Court from applying section 38 of CEA to this case. If Parliament intended this Court to utilize section 38 every time a non-disclosure issue arose in the immigration context then section 87 of IRPA would be redundant. Taking into consideration the statement by Justice Iacobucci that every word of a statute must be given meaning, this could not have been the intent of Parliament.

[25] Having determined that section 38 of CEA is not the proper vehicle for dealing with the subject matter of this motion, I now turn to the application of section 87 of IRPA and its principles.

[26] The Federal Court has been expressly tasked by Parliament to protect information in the IRPA context where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed (IRPA, sections 77 to 87.1). Section 87 of IRPA states:

l’immigration. On pourrait soutenir que l’application de la LPC plutôt que de la LIPR à la présente requête irait à l’encontre de la présomption d’absence de redondance, un principe d’interprétation des lois.

[22] Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain. Chaque mot de la loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : Butterworths, 2002), à la page 158).

[23] Le juge Iacobucci a exprimé le même principe dans l’arrêt *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, aux pages 408 et 409 :

C’est un principe d’interprétation législative qu’il faut donner un sens à chaque terme d’une loi: [TRADUCTION] «Une interprétation qui laisserait sans effet une partie des termes employés dans une loi sera normalement rejetée» (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12<sup>e</sup> éd. 1969), à la p. 36).

[24] La présomption d’absence de redondance empêcherait la Cour d’appliquer l’article 38 de la LPC au cas qui nous occupe. Si le législateur avait voulu que notre Cour utilise l’article 38 chaque fois qu’une question de non-divulgence est soulevée dans le contexte de l’immigration, l’article 87 de la LIPR serait alors redondant. Compte tenu de l’affirmation du juge Iacobucci suivant laquelle il faut donner un sens à chaque terme de la loi, force est de conclure que telle ne pouvait être l’intention du législateur.

[25] Ayant conclu que l’article 38 de la LPC n’est pas le moyen approprié pour traiter de l’objet de la présente requête, je passe maintenant à l’application de l’article 87 de la LIPR et aux principes qui y sont énoncés.

[26] Le législateur a expressément chargé la Cour fédérale de protéger les renseignements dans le cadre de l’application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui (LIPR, articles 77 à 87.1). L’article 87 de la LIPR dispose :

Application  
for non-  
disclosure  
— judicial  
review

87. The Minister may, during a judicial review, apply for the non-disclosure of information or other evidence. Section 83 — other than the obligations to appoint a special advocate and to provide a summary — applies to the proceeding with any necessary modifications.

[27] The applicant argues that section 87 cannot apply to this motion because section 87 of IRPA limits the application to “during a judicial review”; in the applicant’s view, this motion “has nothing to do with a judicial review”. I disagree. The applicant’s own action, in seeking a stay of the ID hearing and an adjournment of the judicial review, has inextricably linked the ministerial relief application and the judicial review of the ID’s interlocutory decision. As a result, there is little question in my mind that documents disclosed in the context of the ministerial relief application would have relevance to the judicial review application when, and if, it is heard. It follows that, although the disputed documents were disclosed pursuant to the ministerial relief application, this disclosure forms part of the substance of the judicial review motion that currently stands adjourned *sine die*.

[28] Even if it is possible to conclude that the disputed documents do not directly fall within the judicial review currently adjourned and, hence, are not within the explicit words of section 87, the result would be the same. The disputed documents were clearly sent for the purposes of a matter within IRPA—specifically subsection 34(2). The unique facts of this case and the close relationship of the subsection 34(1) proceeding and the ministerial relief application lead me to conclude that rule 4 of the *Federal Courts Rules* can be relied on to bridge the gap (*Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106 (*Segasayo*); *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300). Adopting, by analogy, the well-established procedure of section 87 of IRPA for the purposes of this motion would secure the just, most expeditious and least expensive determination of this motion (rule 3, *Federal Courts Rules*).

87. Le ministre peut, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, demander l’interdiction de la divulgation de renseignements et autres éléments de preuve. L’article 83 s’applique à l’instance, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l’obligation de nommer un avocat spécial et de fournir un résumé.

Interdiction  
de  
divulgation  
— contrôle  
judiciaire

[27] Le demandeur soutient que l’article 87 de la LIPR ne peut s’appliquer à la présente requête parce qu’il ne s’applique que « dans le cadre d’un contrôle judiciaire »; suivant le demandeur, la présente requête [TRADUCTION] « n’a rien à voir avec un contrôle judiciaire ». Je ne suis pas de cet avis. Par ses propres actes, le demandeur a, en sollicitant la suspension de l’audience de la SI et l’ajournement de l’instance en contrôle judiciaire, inextricablement lié la demande de dispense ministérielle au contrôle judiciaire de la décision interlocutoire de la SI. En conséquence, il n’y a guère de doute dans mon esprit que les documents divulgués dans le contexte de la demande de dispense ministérielle se rapporteront à la demande de contrôle judiciaire lorsqu’elle sera entendue, en supposant qu’elle le soit. Il s’ensuit que, bien que les documents contestés aient été divulgués en réponse à la demande de dispense ministérielle, cette divulgation fait partie de l’essence même de la demande de contrôle judiciaire qui a été ajournée *sine die*.

[28] Même s’il était possible de conclure que les documents contestés n’entrent pas directement dans le cadre de l’instance en contrôle judiciaire qui a pour le moment été ajournée et qu’ils ne correspondent donc pas au libellé explicite de l’article 87, le résultat serait le même. Les documents contestés ont de toute évidence été communiqués relativement à une question relevant de la LIPR, plus précisément du paragraphe 34(2). Les faits particuliers de la présente affaire et les liens étroits qui existent entre l’instance introduite en vertu du paragraphe 34(1) et la demande de dispense ministérielle m’amènent à conclure que l’on peut recourir à la règle 4 des *Règles des Cours fédérales* pour combler la lacune (*Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 585 (*Segasayo*); *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300). L’adoption par analogie de la procédure bien établie prévue à l’article 87 de la LIPR pour les besoins de la

[29] In summary, I find that the Federal Court has jurisdiction to consider this motion either directly or by analogy pursuant to section 87 of IRPA.

B. *Issue 2: Should the Minister's motion to recall the documents succeed?*

(1) Are these documents the subject of national security privilege?

[30] The Minister argues that the documents are properly the subject of national security privilege.

[31] The Supreme Court of Canada confirmed that a broad and flexible approach to national security issues should attract a deferential standard of review, provided that “the Minister is able to show evidence that reasonably supports a finding of danger to the security of Canada, courts should not interfere with the Minister’s decision” (*Suresh*, above, at paragraph 85).

[32] The Minister refers to the considerations that were outlined by Mr. Justice Addy in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 241–242 for determining what information might prove to be injurious to national security:

In considering whether the release of any particular information might prove injurious to national security and in estimating the possible extent of any such injury, one must bear in mind that the fundamental purpose of and indeed the *raison d'être* of a national security intelligence investigation is quite different and distinct from one pertaining to criminal law enforcement, where there generally exists a completed offence providing a framework within the perimeters of which investigations must take place and can readily be confined. Their purpose is the obtaining of legally admissible evidence

présente requête permettrait de trancher la présente requête de la manière la plus juste, expéditive et économique possible (la règle 3, *Règles des Cours fédérales*).

[29] En résumé, je conclus que la Cour fédérale a compétence pour juger la présente requête, directement ou par analogie, en vertu de l'article 87 de la LIPR.

B. *Question 2 : La requête présentée par le ministre en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devrait-elle être accueillie?*

1) Les documents en question font-ils l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale?

[30] Le ministre affirme que les documents font régulièrement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale.

[31] La Cour suprême du Canada a confirmé qu'une approche large et souple s'applique en matière de sécurité nationale et que ces questions donnent lieu à l'application d'une norme de contrôle judiciaire caractérisée par la retenue, et que, dès lors que le « ministre peut produire une preuve étayant raisonnablement la conclusion que l'intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada, les tribunaux ne doivent pas intervenir et modifier sa décision » (*Suresh*, précité, au paragraphe 85).

[32] Le ministre s'inspire des facteurs énoncés par le juge Addy dans le jugement *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 241 et 242, pour déterminer si des renseignements pourraient nuire à la sécurité nationale :

En cherchant à savoir si la divulgation de renseignements particuliers pourrait nuire à la sécurité nationale et en appréciant l'étendue possible de ce tort, il faut se rappeler que l'objectif fondamental et de fait la raison d'être d'une enquête en matière de renseignement de sécurité différent et se distinguent considérablement de ceux d'une enquête qui porte sur l'application de la loi en matière criminelle, où l'on est généralement en présence d'une infraction commise fournissant un cadre dans les paramètres duquel l'enquête doit se tenir et peut facilement être contenue. Son but est l'obtention



for criminal prosecutions. Security investigations on the other hand are carried out in order to gather information and intelligence and are generally directed towards predicting future events by identifying patterns in both past and present events.

There are few limits upon the kinds of security information, often obtained on a long-term basis, which may prove useful in identifying a threat. The latter might relate to any field of our national activities and it might be an immediate one or deliberately planned for some time in the relatively distant future. An item of information, which by itself might appear to be rather innocuous, will often, when considered with other information, prove extremely useful and even vital in identifying a threat. The very nature and source of the information more often than not renders it completely inadmissible as evidence in any court of law. Some of the information comes from exchanges of intelligence information between friendly countries of the western world and the source or method by which it is obtained is seldom revealed by the informing country. [Emphasis added.]

[33] The applicant, on the other hand, submits that the Minister bears the burden of establishing that the disclosure was inadvertent and that a failure to recall these documents would be injurious to national security. The applicant argues that the affidavit of Ms. Barrette (provided as part of the motion record) does not indicate why the release of the unredacted disputed documents would jeopardize national security. In addition, the applicant argues that the issue is whether a valid national security claim can be maintained, given that the documents have already been disclosed.

[34] For the reasons that follow, I conclude that the redacted portions of the disputed documents are properly the subject of national security privilege.

[35] The applicant refers to portions of the redacted disputed documents that appear not to be of importance to “national security” (i.e. names, addresses). However, as discussed in the recent decision of *Rajadurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 119, 340 F.T.R. 179 (*Rajadurai*), while a document alone may appear to be innocuous, from the perspective of an “informed reader”, it may

d’éléments de preuve admissibles dans des poursuites au criminel. D’autre part, les enquêtes de sécurité visent la collecte de renseignements et elles tendent généralement à prédire des événements futurs en reconnaissant des tendances dans les événements passés et présents.

Il existe peu de limites aux sortes de renseignements de sécurité, souvent obtenus à long terme, qui peuvent aider à reconnaître une menace. Celle-ci pourrait se rapporter à n’importe quel aspect de nos activités nationales et elle pourrait être immédiate ou viser délibérément un avenir relativement lointain. Un renseignement, qui en lui-même pourrait sembler anodin, se révélera souvent, rapproché d’autres renseignements, extrêmement utile et même vital à la reconnaissance d’une menace. La nature et la source mêmes du renseignement le rendent bien souvent irrecevable en preuve devant tout tribunal judiciaire. Certains renseignements sont le résultat d’échanges d’informations entre des pays amis du monde occidental, et leur source ou leur mode d’obtention est rarement divulgué par le pays informateur. [Non souligné dans l’original.]

[33] Le demandeur soutient, en revanche, qu’il incombe au ministre d’établir que la divulgation a été faite par inadvertance et que la non-restitution des documents porterait atteinte à la sécurité nationale. Le demandeur affirme que l’affidavit de M<sup>me</sup> Barrette (qui a été versé au dossier de la requête) n’indique pas pourquoi la divulgation des documents contestés non expurgés compromettrait la sécurité nationale. Le demandeur affirme de plus que la question est celle de savoir s’il est régulièrement possible d’invoquer un privilège fondé sur la sécurité nationale, compte tenu du fait que les documents ont déjà été communiqués.

[34] Pour les motifs qui suivent, je conclus que les passages expurgés des documents contestés font régulièrement l’objet d’un privilège fondé sur la sécurité nationale.

[35] Le demandeur cite des passages des documents contestés expurgés qui semblent ne pas être importants pour la « sécurité nationale » (en l’occurrence des noms et des adresses). Toutefois, ainsi qu’il a été précisé dans la décision récente *Rajadurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 119 (*Rajadurai*), bien que, pris isolément, un document puisse sembler anodin, il peut quand même porter atteinte à la

impinge on national security. At paragraph 16 Justice de Montigny observed:

It is of some importance to realize that an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. He might, for instance, be in a position to determine one or more of the following: (1) the duration, scope intensity and degree of success or of lack of success of an investigation; (2) the investigative techniques of the Service; (3) the typographic and teleprinter systems employed by C.S.I.S.; (4) internal security procedures; (5) the nature and content of other classified documents; (6) the identities of service personnel or of other persons involved in an investigation.

[36] From the perspective of an “informed reader” and as a designated Judge, I have reviewed the disputed documents, the proposed redactions and the testimony of the affiant who swore the secret affidavit provided to me. My review was informed by the above comments of Justice de Montigny in *Rajadurai* and the recommendations of Justice Eleanor Dawson in *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454. The secret affidavit was not a mere assertion of conclusions, but detailed the evidence and the reasoning as to why, in the opinion of the affiant, each redaction was necessary in order to protect national security or the safety of any person. Having undertaken this serious obligation to review the material, I agree with the Minister that the redacted portions of the disputed documents should be the subject of national security privilege.

sécurité nationale du point de vue de l’« observateur bien informé ». Au paragraphe 16 de sa décision, le juge de Montigny fait observer :

Il importe de se rendre compte qu’un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c’est-à-dire une personne qui s’y connaît en matière de sécurité et qui est membre d’un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l’observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu’il possède déjà, être en mesure d’en arriver à des déductions préjudiciables à l’enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. Il pourrait, par exemple, être en mesure de déterminer, en tout ou en partie, les éléments suivants : (1) la durée, l’envergure et le succès ou le peu de succès d’une enquête; (2) les techniques investigatrices du service; (3) les systèmes typographiques et de téléimpression utilisés par le SCRS; (4) les méthodes internes de sécurité; (5) la nature et le contenu d’autres documents classifiés; (6) l’identité des membres du service ou d’autres personnes participant à une enquête.

[36] Me plaçant du point de vue de l’« observateur bien informé » et en ma qualité de juge désignée, j’ai examiné les documents contestés, les passages dont l’expurgation est réclamée ainsi que le témoignage de la personne qui a souscrit l’affidavit secret qui m’a été soumis. J’ai tenu compte des propos susmentionnés tenus par le juge de Montigny dans la décision *Rajadurai* ainsi que des recommandations formulées par la juge Eleanor Dawson dans la décision *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454. L’affidavit secret ne renfermait pas une simple liste de conclusions, mais bien un témoignage détaillé ainsi que le raisonnement expliquant pourquoi, de l’avis de la déclarante, chacune des expurgations était nécessaire pour protéger la sécurité nationale et la sécurité d’autrui. M’étant acquittée de la sérieuse tâche consistant à passer les documents en revue, je suis d’accord avec le ministre pour dire que les passages expurgés des documents contestés devraient bénéficier d’un privilège fondé sur la sécurité nationale.

(2) Did the respondent waive the national security privilege on the documents?

[37] The Minister argues that the disclosure of the disputed documents was inadvertent and was not intended to waive the national security privilege attached to these documents. The applicant, on the other hand, argues that even if national security privilege had originally attached, the Minister has waived that privilege by disclosing the disputed documents to the applicant's counsel.

[38] Canadian courts have established that inadvertent disclosure of privileged information does not automatically amount to waiver, and privileged information relating to Canada's national security is not an exception (Alan W. Bryant, Sydney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009)). Further, public interest immunity cannot, in any ordinary sense, be waived (*Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraph 32).

[39] The Court in *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, considering section 38 of CEA, stated that inadvertent disclosure does not oust the Federal Court's jurisdiction to protect national security documents on the basis of waiver. In my view, this also applies to section 87 of IRPA. Justice Richard Mosley, in *Khawaja*, above, referred to the decision in *Chapelstone Developments Inc. v. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, where the New Brunswick Court of Appeal held that inadvertent disclosure of privileged information does not automatically result in a loss of privilege, and more is required before the privileged communication will be admissible (*Khawaja*, above, at paragraph 109; *Chapelstone*, above, at paragraph 55).

2) Le défendeur a-t-il renoncé au privilège fondé sur la sécurité nationale en ce qui concerne les documents?

[37] Le ministre soutient que la divulgation des documents contestés a été faite par inadvertance et qu'elle n'était pas censée emporter renonciation au privilège fondé sur la sécurité nationale dont ces documents bénéficiaient. Le demandeur, en revanche, affirme que, même si le privilège fondé sur la sécurité nationale s'était appliqué à l'origine, le ministre a renoncé à ce privilège en divulguant les documents contestés à l'avocate du demandeur.

[38] Les tribunaux canadiens ont établi que la divulgation par inadvertance de renseignements privilégiés n'emporte pas automatiquement renonciation au privilège, et que les renseignements privilégiés se rapportant à la sécurité nationale du Canada ne font pas exception à la règle (Alan W. Bryant, Sydney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009)). De plus, il n'est pas possible de renoncer, dans tous les sens courants du terme, à l'immunité d'intérêt public (*Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 32).

[39] Dans l'affaire *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, le tribunal, qui examinait l'article 38 de la LPC, a déclaré qu'une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écarter, pour cause de renonciation, le pouvoir de la Cour fédérale de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué. À mon sens, ce raisonnement vaut également dans le cas de l'article 87 de la LIPR. Dans le jugement *Khawaja*, précité, le juge Richard Mosley cite l'arrêt *Chapelstone Developments Inc. c. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 350, dans lequel la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a jugé que la divulgation par inadvertance de renseignements protégés n'entraînait pas automatiquement la perte du privilège et qu'il faut davantage pour que la communication protégée soit admissible (*Khawaja*, précité, au paragraphe 109; *Chapelstone*, précité, au paragraphe 55).

[40] The Court in *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80 (*Khadr*), considered the scenario of if and when inadvertent disclosure could waive national security privilege. The Court concluded that the approach to determine if a document should not be disclosed to the public is the same for all documents whether or not the information was released inadvertently.

[41] I agree with the assertion of the applicant that a case-by-case determination of privilege must be made when documents are inadvertently disclosed (*Khawaja*, above, at paragraph 109).

[42] Having considered the unique circumstances of this motion, I conclude that the claim to national security privilege over the portions of the disputed documents at issue was not lost by the inadvertent disclosure of them. While the Minister acknowledges that unredacted copies of the disputed documents should never have been sent to the applicant's counsel, it was not done intentionally, and there is nothing before me that would give rise to the "circumstances" discussed in *Khawaja* and *Khadr* that would necessitate the waiver of privilege to the disputed documents. The importance of protecting national security does not end when a mistake is made which results in inadvertent disclosure of information. It is in the interest of the public to ensure that national security information is kept confidential and that, in the event of an "inadvertent" error, there are procedures in place to restore that confidentiality.

(3) Is national security privilege an exception to the open court principle?

[43] The applicant argues that national security privilege is contrary to the "open court principle" requiring "public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution"

[40] Dans l'affaire *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (*Khadr*), la Cour s'est penchée sur la question de savoir dans quel cas la divulgation par inadvertance emportait renonciation au privilège fondé sur la sécurité nationale. La Cour a conclu que la méthode à suivre pour déterminer si un document ne devait pas être divulgué au public était la même pour tous les documents et ce, que les renseignements aient été divulgués ou non par inadvertance.

[41] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire qu'il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège (*Khawaja*, précité, au paragraphe 109).

[42] Après avoir tenu compte des circonstances particulières de la présente requête, je conclus que le privilège fondé sur la sécurité nationale qui est revendiqué sur les passages des documents contestés en litige n'a pas été perdu par suite de leur divulgation par inadvertance. Bien que le ministre reconnaisse que les versions non expurgées des documents contestés n'auraient jamais dû être transmises à l'avocate du demandeur, cette mesure n'a pas été prise intentionnellement et je ne dispose d'aucun élément qui me permettrait de penser que nous sommes en présence de « circonstances » comme celles dont il était question dans les affaires *Khawaja* et *Khadr* et qui emporteraient renonciation au privilège sur les documents contestés. L'importance que revêt la protection de la sécurité nationale ne s'évanouit pas lorsqu'une erreur se solde par la divulgation par inadvertance de renseignements. Il est dans l'intérêt du public d'assurer la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale et de faire en sorte qu'advenant le cas où ils seraient divulgués « par inadvertance », il existe des moyens de les rendre de nouveau confidentiels.

3) Le privilège fondé sur la sécurité nationale constitue-t-il une exception au principe de la publicité des débats judiciaires?

[43] Le demandeur soutient que le privilège fondé sur la sécurité nationale va à l'encontre du principe de la publicité des débats judiciaires, qui exige « la transparence, tant dans la procédure suivie que dans les

(*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, at paragraph 1).

éléments pertinents à la solution du litige » (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, au paragraphe 1).

[44] There are clear exceptions to the “open court principle”, and national security privilege is one such exception (*Ugbazghi*, above, at paragraphs 24–28).

[44] Il existe des exceptions claires au principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège fondé sur la sécurité nationale en est une (*Ugbazghi*, précité, aux paragraphes 24 à 28).

C. *Issue 3: Should the Court designate a special advocate to advance the interests of the applicant?*

C. *Question 3 : La Cour devrait-elle désigner un avocat spécial pour défendre les intérêts du demandeur?*

[45] The applicant argues that if there is to be evidence led and submissions made *in camera* and *ex parte*, the Court should appoint a special advocate to the applicant pursuant to section 87.1 of IRPA.

[45] Le demandeur affirme que, si des éléments de preuve doivent être présentés et des observations formulées à huis clos et *ex parte*, la Cour devrait nommer un avocat spécial pour défendre les intérêts du demandeur conformément à l'article 87.1 de la LIPR.

[46] The applicant is aware that the appointment of a special advocate is discretionary. However, the applicant asserts that the discretion ought to be exercised positively where considerations of fairness require it. The applicant submits that, in this case, considerations of fairness require the appointment of a special advocate.

[46] Le demandeur est conscient du fait que la nomination d'un avocat spécial est une décision discrétionnaire. Il affirme toutefois que ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en sa faveur lorsque des considérations d'équité l'exigent. Le demandeur affirme qu'en l'espèce, des considérations d'équité requièrent la nomination d'un avocat spécial.

[47] The applicant argues that his rights pursuant to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) are engaged, in that this is part of the overall decision which could lead to his removal to face persecution and torture in Sri Lanka. The applicant refers to the decision of *Charkaoui*, above, where the Supreme Court specifically emphasized that non-disclosure and breach of fairness in a proceeding that could lead to removal to harm would violate an individual's Charter rights.

[47] Le demandeur affirme que les droits que lui reconnaît l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), entrent en jeu étant donné que la mesure en question s'inscrit dans le cadre d'une décision générale qui pourrait se solder par son renvoi du Canada, ce qui l'exposerait au risque d'être persécuté et torturé au Sri Lanka. Le demandeur cite l'arrêt *Charkaoui*, précité, dans lequel la Cour suprême a souligné que la non-divulgaration et le manquement à l'équité dans le cadre d'une procédure susceptible de se solder par un renvoi porteraient atteinte aux droits que la Charte reconnaît à la personne en cause.

[48] Section 87.1 of IRPA states:

[48] L'article 87.1 de la LIPR dispose :

Special  
advocate

**87.1** If the judge during the judicial review, or a court on appeal from the judge's decision, is of the opinion that considerations of fairness and natural justice require that a special advocate be appointed to protect the interests of the permanent resident or foreign national, the judge or court shall appoint a special advocate from the list referred to in subsection 85(1). Sections 85.1 to 85.5 apply to the proceeding with any necessary modifications.

[49] As noted in *Farkhondehfall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1064, at paragraph 29, the appointment of a special advocate is within the discretion of the designated judge:

While the amendments made to *IRPA* in the wake of the *Charkaoui* decision made the appointment of special advocates mandatory in security certificate proceedings, the appointment of special advocates in other types of cases under the Act is left to the discretion of the designated judge.

[50] Recently, Justice de Montigny, in *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, at paragraphs 43–56 canvassed the requirements that a court should consider when determining whether the appointment of a special advocate is necessary in a non-security certificate case. In that case, Justice de Montigny concluded that a special advocate was not necessary to assist in the section 87 non-disclosure motion. In reaching this conclusion, Justice de Montigny considered a number of factors:

1. Injury: Would disclosure be injurious to national security or endanger the safety of any person?
2. Immediate impact: Would the Minister's decision have a limited immediate impact on the applicant's life, liberty and security interests?
3. Convention refugee: Has the applicant already been found to be a Convention refugee?

Avocat  
spécial

**87.1** Si le juge, dans le cadre du contrôle judiciaire, ou le tribunal qui entend l'appel de la décision du juge est d'avis que les considérations d'équité et de justice naturelle requièrent la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger, il nomme, parmi les personnes figurant sur la liste dressée au titre du paragraphe 85(1), celle qui agira à ce titre dans le cadre de l'instance. Les articles 85.1 à 85.5 s'appliquent alors à celle-ci avec les adaptations nécessaires.

[49] Ainsi que la Cour l'a fait observer dans la décision *Farkhondehfall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1064, au paragraphe 29, la désignation d'un avocat spécial est une mesure qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné :

[TRADUCTION] Bien qu'à la suite des modifications apportées à la LIPR dans la foulée de l'arrêt *Charkaoui*, la nomination d'un avocat spécial soit devenue obligatoire dans les instances relatives aux certificats de sécurité, cette mesure est laissée à la discrétion du tribunal dans les autres types d'instances visées par la Loi.

[50] Récemment, dans le jugement *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423, aux paragraphes 43 à 56, le juge de Montigny a analysé les exigences dont le tribunal devrait tenir compte pour décider si la désignation d'un avocat spécial est nécessaire dans une affaire ne portant pas sur la délivrance d'un certificat de sécurité. Dans ce jugement, le juge de Montigny a conclu qu'il n'était pas nécessaire de désigner un avocat spécial pour faciliter l'examen d'une requête en interdiction de divulgation fondée sur l'article 87. Pour arriver à cette conclusion, le juge de Montigny a tenu compte de plusieurs facteurs :

1. Atteinte : La divulgation porterait-elle atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui?
2. Incidence immédiate : La décision du ministre aurait-elle une incidence limitative immédiate sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du demandeur?
3. Réfugié au sens de la Convention : La qualité de réfugié au sens de la Convention a-t-elle déjà été reconnue au demandeur?

4. Type of application: Is this a denial of a ministerial relief application or a security certificate?

5. Extent of non-disclosure: Is the extent of the non-disclosure limited?

6. Materiality: What is the materiality or probity of the information in question?

[51] In the motion before me, almost all of the factors weigh against the appointment of a special advocate. As noted above, I have concluded that disclosure of the unredacted disputed documents would be injurious to national security. Secondly, a judicial review of a denial of ministerial relief under subsection 34(2) [of IRPA] differs substantially from both a judicial determination concerning the reasonableness of a security certificate and a judicial review of the detention of a person subject to a security certificate (*Segasayo*, above, at paragraph 28). Further, in this case, a determination has not been made as to whether the applicant will be denied ministerial relief. In my view, the information sought to be protected is minimal. At this stage, it is uncertain whether this information will be relied upon by the Minister in the ministerial relief application. Finally, the applicant is not facing imminent removal and is not being detained.

[52] Considering all of the factors above, I conclude that the considerations of fairness and natural justice do not require that a special advocate be appointed to protect the interests of the applicant.

## V. Conclusion

[53] In conclusion, I am satisfied that the motion of the Minister should be granted. As I understand the situation, the parties have complied with the order of Justice Hughes. There is no need to repeat, in my order, those matters that have already been addressed.

4. Type de demande : S'agit-il du refus d'accorder une dispense ministérielle ou d'un certificat de sécurité?

5. Étendue de l'interdiction de divulgation : L'étendue de l'interdiction de divulgation est-elle limitée?

6. Caractère substantiel : Quel est le caractère substantiel ou probant des renseignements en cause?

[51] Dans la requête dont je suis saisie, presque tous les facteurs militent contre la désignation d'un avocat spécial. Ainsi que je l'ai déjà signalé, j'ai conclu que la divulgation des documents contestés non expurgés porterait atteinte à la sécurité nationale. Deuxièmement, le contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser d'accorder la dispense prévue au paragraphe 34(2) [de la LIPR] diffère considérablement de la décision judiciaire concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité et du contrôle judiciaire de la décision de détenir une personne visée par un certificat de sécurité (*Segasayo*, précité, au paragraphe 28). De plus, dans le cas qui nous occupe, aucune décision n'a encore été rendue sur la question de savoir si le demandeur se verra refuser la dispense ministérielle qu'il sollicite. À mon avis, les renseignements qu'on cherche à protéger sont minimaux. Pour le moment, on ne sait pas avec certitude si le ministre se servira de ces renseignements pour répondre à la demande de dispense ministérielle. Enfin, le demandeur n'est pas exposé à un renvoi imminent et il n'est pas détenu.

[52] Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus que les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigent pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur.

## V. Dispositif

[53] En conclusion, je suis convaincue qu'il y a lieu de faire droit à la requête du ministre. Si j'ai bien compris la situation, les parties se sont conformées à l'ordonnance du juge Hughes. Il n'est pas nécessaire que je répète dans mon ordonnance les questions qui ont déjà été examinées.

[54] Given that the context of this motion is under the provisions of IRPA, I asked counsel at the end of oral submissions whether there was a question for certification. I declined a request to defer that issue until after my reasons were released. As observed by the Federal Court of Appeal in *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, “a serious question of general importance arises from the issues in the case and not from the judge’s reasons” (at paragraph 29). I gave the applicant until Friday, October 22, 2010 and the Minister until Tuesday, October 26, 2010 to provide submissions on any proposed certified question.

[55] Applicant’s counsel’s submissions were not received until October 25, 2010. Her reasons for filing late were totally inadequate. The Court does not set deadlines so that they may be ignored. However, in any event, although the late-filed letter contained some musings, the letter concluded by stating that: “So at this point there are no issues for which certification is being sought”.

[56] In responding submissions (that were delayed due to the lateness of the applicant’s counsel’s submissions), counsel for the Minister indicated that it might be premature to certify a question but that “it may be prudent to certify a question pertaining to the appropriate or preferable procedure to follow in the circumstances”. The vagueness of this request does not assist the Court.

[57] Given the unique circumstances that arise on this motion, I am satisfied that there is no question of general importance for certification.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS, DECLARES AND DIRECTS that:

[54] Comme la présente requête concerne la LIPR, j’ai demandé aux avocats à la fin de leurs plaidoiries de me préciser s’il y avait une question à certifier. J’ai refusé de reporter l’examen de cette question jusqu’à ce que mes motifs soient publiés. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a fait observer dans l’arrêt *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, « une question grave de portée générale découle des questions en litige dans l’affaire et non des motifs du juge » (au paragraphe 29). J’ai donné au demandeur jusqu’au vendredi 22 octobre 2010 et au ministre jusqu’au mardi 26 octobre 2010 pour me soumettre leurs observations sur toute question dont la certification serait proposée.

[55] Les observations de l’avocate du demandeur n’ont été reçues que le 25 octobre 2010. Les raisons qu’elle a invoquées pour justifier ce dépôt tardif étaient totalement insuffisantes. La Cour ne fixe pas des délais pour qu’ils soient ignorés. Toutefois, en tout état de cause, malgré le fait qu’elle renferme des suppositions, la lettre déposée tardivement se termine par l’affirmation suivante : [TRADUCTION] « Il n’y a donc pour le moment aucune question dont la certification est demandée ».

[56] Dans les observations qu’elle a formulées en réponse (et dont la présentation a été retardée en raison du retard qu’accusait le dépôt des observations de l’avocate du demandeur), l’avocat du ministre a expliqué qu’il serait peut-être prématuré de certifier une question, mais qu’[TRADUCTION] « il serait peut-être prudent de certifier une question au sujet de la procédure préférable ou appropriée à suivre dans les circonstances ». Le caractère vague de cette demande n’aide pas la Cour.

[57] Compte tenu des circonstances particulières de la présente requête, je suis convaincue que la présente affaire ne soulève aucune question grave de portée générale à certifier.

#### ORDONNANCE

LA COUR :



- 
- |  |   |
|--|---|
| <p>1. the order of Justice Hughes, dated September 2, 2010, is confirmed;</p> <p>2. the national security claim of privilege over those portions of the disputed documents, as asserted by the Minister, is upheld;</p> <p>3. to the extent that any of the following steps have not been taken, the Court orders that:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• the applicant seal and return to the Minister, through his counsel, any paper copy of the unredacted disputed documents;</li><li>• the applicant destroy any electronic copy of the unredacted disputed documents in the control or possession of the applicant or his counsel; and</li><li>• the applicant and his counsel destroy any notes in their possession or control relating to the redacted portions of the disputed documents.</li></ul> <p>4. the unredacted disputed documents, that currently are in a sealed envelope filed with the Court and that form part of this Court file, are to be returned by the registry to the Minister's counsel; and</p> <p>5. no question of general importance is certified.</p> | <p>1. CONFIRME l'ordonnance rendue par le juge Hughes le 2 septembre 2010;</p> <p>2. CONFIRME le privilège fondé sur la sécurité nationale revendiqué par le ministre sur certains passages des documents contestés;</p> <p>3. ORDONNE, dans la mesure où les mesures suivantes n'ont pas encore été prises :</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• au demandeur de sceller et de retourner au ministre, par l'intermédiaire de son avocate, toute copie papier des documents contestés non expurgés;</li><li>• au demandeur de détruire toute copie électronique des documents contestés non expurgés se trouvant sous le contrôle ou en la possession du demandeur ou de son avocate;</li><li>• au demandeur et à son avocate de détruire les notes qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle et qui se rapportent aux passages expurgés des documents contestés.</li></ul> <p>4. ORDONNE que les documents contestés non expurgés qui se trouvent présentement dans une enveloppe scellée déposée à la Cour et qui ont été versés au dossier de la Cour soient retournés par le greffier à l'avocat du ministre;</p> <p>5. DÉCLARE qu'aucune question grave de portée générale n'est certifiée.</p> |
|--|---|

A-431-10  
2011 FCA 223

A-431-10  
2011 CAF 223

**Chanthirakumar Sellathurai** (*Appellant*)

**Chanthirakumar Sellathurai** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*intimé*)

**INDEXED AS: SELLATHURAI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : SELLATHURAI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Dawson and Stratas, J.J.A.—Toronto, June 9; Ottawa, July 11, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Dawson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 9 juin; Ottawa, 11 juillet 2011.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from decision of Federal Court requiring return of documents inadvertently disclosed to counsel for appellant — File part of admissibility hearing to determine whether appellant inadmissible under former Immigration Act, s. 19(1)(f)(iii)(B) — Documents inadvertently disclosed in course of processing claim for ministerial relief under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 34(2) — After asking for return of inadvertently disclosed documents, respondent seeking and obtaining order from Federal Court requiring counsel for appellant to return documents to respondent — Central issues whether Federal Court possessed jurisdiction to make such an order and whether Federal Court erred by failing to appoint amicus curiae or by failing to consider whether principles of procedural fairness required some remedy be afforded to appellant — Federal Court correct to reject application of Canada Evidence Act, s. 38, and to find it had jurisdiction — However, source of jurisdiction not s. 87 of Act, but rather Federal Courts Act, s. 44, and Federal Court's plenary jurisdiction over disclosure in immigration matters — Regarding main issues of fairness, Federal Court erred by failing to consider particular circumstances in this case when deciding on appellant's request for appointment of amicus curiae and by failing to consider what use appellant could make of information that had been disclosed to him — Appeal allowed in part.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate de l'appellant — Le dossier s'inscrit dans le cadre d'une enquête visant à déterminer si l'appellant devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 19(1)(f)(iii)(B) de l'ancienne Loi sur l'immigration — Les documents transmis par inadvertance l'ont été au cours de l'examen d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) — Après avoir demandé le retour de documents divulgués par inadvertance, l'intimé a sollicité et obtenu une ordonnance de la Cour fédérale enjoignant à l'avocate de l'appellant de lui remettre les documents — Les principales questions en litige étaient de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour rendre une telle ordonnance et si elle avait commis une erreur en ne désignant pas un amicus curiae ou en omettant de considérer si les principes de l'équité procédurale exigeaient qu'une réparation soit accordée à l'appellant — La Cour fédérale a décidé avec raison que l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada ne s'appliquait pas et qu'elle avait compétence — Toutefois, la source de cette compétence n'était pas l'art. 87 de la Loi, mais plutôt l'art. 44 de la Loi sur les Cours fédérales et la compétence plénière qu'exerce la Cour fédérale en matière de divulgation dans les affaires d'immigration — En ce qui concerne les principales questions d'équité procédurale, la Cour fédérale a commis une erreur en ne tenant pas compte des circonstances particulières de l'affaire lorsqu'elle s'est prononcée sur la demande de nomination d'un amicus curiae par l'appellant et en omettant d'examiner dans quelle mesure l'appellant pouvait utiliser les renseignements qui lui avaient été divulgués — Appel accueilli en partie.*

*Federal Court Jurisdiction — Respondent inadvertently disclosing documents to counsel for appellant in course of*

*Compétence de la Cour fédérale — L'intimé a transmis par inadvertance des documents à l'avocate de l'appellant dans le*

*processing claim for ministerial relief filed by appellant under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 34(2) — At respondent's request, Federal Court requiring counsel for appellant to return documents to respondent — Whether Federal Court possessed jurisdiction to make such an order — Federal Court correct to reject application of Canada Evidence Act, s. 38, and to find it had jurisdiction — However, source of jurisdiction not s. 87 of Act, but rather Federal Courts Act, s. 44, and Federal Court's plenary jurisdiction over disclosure in immigration matters.*

*Evidence — Respondent inadvertently disclosing documents to counsel for appellant in course of processing claim for ministerial relief filed by appellant under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(2) — Federal Court requiring counsel for appellant to return documents to respondent — Federal Court correct to reject application of Canada Evidence Act, s. 38, and to find it had jurisdiction to make such an order — Section 38 has no application as mechanism to retrieve information already disclosed — Nothing in language of s. 38 speaks to its application after disclosure has been made.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court requiring the return of documents inadvertently disclosed to counsel for the appellant. The file was part of an admissibility hearing of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (Immigration Division) to determine whether the appellant was inadmissible under clause 19(1)(f)(iii)(B) of the former *Immigration Act*. The documents were inadvertently disclosed in the course of processing a claim for ministerial relief filed by the appellant under subsection 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). After asking that the documents be returned, on the ground that they were subject to national security privilege, the respondent sought and obtained an order from the Federal Court requiring counsel for the appellant to return the documents to the Minister.

The main issues were whether the Federal Court possessed the jurisdiction to make such an order and whether it erred by failing to appoint an *amicus curiae* or by failing to consider whether the principles of procedural fairness required that some remedy be afforded to the appellant.

*Held*, the appeal should be allowed in part.

*cadre d'une demande de dispense ministérielle présentée par l'appellant en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) — À la demande de l'intimé, la Cour fédérale a enjoint à l'avocate de l'appellant de lui remettre les documents — Question de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour rendre une telle ordonnance — La Cour fédérale a décidé avec raison que l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada ne s'appliquait pas et qu'elle avait compétence — Toutefois, la source de cette compétence n'était pas l'art. 87 de la Loi, mais plutôt l'art. 44 de la Loi sur les Cours fédérales et la compétence plénière qu'exerce la Cour fédérale en matière de divulgation dans les affaires d'immigration.*

*Preuve — L'intimé a transmis par inadvertance des documents à l'avocate de l'appellant dans le cadre d'une demande de dispense ministérielle présentée par l'appellant en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La Cour fédérale a enjoint à l'avocate de l'appellant de lui remettre les documents — La Cour fédérale a décidé avec raison que l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada ne s'appliquait pas et qu'elle avait compétence pour rendre une telle ordonnance — L'art. 38 ne peut s'appliquer comme mécanisme permettant de récupérer des renseignements déjà divulgués — Rien dans le libellé de l'art. 38 ne parle de son application après la divulgation des renseignements.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate de l'appellant. Le dossier s'inscrit dans le cadre d'une enquête de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié visant à déterminer si l'appellant devrait être interdit de territoire en vertu de la division 19(1)(f)(iii)(B) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Les documents en question transmis par inadvertance l'ont été au cours de l'examen d'une demande de dispense ministérielle présentée par l'appellant en vertu du paragraphe 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi). Après avoir demandé le retour des documents divulgués par inadvertance, au motif qu'ils faisaient l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité, l'intimé a sollicité et obtenu une ordonnance de la Cour fédérale enjoignant à l'avocate de l'appellant de lui remettre les documents.

Les principales questions en litige étaient de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour rendre une telle ordonnance et si elle avait commis une erreur en ne désignant pas un *amicus curiae* ou en omettant de considérer si les principes de l'équité procédurale exigeaient qu'une réparation soit accordée à l'appellant.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli en partie.

The Federal Court was correct to reject the application of section 38 of the *Canada Evidence Act* and to find that it had jurisdiction. However, the source of this jurisdiction was not section 87 of the Act, but rather section 44 of the *Federal Courts Act* and the Federal Court's plenary jurisdiction over disclosure in immigration matters. The preclusive provisions of paragraphs 72(2)(e) and 74(d) of the Act therefore did not apply, and there was no requirement that a question be certified in order for this appeal to be properly brought.

Section 38 of the *Canada Evidence Act* provides a mechanism for the protection of information where, in a proceeding, information is required to be disclosed and the person required to disclose the information believes that information to be sensitive or potentially injurious. Where proper notification has been given to the Attorney General of Canada, the Attorney General may apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4). Just as section 39 of the *Canada Evidence Act* has no application after the disclosure of sensitive information, section 38 has no application as a mechanism to retrieve information already disclosed. Nothing in the language of section 38 speaks to its application after disclosure has been made; rather it is confined by its language to the future disclosure of sensitive or potentially injurious information.

The ordinary meaning of this text is that section 87 applies only during an application for judicial review when the Minister may apply for leave not to disclose information that would otherwise be producible. On its plain language, this provision applies to prevent disclosure. It is not intended to apply as a mechanism to retrieve disclosed information.

As to the potential application of section 87 of the Act in this case, no application for judicial review had been brought with respect to the pending application for ministerial relief. Yet the language of the French version of section 87 is express that the application for the non-disclosure of information or other evidence may be made "dans le cadre d'un contrôle judiciaire". The linkage of section 87 to a future, perhaps related, judicial review was insufficient to make section 87 applicable to documents or information not otherwise producible in the pending application for judicial review in the present matter.

In addition to sections 3, 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, subsection 72(1) of the Act confers a broad

La Cour fédérale a décidé avec raison que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'appliquait pas et qu'elle avait compétence. Toutefois, la source de cette compétence n'était pas l'article 87 de la Loi, mais plutôt l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* et la compétence plénière qu'exerce la Cour fédérale en matière de divulgation dans les affaires d'immigration. Les dispositions limitatives des alinéas 72(2)e) et 74d) de la Loi ne s'appliquaient donc pas, et une question certifiée n'était pas nécessaire pour que le présent appel soit correctement introduit.

L'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit un mécanisme pour la protection des renseignements lorsque, dans le cadre d'une instance, ils doivent être produits et que la personne devant les produire croit qu'ils sont sensibles ou potentiellement préjudiciables. Une fois avisé de la façon appropriée, le procureur général du Canada peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance au sujet de la divulgation des renseignements faisant l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4). Tout comme l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne peut s'appliquer après la divulgation de renseignements sensibles, l'article 38 ne peut s'appliquer comme mécanisme permettant de récupérer des renseignements déjà divulgués. Rien dans le libellé de l'article 38 ne parle de son application après la divulgation des renseignements; il en limite plutôt la portée à la divulgation future de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.

Selon le sens ordinaire du texte, l'article 87 de la Loi s'applique uniquement dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire lorsque le ministre peut demander l'autorisation de ne pas divulguer des renseignements qui devraient autrement être produits. Selon son sens courant, cet article a pour objet d'empêcher la divulgation de ces renseignements. Il ne vise pas à créer un mécanisme permettant la récupération des renseignements divulgués.

Concernant la possibilité d'appliquer l'article 87 de la Loi, en l'espèce, aucune demande de contrôle judiciaire n'avait été déposée au sujet de la demande de dispense ministérielle pendante. Or, le libellé de la version française de l'article 87 prévoit expressément que la demande de non-divulgation des renseignements ou d'autres preuves peut être faite « dans le cadre d'un contrôle judiciaire ». Le lien entre l'article 87 et un contrôle judiciaire futur, et peut-être connexe, n'était pas suffisant pour rendre cet article applicable aux documents ou aux renseignements qui ne pourraient être autrement produits dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire pendante en l'espèce.

Outre les articles 3, 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le paragraphe 72(1) de la Loi confère un large

supervisory jurisdiction upon the Federal Court with respect to matters arising under the Act. The disclosure of information to an applicant for relief that is required by procedural fairness, and the control over such disclosure, are clearly related to the jurisdiction of the Federal Court to supervise the exercise of discretion to grant or withhold relief under subsection 34(2) of the Act. It follows that the Federal Court has plenary jurisdiction over the disclosure process.

The three main issues of fairness that arose on the facts of this appeal were: (1) the manner in which the Federal Court considered the appointment of a special advocate or *amicus curiae*; (2) the use, if any, that the appellant or his counsel might have made of the information at issue; and (3) the scope of the redactions made in the three relevant documents.

Turning to the first issue, because section 87 of the Act did not apply, there was no basis at law for the appointment of a special advocate. It was, however, open to the Federal Court to appoint an *amicus curiae* if persuaded that such appointment was necessary to assist the Court to arrive at a full and fair determination of the fairness issues. The Federal Court rejected the request for the appointment of an *amicus curiae* by applying the factors applicable to the appointment of a special advocate. In the unique circumstances before the Court it was an error of law for the Federal Court to dismiss the request for the appointment of an *amicus* on this basis. By doing so the Federal Court failed to consider that the information subject to national security privilege had already been disclosed to the appellant. This fact distinguished the jurisprudence relied upon by the Federal Court. The order recalling the documents originally disclosed by the respondent and the substitution of redacted documents prevented counsel for the appellant from making submissions to the Court or to the respondent on the unredacted information. In these circumstances, the appointment of an *amicus* would have allowed submissions directed to the appellant's concerns to be made to the Court based upon the confidential record. This was a relevant factor the Federal Court should have considered, and which was not addressed in the jurisprudence the Court relied upon to reject the appointment of an *amicus*.

Turning to the remaining issues of fairness, there was an air of reality to the concerns raised by the appellant. It was an error for the Federal Court to fail to consider the appellant's submission that, in the circumstances, fairness required that his counsel be permitted to make some limited use of the information inadvertently disclosed by the respondent.

pouvoir de surveillance à la Cour fédérale au sujet des questions découlant de cette loi. La divulgation de renseignements à l'auteur d'une demande de dispense qu'exige l'équité procédurale, et le contrôle de cette divulgation, sont manifestement reliés à la compétence de la Cour fédérale de surveiller l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une dispense au titre du paragraphe 34(2) de la Loi. Il s'ensuit que la Cour fédérale a plénitude de compétence sur le processus de divulgation.

Les trois principales questions d'équité procédurale que soulevaient les faits de l'appel étaient : 1) la façon dont la Cour fédérale a analysé la question de la nomination d'un avocat spécial ou d'un *amicus curiae*; 2) l'emploi, le cas échéant, que l'appellant ou son avocate aurait pu faire des renseignements contestés; 3) l'ampleur des expurgations dont ont fait l'objet les trois documents pertinents.

S'agissant de la première question, étant donné que l'article 87 de la Loi ne s'appliquait pas, la nomination d'un avocat spécial n'était fondée sur aucune règle de droit. Il était toutefois loisible à la Cour fédérale de nommer un *amicus curiae* si elle était persuadée qu'une telle nomination était nécessaire pour aider la Cour à effectuer une analyse complète et équitable des questions liées à l'équité procédurale. La Cour fédérale a rejeté la demande de nomination d'un *amicus curiae* en appliquant les facteurs relatifs à la nomination d'un avocat spécial. Compte tenu des circonstances unies de l'affaire, lorsque la Cour fédérale a rejeté la demande de nomination d'un *amicus* pour ce motif, elle a commis une erreur de droit. La Cour fédérale a ainsi omis de prendre en compte le fait que les renseignements visés par le privilège fondé sur la sécurité nationale avaient déjà été divulgués à l'appellant. Ce fait permettait de distinguer la présente affaire de la jurisprudence invoquée par la Cour fédérale. L'ordonnance de remise des documents fournis initialement par l'intimé et leur remplacement par des documents expurgés ont empêché l'avocate de l'appellant de présenter des observations à la Cour et à l'intimé fondées sur les renseignements non expurgés. Dans les circonstances, la nomination d'un *amicus* aurait permis à celui-ci de se fonder sur le dossier confidentiel pour présenter des observations relatives aux préoccupations de l'appellant. C'était là un facteur pertinent dont la Cour fédérale aurait dû tenir compte et que n'abordait pas la jurisprudence sur laquelle elle s'est appuyée pour refuser la nomination d'un *amicus*.

S'agissant des autres questions touchant l'équité, les préoccupations soulevées par l'appellant semblaient justifiées. La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle n'a pas examiné son argument selon lequel, vu les circonstances, l'équité exigeait que son avocate puisse faire un usage ne serait-ce que limité des renseignements divulgués par inadvertance par

Restricting counsel to making submissions upon the redacted record limited the ability of the appellant's counsel to argue that the redactions proposed by the respondent were overbroad, and that some of the redacted information had been disclosed in previous proceedings. As well, limiting counsel to the redacted information further hampered the appellant's ability to make future submissions to the respondent on the full record. In these circumstances, the Federal Court was required to consider the appellant's submissions that his counsel be permitted to make some use of the confidential information. Until these submissions were dealt with it was premature for the Federal Court to order the return of the documents.

For these reasons, the matter was remitted to the Federal Court for the purpose of considering whether an *amicus curiae* should be appointed and what, if any, remedy was required by application of procedural fairness as a result of the inadvertent disclosure to the appellant of the documents at issue.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 “judge” (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), “participant” (as enacted *idem*, s. 43), “potentially injurious information” (as enacted *idem*), “proceedings” (as enacted *idem*), “prosecutor” (as enacted *idem*), “sensitive information” (as enacted *idem*), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06 to 38.13 (as enacted *idem*), 38.131 (as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19(E)), 38.14 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 3 (as am. *idem*, s. 16), 4 (as am. *idem*), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 44 (as am. *idem*, s. 41).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 56, 369.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(f)(iii)(B) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27,

l'intimé. Le fait de demander à l'avocate de présenter des observations uniquement fondées sur le dossier expurgé a eu pour effet de restreindre la capacité de celle-ci de soutenir que les expurgations proposées par l'intimé étaient trop larges et qu'une partie des renseignements expurgés avaient déjà été divulgués dans le cadre d'autres instances. Également, le fait de limiter l'avocate aux renseignements expurgés a encore restreint la capacité de l'appelant de présenter subséquemment d'autres observations à l'intimé sur le fondement de l'ensemble du dossier. Dans ces circonstances, la Cour fédérale était tenue d'examiner les observations de l'appelant selon lesquelles son avocate devait être autorisée à utiliser de quelque façon les renseignements confidentiels. Il était prématuré que la Cour fédérale ordonne le retour des documents avant d'avoir pris ces observations en compte.

Pour ces motifs, l'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale, aux fins d'examiner s'il y avait lieu de nommer un *amicus curiae* et de préciser, le cas échéant, la réparation qu'exigeait l'application de l'équité procédurale en raison de la divulgation accidentelle à l'appelant des documents contestés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 « instance » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « juge » (édicte, *idem*, art. 43, 141), « participant » (édicte, *idem*, art. 43), « poursuivant » (édicte, *idem*), « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte, *idem*), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06 à 38.13 (édicte, *idem*), 38.131 (édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19(A)), 38.14 à 38.16 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5(F)).
- Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. (1985), ch. O-5.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 3 (mod., *idem*, s. 16), 4 (mod., *idem*), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 44 (mod., *idem*, art. 41).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(f)(iii)(B) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5).

ss. 34(2), 72(1),(2)(e), 74(d), 87 (as am. by S.C. 2008 c. 3, s. 4), 87.1 (as enacted *idem*).  
*Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2), 72(1),(2)e), 74d), 87 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 87.1 (édicte, *idem*).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 4, 56, 369.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385, 6 Admin. L.R. (3d) 1.

##### CONSIDERED:

*Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300, 302 F.T.R. 184, 57 Imm. L.R. (3d) 105; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80.

##### REFERRED TO:

*Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, 360 F.T.R. 173, 87 Imm. L.R. (3d) 86; *Horne v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 337, 414 N.R. 97; *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, 249 D.L.R. (4th) 269, 50 Imm. L.R. (3d) 119; *Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 7421, 235 N.R. 305 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, 76 Admin. L.R. (4th) 20, 63 C.P.R. (4th) 151, 370 N.R. 336; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, 214 D.L.R. (4th) 193, [2002] 8 W.W.R. 585; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306, 54 C.R. (6th) 76, 166 C.R.R. (2d) 134.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2010 FC 1082, [2012] 2 F.C.R. 218) ordering the return of documents inadvertently disclosed to counsel for the appellant. Appeal allowed in part.

#### APPEARANCES

*Barbara L. Jackman* for the applicant.  
*Jamie R. D. Todd* and *Ada Mok* for the respondent.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423; *Horne c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 337; *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7421 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en Conseil)*, 2007 CAF 374; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1082, [2012] 2 R.C.F. 218) enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate de l'appellant. Appel accueilli en partie.

#### ONT COMPARU

*Barbara L. Jackman* pour le demandeur.  
*Jamie R. D. Todd* et *Ada Mok* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Jackman & Associates*, Toronto, for the appellant.  
*The Deputy Attorney General of Canada* for the respondent.

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

[1] DAWSON J.A.: In the course of processing Mr. Sellathurai's claim for ministerial relief under subsection 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) inadvertently disclosed documents to Mr. Sellathurai's counsel that the Minister viewed to be subject to national security privilege. After asking that the documents be returned, the Minister sought and obtained an order from the Federal Court requiring Mr. Sellathurai's counsel to return the documents to the Minister. The central issue in this appeal is whether the Federal Court possessed the jurisdiction to make such an order. Other issues to be decided on this appeal include whether, in the absence of a certified question, this Court has jurisdiction to hear the appeal and whether the Federal Court erred by failing to appoint an *amicus curiae* or by failing to consider whether the principles of procedural fairness required that some remedy be afforded to Mr. Sellathurai. A complete list of the issues to be decided appears at paragraph 13 below.

Background Facts

[2] To appreciate the issues before the Court, it is necessary to understand the protracted facts that led to the making of the order under appeal. The facts may be summarized as follows:

1. In 1997, a report issued under section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (former Act) alleged that Mr. Sellathurai was a member of the inadmissible class of persons described in clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. by

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman & Associates*, Toronto, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Au cours de l'examen d'une demande de dispense ministérielle présentée par M. Sellathurai au titre du paragraphe 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a divulgué par inadvertance à l'avocate de M. Sellathurai des documents que le ministre estimait visés par un privilège fondé sur la sécurité nationale. Après avoir demandé que ces documents lui soient retournés, le ministre a sollicité et obtenu une ordonnance de la Cour fédérale enjoignant à l'avocate de M. Sellathurai de lui remettre les documents. La question centrale dans le présent appel est de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour rendre une telle ordonnance. Le présent appel soulève d'autres questions qui doivent être tranchées, notamment celles de savoir si en l'absence d'une question certifiée, notre Cour a compétence pour statuer sur l'appel et si la Cour fédérale a commis une erreur en ne désignant pas un *amicus curiae* ou en omettant de considérer si les principes de l'équité procédurale exigeaient qu'une réparation soit accordée à M. Sellathurai. On trouvera une liste complète des questions en litige à trancher au paragraphe 13 ci-dessous.

Contexte factuel

[2] Pour bien comprendre les questions soumises à la Cour, il faut connaître les faits complexes à l'origine de l'ordonnance frappée d'appel. Les faits peuvent se résumer comme suit :

1. En 1997, dans un rapport préparé au titre de l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (ancienne Loi), il était allégué que M. Sellathurai appartenait à l'une des catégories non admissibles décrites



S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the former Act. Specifically, the report alleged Mr. Sellathurai to be a person who there are reasonable grounds to believe is or was a member of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in terrorism. The organization referred to in the report was the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE).

2. Later, Mr. Sellathurai received a direction to report for an admissibility inquiry before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (Immigration Division). The inquiry began on March 19, 1999.

3. The hearing before the Immigration Division into Mr. Sellathurai's alleged inadmissibility was split into two parts. The first part of the inquiry was completed on September 26, 2001. At that time a member of the Immigration Division concluded that there were reasonable grounds to believe that Mr. Sellathurai was a member of the LTTE. Whether the LTTE was a terrorist organization was an issue left to be determined at the second stage of the inquiry.

4. On August 20, 2002, Mr. Sellathurai applied under subsection 34(2) of the Act for an exemption from a finding that he was inadmissible on security grounds as a result of being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism. Subsection 34(2) of the Act provides, among other things, that membership in a terrorist organization does not constitute inadmissibility where an affected person satisfies the Minister that his or her presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

5. As a result of Mr. Sellathurai's application under subsection 34(2) of the Act, the Canada Border Services Agency (CBSA) prepared a brief for the Minister. The brief recommended that Mr. Sellathurai's request for ministerial relief be denied. In February 2006, Mr. Sellathurai was provided with a copy of the brief and given the opportunity to respond to it. Later, further submissions were invited from Mr. Sellathurai in 2007 and in 2008.

à la division 19(1)f)(iii)(B) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de l'ancienne Loi. Plus précisément, le rapport alléguait que M. Sellathurai était une personne dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle appartient ou appartenait à une organisation dont il existe des motifs de croire qu'elle se livre ou se livrait à des actes de terrorisme. L'organisation mentionnée dans le rapport était les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET).

2. Par la suite, M. Sellathurai a été convoqué à une enquête devant la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section de l'immigration). L'enquête a commencé le 19 mars 1999.

3. L'enquête tenue par la Section de l'immigration sur l'interdiction de territoire alléguée de M. Sellathurai a été scindée en deux parties. La première partie de l'enquête a été achevée le 26 septembre 2001. À l'époque, un commissaire de la Section de l'immigration a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que M. Sellathurai était membre des TLET. La question de savoir si les TLET étaient un organisme terroriste a été renvoyée à la deuxième étape de l'enquête.

4. Le 20 août 2002, M. Sellathurai a présenté une demande au titre du paragraphe 34(2) de la Loi pour obtenir une dispense des conséquences de la conclusion selon laquelle il était interdit de territoire pour raison de sécurité parce qu'il était membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre, s'est livrée ou se livrera au terrorisme. Le paragraphe 34(2) de la Loi prévoit, entre autres choses, que l'appartenance à une organisation terroriste n'emporte pas interdiction de territoire lorsque la personne concernée convainc le ministre que sa présence au Canada ne sera nullement préjudiciable à l'intérêt national.

5. Par suite de la demande de M. Sellathurai présentée au titre du paragraphe 34(2) de la Loi, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a préparé un mémoire à l'intention du ministre. Le mémoire recommandait que la demande présentée par M. Sellathurai en vue d'obtenir une dispense ministérielle soit refusée. En février 2006, on a remis à M. Sellathurai une copie du mémoire pour lui donner la possibilité d'y répondre. Par la suite, M. Sellathurai a été invité à présenter d'autres observations en 2007 et en 2008.

6. Prior to the events relevant to this appeal, no decision had been made with respect to Mr. Sellathurai's request for ministerial relief.

7. After the member of the Immigration Division determined that there were reasonable grounds to believe that Mr. Sellathurai was a member of the LTTE, the inquiry was to continue before the Immigration Division. However, from September 26, 2001 until October 21, 2008, the admissibility hearing was adjourned from time to time in order to allow the Minister to make a decision on the request for ministerial relief.

8. On December 29, 2008, the Immigration Division refused Mr. Sellathurai's request for a further adjournment.

9. Mr. Sellathurai then filed in the Federal Court, in Court file IMM-152-09, an application for leave and judicial review of the decision of the Immigration Division refusing a further adjournment. He also sought an order staying the admissibility hearing. The Federal Court granted the stay. Subsequently leave was granted by the Federal Court, and the hearing of the application for judicial review was scheduled for February 23, 2010.

10. On February 26, 2010, Justice Hughes of the Federal Court directed that the application for judicial review be adjourned *sine die*. Counsel were to provide updates to the Court as to the status of the request for ministerial relief.

11. On August 12, 2010, counsel for Mr. Sellathurai provided the following report to the Court:

Re: Sellathurai v. MCI, Court File: IMM-152-09

As your records will show I am the solicitor for the Applicant. This judicial review application is presently in abeyance while the parties try to resolve matters. Mr. Todd, counsel for the Minister has been advising Justice Hughes of the status of the case from time to time.

I undertook to update the Court this time. Mr. Sellathurai has received a new package of materials from the CBSA and was asked to reply by August 15, 2010. I requested an

6. Avant les événements se rapportant au présent appel, aucune décision n'avait été prise au sujet de la demande de dispense ministérielle présentée par M. Sellathurai.

7. Après que le commissaire de la Section de l'immigration eut décidé qu'il existait des motifs raisonnables de croire que M. Sellathurai était membre des TLET, la Section de l'immigration devait poursuivre l'enquête. Cependant, entre le 26 septembre 2001 et le 21 octobre 2008, l'enquête a été ajournée de façon à permettre au ministre de se prononcer au sujet de la demande de dispense ministérielle.

8. Le 29 décembre 2008, la Section de l'immigration a refusé une nouvelle demande d'ajournement présentée par M. Sellathurai.

9. M. Sellathurai a alors déposé devant la Cour fédérale, dans le dossier IMM-152-09, une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du refus de la Section de l'immigration d'accorder un autre ajournement. Il demandait également qu'il soit sursis à l'enquête. La Cour fédérale a accordé le sursis. Par la suite, la Cour fédérale a accordé l'autorisation demandée et l'audition de la demande de contrôle judiciaire a été fixée au 23 février 2010.

10. Le 26 février 2010, le juge Hughes de la Cour fédérale a ordonné que la demande de contrôle judiciaire soit ajournée *sine die*. Les avocats devaient tenir la Cour au courant de l'état de la demande de dispense ministérielle.

11. Le 12 août 2010, l'avocate de M. Sellathurai a présenté le rapport suivant à la Cour :

[TRADUCTION] Objet : *Sellathurai c. MCI*, n° de dossier : IMM-152-09

Comme vos dossiers vous l'indiquent, je suis la procureure du demandeur. La présente demande de contrôle judiciaire est à l'heure actuelle en suspens pendant que les parties essaient de résoudre ces questions. M. Todd, l'avocat du ministre, informe régulièrement le juge Hughes de l'état du dossier.

J'ai décidé d'informer cette fois-ci moi-même la Cour de cet état. M. Sellathurai a reçu une nouvelle série de documents de l'ASFC et il lui a été demandé d'y répondre d'ici le 15 août

extension to the end of August because I was away for some time and with other matters, it would not have been possible for me to meet this deadline. The extension was granted and it was our expectation that the case would go before the Minister for a decision shortly after submissions were filed.

A new issue has just arisen. The CBSA has requested that its package of materials disclosed to me and Mr. Sellathurai be returned because there is apparently classified material that has been inadvertently disclosed. The CBSA has advised that Mr. Sellathurai will be given a month from receipt of the redacted materials to reply so that it would actually be later than the end of August when the reply would come due.

We are in the process of addressing the CBSA request, as it is not apparent that any classified material has in fact been disclosed.

The matter is moving along so I would suggest that either I or Mr. Todd report back to the Court by the end of September either to advise that the matter is now resolved or at least to update the Court on the status of its resolution.

Please advise if there are problems with this.

Thank you for your attention. [Emphasis added.]

12. On August 16, 2010, the CBSA wrote to Mr. Sellathurai's counsel advising that:

This is in response to your letter dated August 12, 2010. A review of the file has revealed three documents which contain information that should not have been disclosed:

- 1- Canadian Security Intelligence Service (CSIS) letter dated January 26, 1995. This document is six pages long, has the CSIS letterhead, and is marked "Secret". It is Appendix 9 in the package.
- 2- Canadian Security Intelligence Service (CSIS) letter dated November 9, 1995. This document is five pages long, has the CSIS letterhead, and is marked "Secret". It is in Appendix 18 of the package.
- 3- Canadian Security Intelligence Service (CSIS) letter dated December 10, 2007. This document is two pages long, is

2010. J'ai demandé la prolongation de ce délai jusqu'à la fin du mois d'août parce que j'ai dû m'absenter pendant quelque temps et m'occuper d'autres affaires. Il ne m'aurait pas été possible de respecter ce délai. La prolongation a été accordée et nous pensions que le dossier serait soumis au ministre pour qu'il prenne une décision à ce sujet peu après le dépôt des observations.

Une nouvelle question vient d'être soulevée. L'ASFC a demandé que la série de documents qui m'a été divulguée à moi et à M. Sellathurai lui soit remise parce qu'elle contenait apparemment des documents classifiés qui avaient été divulgués par inadvertance. L'ASFC a avisé M. Sellathurai qu'il avait un mois à partir de la réception des documents expurgés pour y répondre de sorte qu'il devrait transmettre sa réponse à une date postérieure à la fin du mois d'août.

Nous sommes en train de donner suite à la demande de l'ASFC, parce qu'il ne semble pas que des documents classifiés aient été divulgués.

Le dossier progresse de sorte que je propose que moi ou M. Todd fassions rapport à la Cour d'ici la fin du mois de septembre soit pour l'informer du fait que la question est maintenant résolue ou tout au moins pour aviser la Cour de l'état du dossier.

Je vous demande de nous faire savoir si cette suggestion fait problème.

Je vous remercie de votre attention. [Non souligné dans l'original.]

12. Le 16 août 2010, l'ASFC a écrit à l'avocate de M. Sellathurai pour l'informer de ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous répondons à votre lettre du 12 août 2010. Il ressort de l'examen de votre dossier qu'il contient trois documents faisant état de renseignements qui n'auraient pas dû être divulgués :

- 1- Lettre du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) datée du 26 janvier 1995. Ce document comprend six pages, il porte l'en-tête du SCRS, et est marqué « Secret ». Il constitue l'annexe 9 de la liasse.
- 2- Lettre du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) datée du 9 novembre 1995. Ce document comprend cinq pages, il porte l'en-tête du SCRS, et est marqué « Secret ». Il figure à l'annexe 18 de la liasse.
- 3- Lettre du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) datée du 10 décembre 2007. Ce document a

marked “Secret”, and is signed by a CSIS employee. It is in Appendix 18 of the package.

We request that you seal and return the above-noted documents, along with any copies that were made, to our attention at your earliest convenience. We assert that these documents carry national security privilege, and must be protected.

We thank you for your cooperation in this matter. [Emphasis added.]

13. On August 19, 2010, counsel for Mr. Sellathurai responded:

Thank you for your letter of August 16, 2010. I have specifically pulled the referenced reports and sealed them. I have the only copy as no others were made or given to anyone else. I would appreciate it if you would send the redacted version which you intend to rely on publicly so that we may determine if the matter can be settled amicably or if having the court review it would be more appropriate. We cannot continue with Mr. Sellathurai’s submissions until this is settled because of the concern about not raising with him any of the relevant issues arising from the referenced reports. I am not sure if parts of these reports are to be sealed, how we will deal with the fact that he and others already have some knowledge of the concerns raised in the documents because we were already well underway in preparing reply submissions. Please note I am away next week. Thank you. Please advise. [Emphasis added.]

14. On September 2, 2010, Justice Hughes issued the following direction:

THIS COURT HEREBY DIRECTS that:

1. [Counsel for Mr. Sellathurai] shall place the documents in question in a sealed envelope and file it with the Court number and style of cause clearly marked together with a caption to the effect that it is not to be opened until further Order or Direction of the Court. This shall be done on or before September 8, 2010;
2. The Department of Justice shall, on or before September 8, 2010 furnish to [counsel for Mr. Sellathurai] and file with

deux pages, est marqué « Secret » et est signé par un employé du SCRS. Il figure à l’annexe 18 de la liasse.

Nous vous demandons de bien vouloir sceller et renvoyer les documents décrits ci-dessus, ainsi que les copies que vous avez pu en faire, le plus tôt possible. Nous estimons que ces documents sont visés par un privilège fondé sur la sécurité nationale et doivent être protégés.

Nous vous remercions de votre collaboration dans ce dossier. [Non souligné dans l’original.]

13. Le 19 août 2010, l’avocate de M. Sellathurai a répondu :

[TRADUCTION] Merci pour votre lettre du 16 août 2010. J’ai retiré les rapports mentionnés dans votre lettre et je les ai scellés. J’en possède l’unique copie parce que nous n’avons pas fait de copie ni n’avons remis à quiconque ces documents. J’aimerais que vous nous envoyiez la version expurgée que vous avez l’intention d’invoquer publiquement pour que nous puissions savoir si cette affaire peut être réglée à l’amiable ou s’il serait préférable d’en saisir le tribunal. Nous ne pouvons continuer à préparer les observations de M. Sellathurai tant que cet aspect n’est pas réglé parce que nous craignons ne pas pouvoir aborder avec lui les questions pertinentes découlant des rapports mentionnés ci-dessus. Je ne sais pas si certaines parties de ces rapports doivent être scellées, ni comment nous allons réagir au fait que lui et d’autres personnes ont déjà une certaine connaissance des questions soulevées dans ces documents parce que la préparation de nos observations était déjà bien engagée. Veuillez prendre note que je serai absente la semaine prochaine. Merci. Veuillez nous tenir au courant. [Non souligné dans l’original.]

14. Le 2 septembre 2010, le juge Hughes a émis la directive suivante :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. [L’avocate de M. Sellathurai] placera les documents en question dans une enveloppe scellée et la déposera en mentionnant clairement le numéro de dossier et l’intitulé de la cause, avec une mention indiquant que l’enveloppe ne pourra être ouverte qu’aux termes d’une autre ordonnance ou directive de la Cour. Cela devra être fait au plus tard le 8 septembre 2010;
2. Le ministère de la Justice fournira, au plus tard le 8 septembre 2010, à [l’avocate de M. Sellathurai] et déposera au tribunal

the Court copies of said documents redacted so as to remove or obscure the contentious material;

3. On or about September 8, 2010, the Department of Justice shall file a Motion to be heard at a date to be fixed by the Office of the Chief Justice, to be heard by a designated Judge, if required as to the further manner in which said documents are to be dealt.

15. The three documents provided to Mr. Sellathurai's counsel were filed with the Court and redacted versions of the documents were provided to Mr. Sellathurai's counsel. The Minister filed a notice of motion in Court file IMM-152-09. The motion was brought in writing under rule 369 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] and was supported by two affidavits filed and served on counsel for Mr. Sellathurai as well as a confidential affidavit filed with the Court on an *ex parte* basis that was described as "justifying the national security privilege claim". The relief sought in the notice of motion was as follows:

THIS MOTION IS FOR injunctive relief in the context of inadvertent disclosure of documents to which national security privilege is claimed. The Respondent seeks the assistance of this Honourable Court to resolve an issue involving inadvertent disclosure by a Federal tribunal (the Respondent Minister) of certain documents to which the Respondent claims are subject to national security privilege.

The Respondent requests that a designated Judge of this Court sanction the direction of the Honourable Justice Hughes that the documents in question are to be sealed and filed with this Court by [counsel for Mr. Sellathurai] by September 8, 2010 by reviewing the redacted and unredacted versions of the documents. The Respondent requests an order upholding the Respondent's national security privilege claim.

The Respondent seeks an order, as necessary or required, ensuring that the Applicant seal and return to the Respondent any other paper copy of the national security privilege documents in question and destroy any electronic copy of the documents that may exist in the control and possession of the Applicant and [his counsel]. The Respondent additionally seeks an order that the Applicant and [his counsel] destroy any notes relating to the national security privilege documents in question to

des copies des documents en question expurgés de façon à supprimer ou cacher les passages litigieux;

3. Le 8 septembre 2010 ou vers cette date, le ministère de la Justice déposera une requête qui sera entendue à une date fixée par le Bureau du juge en chef et confiée à un juge désigné, si cela est nécessaire, pour obtenir de plus amples précisions sur la façon de traiter les documents en question.

15. Les trois documents remis à l'avocate de M. Sellathurai ont été déposés à la Cour et des versions expurgées de ces documents ont été transmises à l'avocate de M. Sellathurai. Le ministre a déposé un avis de requête dans le dossier IMM-152-09. La requête a été présentée par écrit en vertu de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], et était étayée par deux affidavits déposés au greffe et signifiés à l'avocate de M. Sellathurai ainsi que par un affidavit confidentiel déposé auprès de la Cour sur une base *ex parte* et qui était décrit comme « justifiant la revendication d'un privilège fondé sur la sécurité nationale ». La mesure sollicitée dans l'avis de requête était la suivante :

[TRADUCTION] LA PRÉSENTE REQUÊTE VISE À OBTENIR une injonction dans le contexte de la divulgation par inadvertance de documents dont il est allégué qu'ils bénéficient d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Le défendeur demande à la Cour son aide pour résoudre une question touchant la divulgation par inadvertance par un tribunal fédéral (le ministre défendeur) de certains documents qui bénéficient, d'après le défendeur, d'un privilège fondé sur la sécurité nationale.

Le défendeur demande qu'un juge désigné de la Cour confirme la directive de monsieur le juge Hughes selon laquelle les documents en question doivent être scellés et déposés à la Cour par [l'avocate de M. Sellathurai] avant le 8 septembre 2010 après avoir examiné les versions expurgées et non expurgées des documents. Le défendeur sollicite une ordonnance confirmant la revendication d'un privilège fondé sur la sécurité nationale.

Le défendeur sollicite une ordonnance, si cela est nécessaire ou exigé, enjoignant au demandeur de sceller et remettre au défendeur les autres copies papier des documents visés par le privilège fondé sur la sécurité nationale et de détruire toute copie électronique des documents qui pourrait se trouver sous le contrôle et en la possession du demandeur et [de son avocate]. Le défendeur sollicite également une ordonnance enjoignant au demandeur et [à son avocate] de détruire toutes

ensure that no further violation of the national security privilege occurs.

The Respondent requests such other relief as this Honourable Court sees fit. [Emphasis added.]

16. While the Minister's motion was initially brought in writing under rule 369, an oral hearing was held on October 20, 2010. On November 3, 2010, a Judge of the Federal Court (Judge) issued an order and reasons in support of the order. The reasons are cited as 2010 FC 1082, [2012] 2 F.C.R. 218. The order provided:

THE COURT ORDERS, DECLARES AND DIRECTS that:

1. the order of Justice Hughes, dated September 2, 2010, is confirmed;
2. the national security claim of privilege over those portions of the disputed documents, as asserted by the Minister, is upheld;
3. to the extent that any of the following steps have not been taken, the Court orders that:
  - the applicant seal and return to the Minister, through his counsel, any paper copy of the unredacted disputed documents;
  - the applicant destroy any electronic copy of the unredacted disputed documents in the control or possession of the applicant or his counsel; and
  - the applicant and his counsel destroy any notes in their possession or control relating to the redacted portions of the disputed documents.
4. the unredacted disputed documents, that currently are in a sealed envelope filed with the Court and that form part of this Court file, are to be returned by the registry to the Minister's counsel; and
5. no question of general importance is certified.

Mr. Sellathurai now appeals from this order.

les notes concernant les documents visés par le privilège fondé sur la sécurité nationale pour faire en sorte qu'aucune autre violation de ce privilège ne soit commise.

Le défendeur sollicite les autres mesures que la Cour estime appropriées. [Non souligné dans l'original.]

16. La requête du ministre a été présentée initialement par écrit selon la règle 369, une audience a été tenue le 20 octobre 2010. Le 3 novembre 2010, un juge de la Cour fédérale (juge) a rendu une ordonnance et des motifs à l'appui de l'ordonnance. Les motifs sont reproduits sous la référence 2010 CF 1082, [2012] 2 R.C.F. 218. L'ordonnance prévoyait ce qui suit :

LA COUR :

1. CONFIRME l'ordonnance rendue par le juge Hughes le 2 septembre 2010;
2. CONFIRME le privilège fondé sur la sécurité nationale revendiqué par le ministre sur certains passages des documents contestés;
3. ORDONNE, dans la mesure où les mesures suivantes n'ont pas encore été prises :
  - au demandeur de sceller et de retourner au ministre, par l'intermédiaire de son avocate, toute copie papier des documents contestés non expurgés;
  - au demandeur de détruire toute copie électronique des documents contestés non expurgés se trouvant sous le contrôle ou en la possession du demandeur ou de son avocate;
  - au demandeur et à son avocate de détruire les notes qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle et qui se rapportent aux passages expurgés des documents contestés.
4. ORDONNE que les documents contestés non expurgés qui se trouvent présentement dans une enveloppe scellée déposée à la Cour et qui ont été versés au dossier de la Cour soient retournés par le greffe à l'avocat du ministre;
5. DÉCLARE qu'aucune question grave de portée générale n'est certifiée.

M. Sellathurai interjette maintenant appel de cette ordonnance.

The Decision of the Federal Court

[3] The Judge framed the issues before her as follows:

1 Does the Federal Court have jurisdiction to determine this motion and grant the relief sought by the Minister pursuant to section 87 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act?

2. Should the Minister's motion to recall the disputed documents succeed?

(a) Are these documents the subject of national security privilege?

(b) Did the Minister waive national security privilege on the disputed documents?

(c) Is national security privilege an exception to the "open court principle"?

3. Should the Court designate a special advocate, pursuant to section 87.1 [as enacted *idem*] of the Act, to advance the interests of the applicant?

[4] After reviewing the relevant facts, the Judge began consideration of the first issue: did the Federal Court have jurisdiction to determine the motion pursuant to section 87 of the Act? In her view, neither party disputed the Federal Court's jurisdiction to hear the motion, so the real issue was whether it should be heard under section 87 of the Act or section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Evidence Act).

[5] The Judge recognized the importance of preventing the disclosure of sensitive materials and also recognized the Crown's interest in recalling sensitive documents that were accidentally released. The question was how accidental disclosure of such documents should

La décision de la Cour fédérale

[3] La juge a formulé comme suit les questions qui lui ont été soumises :

1. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour examiner la présente requête et accorder la mesure sollicitée par le ministre au titre de l'article 87 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi?

2. La requête présentée par le ministre en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devrait-elle être accueillie?

a) Les documents en question font-ils l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale?

b) Le ministre a-t-il renoncé au privilège fondé sur la sécurité nationale en ce qui concerne les documents contestés?

c) Le privilège fondé sur la sécurité nationale constitue-t-il une exception au « principe de la publicité des débats judiciaires »?

3. La Cour devrait-elle désigner, au titre de l'article 87.1 [édicte, *idem*] de la Loi, un avocat spécial chargé de défendre les intérêts du demandeur?

[4] Après avoir examiné les faits pertinents, la juge a analysé la première question : la Cour fédérale a-t-elle compétence pour juger la présente requête présentée au titre de l'article 87 de la Loi? À son avis, aucune partie n'a contesté la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la requête, de sorte que la véritable question en litige est celle de savoir s'il convient de l'examiner au titre de l'article 87 de la Loi ou de l'article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi sur la preuve).

[5] La juge a reconnu l'importance d'empêcher la divulgation de renseignements sensibles ainsi que l'intérêt pour la Couronne de récupérer les documents sensibles qui ont été accidentellement communiqués. La question était de savoir comment il convenait d'agir à l'égard de

be dealt with in the circumstances of this case.

[6] The Judge disagreed with Mr. Sellathurai's submission that the Federal Court was required to deal with the issue under section 38 of the Evidence Act. Where another statute provided a legislative scheme for dealing with secret documents in the context of a particular type of proceedings, that scheme took precedence. The Act provided such a scheme in the present case. If section 38 of the Evidence Act remained applicable, section 87 of the Act would be redundant. Therefore, the Judge concluded that section 87 of the Act was applicable to this case, not section 38 of the Evidence Act.

[7] The Judge then moved to consideration of section 87 of the Act. She rejected Mr. Sellathurai's argument that the Minister's motion did not form part of existing judicial review proceedings as required by the language of the provision. She reasoned, at paragraph 27, as follows:

[Mr. Sellathurai's] own action, in seeking a stay of the [Immigration Division's] hearing and an adjournment of the judicial review, has inextricably linked the ministerial relief application and the judicial review of the [Immigration Division's] interlocutory decision. As a result, there is little question in my mind that documents disclosed in the context of the ministerial relief application would have relevance to the judicial review application when, and if, it is heard. It follows that, although the disputed documents were disclosed pursuant to the ministerial relief application, this disclosure forms part of the substance of the judicial review motion that currently stands adjourned *sine die*.

[8] She also reasoned [at paragraphs 28–29] that even if the disputed documents did not fall within the adjourned judicial review the result would be the same, because the documents had been disclosed pursuant to a matter within the Act, that is, the subsection 34(2) application for ministerial relief. From there, rule 4 of the *Federal Courts Rules* would “bridge the gap”, and allow the Court to adopt, by analogy, the section 87 procedure. “In summary, I find that the Federal Court has jurisdiction to consider this motion either directly or by analogy pursuant to section 87 of IRPA.”

la divulgation accidentelle de ce genre de documents, eu égard aux circonstances de l'affaire.

[6] La juge a écarté l'argument de M. Sellathurai selon lequel la Cour fédérale était tenue d'abord cette question sous le régime de l'article 38 de la Loi sur la preuve. Lorsqu'une autre loi prévoit un régime législatif applicable aux documents secrets dans le contexte d'un type d'instance particulier, c'est ce régime qui prévaut. Or la Loi prévoit un tel régime dans la présente affaire. Si l'article 38 de la Loi sur la preuve était applicable, l'article 87 de la Loi serait alors redondant. C'est pourquoi la juge a conclu que l'article 87 de la Loi était applicable à cette affaire, et non pas l'article 38 de la Loi sur la preuve.

[7] La juge a alors passé à l'examen de l'article 87 de la Loi. Elle a écarté l'argument de M. Sellathurai selon lequel la requête du ministre ne faisait pas partie d'une instance de contrôle judiciaire en cours, comme l'exigent les termes de cette disposition. Elle a exposé ainsi son raisonnement, au paragraphe 27 :

Par ses propres actes, [M. Sellathurai] a, en sollicitant la suspension de l'audience de la [Section de l'immigration] et l'ajournement de l'instance en contrôle judiciaire, inextricablement lié la demande de dispense ministérielle au contrôle judiciaire de la décision interlocutoire de la [Section de l'immigration]. En conséquence, il n'y a guère de doute dans mon esprit que les documents divulgués dans le contexte de la demande de dispense ministérielle se rapporteront à la demande de contrôle judiciaire lorsqu'elle sera entendue, en supposant qu'elle le soit. Il s'ensuit que, bien que les documents contestés aient été divulgués en réponse à la demande de dispense ministérielle, cette divulgation fait partie de l'essence même de la demande de contrôle judiciaire qui a été ajournée *sine die*.

[8] Elle a également estimé [aux paragraphes 28 et 29] que, même si les documents contestés n'entraient pas directement dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire qui était ajournée, le résultat serait le même puisque les documents avaient été divulgués relativement à une question relevant de la Loi, à savoir la demande de dispense ministérielle présentée au titre du paragraphe 34(2). Par conséquent, la règle 4 des *Règles des Cours fédérales* « combler[ait] la lacune » et permettrait à la Cour d'adopter, par analogie, la procédure de l'article 87. « En résumé, je conclus que la Cour fédérale



[9] The Judge then turned to consider the next issue: should the Court allow the Minister's motion for the return of the documents? After a review of the documents and the confidential affidavit, she concluded that the information contained in the original disclosure but redacted in the documents later provided pursuant to Justice Hughes' direction was subject to national security privilege. She also concluded that the disclosure did not constitute waiver of the privilege, since the disclosure had been accidental. The mistaken disclosure had not reduced the national interest in preventing dissemination of the information.

[10] The Judge then considered the final issue: should the Court appoint a special advocate to advance Mr. Sellathurai's interests? The Judge applied the factors previously applied to applications for the appointment of a special advocate made in the course of an application under section 87 of the Act as articulated in *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, at paragraphs 43 to 56. While section 87.1 of the Act would allow the Court to appoint a special advocate, the Judge decided against this, for several reasons:

- She had already concluded that disclosure of the documents would be injurious to national security;
- A judicial review of a denial of ministerial relief under subsection 34(2) differs from a judicial determination concerning the reasonableness of a security certificate and a judicial review of the detention of a person subject to a security certificate;
- The Minister had not yet determined whether to grant relief to Mr. Sellathurai, the information was minimal and it was uncertain whether the Minister would rely on the information he sought to protect; and

a compétence pour juger la présente requête, directement ou par analogie, en vertu de l'article 87 de la LIPR. »

[9] La juge a alors examiné la question suivante : la Cour devrait-elle accueillir la requête du ministre en restitution des documents? Après avoir examiné les documents et l'affidavit confidentiel, elle a conclu que les renseignements contenus dans la divulgation initiale, mais expurgés dans les documents fournis par la suite conformément à la directive du juge Hughes, étaient visés par le privilège fondé sur la sécurité nationale. Elle a également conclu que la divulgation n'emportait pas renonciation au privilège, étant donné que cette divulgation avait été accidentelle. La divulgation commise par erreur n'a pas fait disparaître l'intérêt national qu'il y avait à empêcher la diffusion de ces renseignements.

[10] La juge a ensuite examiné la dernière question : la Cour devrait-elle nommer un avocat spécial pour défendre les intérêts de M. Sellathurai? La juge a appliqué les facteurs utilisés précédemment dans les demandes de nomination d'un avocat spécial faites dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 87 de la Loi, tels qu'exposés dans la décision *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423, aux paragraphes 43 à 56. L'article 87.1 de la Loi habilite la Cour à nommer un avocat spécial, mais la juge a décidé de ne pas le faire pour plusieurs raisons :

- elle avait déjà conclu que la divulgation des documents portait atteinte à la sécurité nationale;
- le contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser d'accorder la dispense prévue au paragraphe 34(2) diffère de la décision judiciaire concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité et du contrôle judiciaire de la décision de détenir une personne visée par un certificat de sécurité;
- le ministre n'avait pas encore décidé s'il y avait lieu d'accorder une dispense à M. Sellathurai, les renseignements étaient peu nombreux et on ne savait pas si le ministre se servirait des renseignements qu'il souhaitait protéger;

• Mr. Sellathurai was not facing imminent removal, and was not being detained.

[11] Finally, at paragraphs 54 to 56 the Judge gave brief consideration to whether she should certify a question. Mr. Sellathurai’s counsel had made her submissions on this issue three days after the deadline set by the Judge, and concluded her submissions with “[s]o at this point there are no issues for which certification is being sought”. The Judge found the Minister’s submissions to be vague. In the end, the Judge decided not to certify a question, “[g]iven the unique circumstances that arise on this motion”.

[12] As set out above, the Judge ordered that Mr. Sellathurai seal and return any paper copy of the unredacted documents, destroy any electronic copy in his control or possession (or the control or possession of his counsel), and destroy any notes relating to the redacted portions of the documents. The copies of the documents in the Court’s possession were to be returned to the Minister’s counsel.

### The Issues

[13] In my view, the issues to be decided on this appeal are:

1. Does this Court have jurisdiction to hear this appeal?
2. What is the standard of review to be applied to the remaining issues?
3. Did the Judge err by concluding that the Federal Court had jurisdiction to consider the motion either directly or by analogy under section 87 of the Act?
4. If the Federal Court erred by applying section 87 of the Act, what was the proper procedure to follow?
5. Did the Federal Court err in concluding that the inadvertently disclosed documents could be returned to the Minister?

• M. Sellathurai n’était pas exposé à un renvoi imminent et n’était pas détenu.

[11] Enfin, aux paragraphes 54 à 56, la juge a considéré brièvement l’opportunité de certifier une question. L’avocate de M. Sellathurai a présenté ses observations sur cette question trois jours après le délai fixé par la juge, et a terminé en disant : [TRADUCTION] « Il n’y a donc pour le moment aucune question dont la certification est demandée ». La juge a par ailleurs estimé que les observations du ministre étaient vagues. Finalement, la juge n’a pas certifié de question, « [c]ompte tenu des circonstances particulières de la présente requête ».

[12] Tel qu’exposé ci-dessus, la juge a ordonné que M. Sellathurai scelle et retourne les copies papier des documents non expurgés, détruise toutes copies électroniques se trouvant sous son contrôle ou en sa possession (ou sous le contrôle ou en la possession de son avocate) et détruise les notes concernant les parties expurgées des documents. Les copies des documents en la possession de la Cour devaient être remises à l’avocat du ministre.

### Les questions en litige

[13] Voici les questions qu’il y a lieu, à mon avis, de trancher dans le cadre du présent appel :

1. La Cour a-t-elle compétence pour statuer sur le présent appel?
2. Quelle est la norme de contrôle applicable aux autres questions en litige?
3. La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que la Cour fédérale avait compétence pour examiner la requête, soit directement soit par analogie, au titre de l’article 87 de la Loi?
4. Si la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant l’article 87 de la Loi, quelle était la procédure à suivre?
5. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que les documents divulgués par inadvertance pouvaient être remis au ministre?

6. Did the Federal Court err in law by applying the jurisprudence relevant to the appointment of a special advocate under sections 87 and 87.1 of the Act, or by failing to consider whether it was procedurally fair to limit Mr. Sellathurai to responding to the redacted version of the documents when making submissions to the Court and the Minister?

### Consideration of the Issues

1. Does this Court have jurisdiction to hear this appeal?

[14] The respondent submits that the Judge correctly determined that the Federal Court possessed jurisdiction under the Act to order the return of the inadvertently disclosed documents. It follows, the respondent says, that because the Judge did not certify a question this appeal should be quashed on the ground this Court lacks jurisdiction to hear the appeal. In the alternative, the respondent says that if this Court finds that the Judge possessed the jurisdiction to protect the disclosed documents in the manner she did, in the absence of the certified question this Court lacks jurisdiction to consider “any ancillary issues raised by the Appellant regarding how the Applications Judge exercised her jurisdiction” (paragraph 31, respondent’s factum).

[15] It is uncontroversial that, as a matter of general principle, the Act prohibits appeals from interlocutory decisions of the Federal Court (paragraph 72(2)(e) of the Act). The Act also prohibits appeals from final decisions of the Federal Court, unless in rendering judgment a judge of the Federal Court certifies that a serious question of general importance is involved and states that question (paragraph 74(d) of the Act). That said, the jurisprudence of this Court is well settled that these preclusive clauses are not to be interpreted literally. This Court can hear an appeal where it is alleged that the Federal Court judge committed a jurisdictional error: *Horne v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 337, 414 N.R. 97, at paragraph 4, citing *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, at paragraph 17, and

6. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur de droit en appliquant la jurisprudence relative à la nomination d’un avocat spécial suivant les articles 87 et 87.1 de la Loi, ou en omettant d’examiner s’il était conforme à l’équité procédurale d’obliger M. Sellathurai à préparer sa réponse uniquement à partir de la version expurgée des documents lorsqu’il présentera ses observations à la Cour et au ministre?

### Examen des questions en litige

1. La Cour a-t-elle compétence pour statuer sur le présent appel?

[14] L’intimé soutient que la juge a jugé avec raison que la Cour fédérale avait compétence en vertu de la Loi pour ordonner la remise des documents divulgués par inadvertance. Il s’ensuit, affirme l’intimé, qu’étant donné que la juge n’a pas certifié de question, le présent appel devrait être rejeté pour le motif que la Cour n’a pas compétence pour statuer sur l’appel. À titre subsidiaire, l’intimé affirme que, si la Cour estime que la juge avait compétence pour protéger les documents divulgués comme elle l’a fait, en l’absence de question certifiée, la Cour n’a pas compétence pour examiner [TRADUCTION] « les questions connexes soulevées par l’appelant concernant la façon dont la juge des demandes a exercé sa compétence » (paragraphe 31, mémoire de l’intimé).

[15] Il est incontesté que, d’une façon générale, la Loi interdit les appels contre les décisions interlocutoires de la Cour fédérale (alinéa 72(2)e) de la Loi). La Loi interdit également les appels des décisions définitives de la Cour fédérale, à moins qu’au moment où il prononce le jugement, le juge de la Cour fédérale certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci (alinéa 74d) de la Loi). Cela dit, il est bien établi, selon la jurisprudence de la Cour, que ces clauses limitatives ne doivent pas recevoir une interprétation littérale. La Cour peut statuer sur un appel lorsqu’il est allégué que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur de compétence : *Horne c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 337, au paragraphe 4, citant l’arrêt *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3

*Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 7421, 235 N.R. 305 (F.C.A.).

[16] In my view, this appeal does raise a jurisdictional question. There is real uncertainty about whether the Federal Court had jurisdiction to deal with the inadvertent disclosure of documents in the course of events leading to a decision under subsection 34(2) of the Act. Central to this appeal is whether the Act, the Evidence Act or neither gave jurisdiction to the Federal Court to deal with the Minister's inadvertent disclosure. Until it is decided whether the Federal Court possessed the jurisdiction to deal with this matter, its jurisdiction has not been established and this appeal should proceed.

2. What is the standard of review to be applied to the remaining issues?

[17] This is not an appeal from an application for judicial review. Therefore, the standard of review is that set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Questions of law must be determined on a correctness standard. Questions of fact or mixed fact and law are reviewed on the standard of palpable and overriding error.

[18] Issues 3, 4 and 6, listed at paragraph 13 above, raise questions of law and so the Judge's decision on these issues is reviewable on the standard of correctness. Issue 5 required the Judge to make findings of mixed fact and law. Ultimately, however, the Judge granted injunctive relief by ordering that the three documents be returned to the Minister. Injunctive relief is discretionary. A discretionary order made by a judge will not be interfered with on appeal unless:

... the appellate court clearly determines that the lower court judge has given insufficient weight to relevant factors or proceeded on a wrong principle of law: *Elders Grain Co. v. Ralph*

R.C.F. 255, au paragraphe 17, et l'arrêt *Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7421 (C.A.F.).

[16] À mon avis, le présent appel soulève effectivement une question de compétence. Il existe une incertitude réelle sur la question de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour statuer sur la question de la divulgation accidentelle des documents au cours d'événements débouchant sur une décision au titre du paragraphe 34(2) de la Loi. La question centrale dans le présent appel commande de déterminer si la Loi, la Loi sur la preuve ou ni l'une ni l'autre ne donne compétence à la Cour fédérale pour examiner la divulgation accidentelle de documents par le ministre. Tant qu'il n'a pas été statué sur la compétence de la Cour fédérale à cet égard, sa compétence n'a pas été établie et le présent appel doit donc être entendu.

2. Quelle est la norme de contrôle applicable aux autres questions en litige?

[17] Il ne s'agit pas de l'appel d'une demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, la norme de contrôle est celle qui est énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les questions de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte. Les questions de fait ou mixtes de fait et de droit sont examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[18] Les questions 3, 4 et 6, énoncées au paragraphe 13 ci-dessus, soulèvent des questions de droit de sorte que les décisions afférentes de la juge doivent être examinées selon la norme de la décision correcte. La question 5 exigeait que la juge tire des conclusions mixtes de fait et de droit. En fin de compte, toutefois, la juge a accordé une injonction en ordonnant que les trois documents soient remis au ministre. L'injonction est une réparation de nature discrétionnaire. L'ordonnance discrétionnaire rendue par un juge ne peut être modifiée en appel que dans le cas suivant :

[...] si elle [la Cour d'appel] conclut clairement que le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à des facteurs pertinents ou s'est fondé sur un mauvais principe

*Misener (The)*, 2005 FCA 139 at paragraph 13. This Court may also overturn a discretionary decision of a lower court where it is satisfied that the judge has seriously misapprehended the facts, or where an obvious injustice would otherwise result: *Mayne Pharma (Canada) Inc. v. Aventis Pharma Inc.*, 2005 FCA 50, 38 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 1 at paragraph 9.

See: *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, 76 Admin. L.R. (4<sup>th</sup>) 20, at paragraph 15.

3. Did the Judge err by concluding that the Federal Court had jurisdiction to consider the motion either directly or by analogy under section 87 of the Act?

[19] As explained above, the Judge concluded that section 38 of the Evidence Act did not apply. Instead, because she viewed the disclosure to form part of the substance of the adjourned judicial review of the decision of the Immigration Division not to adjourn the admissibility hearing, she viewed section 87 of the Act to be applicable. Alternatively, if the disclosure did not fall within the adjourned application for judicial review, the Judge decided that the documents had been disclosed pursuant to a matter within the Act and rule 4 of the *Federal Courts Rules* would “bridge the gap” and allow the Court to adopt, by analogy, the section 87 procedure.

[20] For the reasons that follow, I am of the view that the Judge was correct to reject the application of section 38 of the Evidence Act and to find that the Federal Court had jurisdiction. However, I respectfully disagree that the source of the Court’s jurisdiction was section 87 of the Act. In my view, as explained below, the Court’s jurisdiction was founded upon section 44 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 41] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] and the Federal Court’s plenary jurisdiction over disclosure in immigration matters.

[21] Turning first to the potential application of section 38 of the Evidence Act, section 38 is set out in the appendix to these reasons. Generally, it provides a

de droit : *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (The)*, 2005 CAF 139, au paragraphe 13. Notre Cour peut aussi annuler la décision discrétionnaire de l’instance inférieure lorsqu’elle est convaincue que le juge a mal apprécié les faits, ou encore qu’une injustice évidente serait autrement causée : *Mayne Pharma (Canada) Inc. c. Aventis Pharma Inc.*, 2005 CAF 50, 38 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 1, au paragraphe 9.

Voir : *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2007 CAF 374, au paragraphe 15.

3. La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que la Cour fédérale avait compétence pour examiner la requête, soit directement soit par analogie, au titre de l’article 87 de la Loi?

[19] Comme cela a été expliqué ci-dessus, la juge a conclu que l’article 38 de la Loi sur la preuve ne s’appliquait pas. Elle a par contre considéré que la divulgation touchait à l’essence même de la demande de contrôle judiciaire ajournée visant le refus de la Section de l’immigration d’ajourner l’enquête. Elle a donc estimé que l’article 87 de la Loi était applicable. À titre subsidiaire, si la divulgation ne pouvait être examinée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire ajournée, la juge a décidé que les documents avaient été divulgués dans une affaire relevant de la Loi et que la règle 4 des *Règles des Cours fédérales* « comblait la lacune » et autorisait la Cour à adopter, par analogie, la procédure de l’article 87.

[20] Pour les motifs qui suivent, j’estime que la juge a décidé avec raison que l’article 38 de la Loi sur la preuve ne s’appliquait pas dans cette affaire et que la Cour fédérale avait compétence. Je ne souscris pas toutefois à l’affirmation selon laquelle la source de la compétence de la Cour était l’article 87 de la Loi. À mon avis, comme cela est expliqué ci-dessous, la compétence de la Cour repose sur l’article 44 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 41] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et sur la compétence plénière qu’exerce la Cour fédérale en matière de divulgation dans les affaires d’immigration.

[21] Je vais commencer par examiner la possibilité d’appliquer l’article 38 de la Loi sur la preuve, reproduit à l’annexe aux présents motifs. D’une façon générale,

mechanism for the protection of information where in a proceeding a person is required to disclose, or expects to disclose or cause to be disclosed, sensitive or potentially injurious information (subsection 38.01(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43]) or believes that such information is about to be disclosed (subsections 38.01(2) [as enacted *idem*] and (4) [as enacted *idem*]) or may be disclosed (subsection 38.01(3) [as enacted *idem*]). In such circumstances, where proper notification has been given to the Attorney General of Canada, the Attorney General may apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

[22] However, just as section 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)] of the Evidence Act has no application after the disclosure of sensitive information (*Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraph 26), in my view, section 38 has no application as a mechanism to retrieve information already disclosed. Nothing in the language of section 38 speaks to its application after disclosure has been made. It is confined by its language to the future disclosure of sensitive or potentially injurious information.

[23] As to the potential application of section 87 of the Act, the section provides that:

Application  
for  
non-disclosure  
— judicial  
review

**87.** The Minister may, during a judicial review, apply for the non-disclosure of information or other evidence. Section 83 — other than the obligations to appoint a special advocate and to provide a summary — applies to the proceeding with any necessary modifications.

[24] The ordinary meaning of this text is that section 87 applies only during an application for judicial review when the Minister may apply for leave not to disclose information that, but for the granting of leave, would be producible (generally as part of the certified tribunal record). Thus, on its plain language, section 87 applies to prevent disclosure. It is not intended to apply as a

cette disposition prévoit un mécanisme pour la protection des renseignements lorsque, dans le cadre d'une instance, une personne est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont elle croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables (paragraphe 38.01(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43]) ou qui croit que de tels renseignements sont sur le point d'être divulgués (paragraphe 38.01(2) [édicte, *idem*] et (4) [édicte, *idem*]) ou peuvent l'être (paragraphe 38.01(3) [édicte, *idem*]). Dans de telles circonstances, une fois avisé de la façon appropriée, le procureur général du Canada peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance au sujet de la divulgation des renseignements faisant l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

[22] Cependant, tout comme l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5(F)] de la Loi sur la preuve ne peut s'appliquer après la divulgation de renseignements sensibles (*Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 26), j'estime que l'article 38 ne peut s'appliquer comme mécanisme permettant de récupérer des renseignements déjà divulgués. Rien dans le texte de l'article 38 ne parle de son application après la divulgation des renseignements. Son libellé en limite en effet la portée à la divulgation future de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.

[23] Pour ce qui est de la possibilité d'appliquer l'article 87 de la Loi, cet article dispose :

**87.** Le ministre peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, demander l'interdiction de la divulgation de renseignements et autres éléments de preuve. L'article 83 s'applique à l'instance, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l'obligation de nommer un avocat spécial et de fournir un résumé.

Interdiction  
de  
divulgarion  
— contrôle  
judiciaire

[24] Selon le sens ordinaire de ce texte, l'article 87 s'applique uniquement dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire lorsque le ministre peut demander l'autorisation de ne pas divulguer des renseignements qui, si ce n'était de cette autorisation, devraient être produits (généralement parce qu'ils font partie du dossier certifié du tribunal). Ainsi, selon son sens courant,

mechanism to retrieve information after disclosure has been made.

[25] Moreover, with respect to the requirement that there be a pending application for judicial review, it is common ground that no application for judicial review had been brought with respect to the pending application for ministerial relief made under subsection 34(2) of the Act. The Judge found, however, that by obtaining a stay of the admissibility hearing and an adjournment of the application for judicial review of the Immigration Division's decision not to adjourn the admissibility hearing, Mr. Sellathurai had "inextricably linked" the subsection 34(2) application and the application for judicial review. Thus, in her view, section 87 of the Act became applicable.

[26] I again respectfully disagree. As explained above, section 87 applies to the anticipated disclosure of information relevant to a pending application for judicial review. The language of the French version of section 87 is express that the application for the non-disclosure of information or other evidence may be made "dans le cadre d'un contrôle judiciaire".

[27] In the present case, what was relevant to the pending application for judicial review was information or evidence about the propriety of the refusal of the Immigration Division to grant a further adjournment. The information at issue which was inadvertently disclosed is information relevant to whether Mr. Sellathurai was inadmissible. Therefore, it is not clear that the information at issue is relevant to the pending application for judicial review. More to the point, there is no evidence that the information inadvertently disclosed in the ministerial relief application formed part of the record before the Immigration Division so as to be producible in the judicial review of the decision refusing an adjournment.

[28] Section 87 applies only to protect information that is producible in a pending application for judicial

l'article 87 a pour objet d'empêcher la divulgation de ces renseignements. Il ne vise pas à créer un mécanisme permettant la récupération des renseignements une fois ceux-ci divulgués.

[25] En outre, pour ce qui est de l'exigence selon laquelle il doit y avoir une demande de contrôle judiciaire pendante, il est incontesté qu'aucune demande de contrôle judiciaire n'a été déposée au sujet de la demande de dispense ministérielle pendante au titre du paragraphe 34(2) de la Loi. La juge a toutefois estimé qu'en obtenant le sursis de l'enquête et l'ajournement de la demande de contrôle judiciaire visant le refus de la Section de l'immigration d'ajourner l'enquête, M. Sellathurai avait « inextricablement lié » la demande du paragraphe 34(2) à la demande de contrôle judiciaire. C'est la raison pour laquelle elle a estimé que l'article 87 de la Loi trouvait application.

[26] Encore une fois, je ne peux souscrire à ce raisonnement. Comme cela a été expliqué ci-dessus, l'article 87 s'applique à la divulgation prévue de renseignements se rapportant à une demande de contrôle judiciaire pendante. Le libellé de la version française de l'article 87 dit expressément que la demande de non-divulgation des renseignements ou d'autres preuves peut être faite « dans le cadre d'un contrôle judiciaire ».

[27] En l'espèce, ce qui se rapportait à la demande de contrôle judiciaire pendante était les renseignements ou les preuves au sujet du bien-fondé du refus de la Section de l'immigration d'accorder un autre ajournement. Les renseignements en question qui ont été divulgués par inadvertance sont des renseignements qui se rapportent à la question de savoir si M. Sellathurai était interdit de territoire. Il n'est donc pas certain que les renseignements en cause se rapportent à la demande de contrôle judiciaire pendante. Plus précisément, rien dans la preuve n'indique que les renseignements divulgués par inadvertance dans le cadre de la demande de dispense ministérielle faisaient partie du dossier soumis à la Section de l'immigration et étaient donc susceptibles d'être produits dans le cadre du contrôle judiciaire du refus de l'ajournement.

[28] L'article 87 vise uniquement à protéger les renseignements susceptibles d'être produits dans une

review. The linkage to a future, perhaps related, judicial review is insufficient to make section 87 applicable to documents or information not otherwise producible in the pending application for judicial review.

[29] Before leaving section 87, brief mention should be made of rule 4 of the *Federal Courts Rules*, known as the gap rule. Rule 4 states:

Matters not provided for

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

[30] Rule 4 exists to ensure that there are no gaps of a procedural nature. Thus, in cases such as *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300, rule 4 has been applied in order to fill a lacuna in the Rules for dealing with sensitive information. However, in those cases there was no doubt that the proceedings were properly commenced in the Federal Court and that it possessed jurisdiction (see *Mohammed*, at paragraphs 18 to 20). What was missing was a procedural mechanism for the protection of sensitive information within the proceeding. Where, however, as in this case the jurisdiction of the Federal Court is in doubt, rule 4 cannot be relied upon to confer substantive jurisdiction on the Federal Court.

[31] Having considered section 38 of the Evidence Act and section 87 of the Act, I now turn to section 44 of the *Federal Courts Act*. The section states:

*Mandamus*, injunction, specific performance or appointment of receiver

44. In addition to any other relief that the Federal Court of Appeal or the Federal Court may grant or award, a *mandamus*, an injunction or an order for specific performance may be granted or a receiver appointed by that court in all cases in which it appears to the court to be

demande de contrôle judiciaire pendante. Son lien avec un contrôle judiciaire futur, et peut-être connexe, n'est pas suffisant pour rendre l'article 87 applicable aux documents ou aux renseignements qui ne pourraient être autrement produits dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire pendante.

[29] Avant d'en terminer avec l'article 87, il convient de mentionner brièvement la règle 4 des *Règles des Cours fédérales*, la règle dite des « lacunes ». La règle 4 dispose :

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

Interdiction de divulgation — contrôle judiciaire

[30] La raison d'être de la règle 4 est de veiller à ce qu'il n'existe pas de lacunes sur le plan de la procédure. Ainsi, dans les affaires comme la décision *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300, la règle 4 a été appliquée pour combler une lacune dans les Règles en ce qui concerne le traitement des renseignements sensibles. Toutefois, dans ces affaires, il était manifeste que l'instance avait été correctement introduite devant la Cour fédérale et que celle-ci avait compétence (voir *Mohammed*, aux paragraphes 18 à 20). Ce qui manquait, c'était un mécanisme procédural permettant de protéger les renseignements sensibles dans le cadre de l'instance. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, la compétence de la Cour fédérale est mise en doute, il est impossible de se fonder sur la règle 4 pour lui attribuer une compétence matérielle.

[31] Après avoir examiné l'article 38 de la Loi sur la preuve et l'article 87 de la Loi, j'en arrive maintenant à l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Cet article énonce :

44. Indépendamment de toute autre forme de réparation qu'elle peut accorder, la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale, ou nommer

*Mandamus*, injonction, exécution intégrale ou nomination d'un séquestre



just or convenient to do so. The order may be made either unconditionally or on any terms and conditions that the court considers just. [Emphasis added.]

[32] In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, the Supreme Court considered the ambit of this provision. The majority of the Court observed [at paragraph 33] that by virtue of sections 3 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 16], 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of what is now the *Federal Courts Act*, the Federal Court was made “a court of review and of appeal which stands at the apex of all the administrative decision-makers on whom power has been granted by individual Acts of Parliament.” At paragraph 36, Justice Bastarache wrote for the majority:

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human Rights Act*, Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction. [Emphasis added.]

[33] The majority of the Court concluded that when the then *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, were read together, it was intended that section 44 of the *Federal Courts Act* conferred jurisdiction on the Federal Court to grant an interlocutory injunction enjoining a party to proceedings before the Human Rights Tribunal from making available messages likely to expose persons to hatred or contempt on the basis of any prohibited ground of discrimination.

un séquestre, soit sans condition, soit selon les modalités qu’elle juge équitables. [Non souligné dans l’original.]

[32] Dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, la Cour suprême a examiné la portée de cette disposition. Les juges formant la majorité ont fait remarquer [au paragraphe 33] qu’en vertu des articles 3 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art.16], 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de ce qui est actuellement la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale est devenue « un tribunal de révision et d’appel siégeant au sommet de l’ensemble des décideurs administratifs qui exercent des pouvoirs conférés par différentes lois fédérales ». Au paragraphe 36, le juge Bastarache a écrit au nom de la Cour à la majorité :

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois fédérales, dans le présent cas la *Loi sur les droits de la personne*, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu’il s’agit d’une question relevant clairement de son rôle de surveillance d’un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l’issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence. [Non souligné dans l’original.]

[33] La Cour à la majorité a conclu que, lorsque l’on combine ce qui était alors la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, on constate que l’article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* vise à attribuer à la Cour fédérale le pouvoir d’accorder une injonction interlocutoire interdisant à une partie à une instance devant le Tribunal des droits de la personne de diffuser des messages susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris des personnes, sur la base d’un motif de distinction illicite.

[34] In the present case, in addition to sections 3, 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, subsection 72(1) of the Act confers a broad supervisory jurisdiction upon the Federal Court with respect to matters arising under the Act. In the words of subsection 72(1):

Application  
for judicial  
review

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

[35] The disclosure of information to an applicant for ministerial relief that is required by the principles of procedural fairness, and the control over such disclosure, are clearly related to the jurisdiction of the Federal Court to supervise the exercise of ministerial discretion to grant or withhold relief under subsection 34(2) of the Act. It follows, as in *Liberty Net*, that the Federal Court has plenary jurisdiction over the disclosure process.

[36] In *Liberty Net*, the majority went on to note the requirement that there be “valid federal law which nourishes the statutory grant of jurisdiction” and that the “dispute over which jurisdiction is sought must rely principally and essentially on federal law” (paragraph 43).

[37] In the present case, this requirement is met in the body of law relating to national security privilege and public interest immunity, as evidenced in section 38 of the Evidence Act, those provisions of the Act relating to the protection of information where disclosure would be injurious to national security or the safety of any person and the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5.

[38] To conclude, I find that the Federal Court had plenary jurisdiction to hear and adjudicate upon the Minister’s motion for injunctive relief. The source of the jurisdiction was section 44 of the *Federal Courts Act* and the Federal Court’s plenary jurisdiction over

[34] En l’espèce, outre les articles 3, 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le paragraphe 72(1) de la Loi confère un large pouvoir de surveillance à la Cour fédérale au sujet des questions découlant de la Loi. Selon les termes du paragraphe 72(1) :

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d’une demande d’autorisation.

Demande  
d’autorisation

[35] La divulgation de renseignements à l’auteur d’une demande de dispense ministérielle qu’exigent les principes de l’équité procédurale, et le contrôle de cette divulgation, sont manifestement reliés à la compétence de la Cour fédérale de surveiller l’exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel d’accorder ou de refuser une dispense au titre du paragraphe 34(2) de la Loi. Il s’ensuit, comme dans l’arrêt *Liberty Net*, que la Cour fédérale a plénitude de compétence sur le processus de divulgation.

[36] Dans l’arrêt *Liberty Net*, les juges majoritaires ont poursuivi en faisant remarquer qu’il doit exister « un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l’attribution législative de compétence » et que « le différend à l’égard duquel on plaide l’existence d’une compétence doit être principalement et essentiellement fondé sur des règles de droit fédérales » (paragraphe 43).

[37] En l’espèce, cette exigence est remplie par l’existence d’un ensemble de règles de droit relatives au privilège fondé sur la sécurité nationale et à l’immunité fondée sur l’intérêt public, comme le montrent l’article 38 de la Loi sur la preuve, les dispositions de la Loi concernant la protection des renseignements dans le cas où la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui et la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. (1985), ch. O-5.

[38] Pour conclure, j’estime que la Cour fédérale avait plénitude de compétence pour entendre et trancher la requête en injonction du ministre. La source de cette compétence était l’article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* et la compétence plénière de la Cour fédérale

disclosure in immigration matters. Because the Federal Court's power to order the return of the documents derived from section 44 of the *Federal Courts Act*, the preclusive provisions of paragraphs 72(2)(e) and 74(d) of the Act do not apply. There was, therefore, no requirement that a question be certified in order for this appeal to be properly brought and so this Court may consider the issues raised by the appellant in this case.

4. If the Federal Court erred by applying section 87 of the Act, what was the proper procedure to follow?

[39] Because the Federal Court's jurisdiction was not based directly or indirectly upon section 87 of the Act, it possessed jurisdiction whether or not any related application for judicial review happened to be pending before the Federal Court. Irrespective of whether related proceedings were already in existence, in my view the proper procedure to be followed was that followed by the applicant in *Liberty Net*. What is now known as a notice of application should have been filed seeking injunctive relief, and the application should have been supported by appropriate affidavit evidence.

[40] In the present case, the Minister moved by way of notice of motion filed within the pending application for judicial review of the decision of the Immigration Division. In my view, this was not fatal to the present application. The notice of motion fully disclosed the grounds relied upon by the Minister and referred to section 44 of the *Federal Courts Act*. The motion was supported by appropriate affidavit evidence. The failure to comply with the *Federal Courts Rules* does not render a proceeding, or a step in the proceeding, void (rule 56).

5. Did the Federal Court err in concluding that the inadvertently disclosed documents could be returned to the Minister?

[41] The Minister's motion sought injunctive relief, primarily the return of the three documents released to

en matière de divulgation dans les affaires d'immigration. Étant donné que le pouvoir qu'a la Cour fédérale d'ordonner la remise des documents découle de l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*, les dispositions limitatives des alinéas 72(2)e) et 74d) de la Loi ne s'appliquent pas. Il n'était donc pas nécessaire qu'une question soit certifiée pour que le présent appel soit correctement introduit et pour que la Cour puisse examiner les questions soulevées par l'appelant dans la présente affaire.

4. Si la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant l'article 87 de la Loi, quelle était la procédure à suivre?

[39] Étant donné que la compétence de la Cour fédérale n'était pas fondée directement ou indirectement sur l'article 87 de la Loi, elle possédait cette compétence qu'une demande de contrôle judiciaire connexe ait été pendante ou non devant la Cour fédérale. Que des instances connexes aient déjà été introduites ou non, j'estime que la procédure appropriée à suivre était celle qui a été suivie par le demandeur dans l'arrêt *Liberty Net*. Ce que l'on appelle maintenant un avis de demande aurait dû être déposé pour demander une injonction et la demande aurait dû être étayée par des preuves par affidavit appropriées.

[40] En l'espèce, le ministre a procédé par avis de requête déposé dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire pendante concernant la décision de la Section de l'immigration. À mon avis, cette façon de faire n'était pas fatale à la présente demande. L'avis de requête divulguait tous les motifs invoqués par le ministre et renvoyait à l'article 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La requête était appuyée par des preuves par affidavit appropriées. L'inobservation des *Règles des Cours fédérales* n'entache pas de nullité l'instance ou une mesure prise dans l'instance (règle 56).

5. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les documents divulgués par inadvertance pouvaient être remis au ministre?

[41] Le ministre sollicitait, dans sa requête une injonction, principalement la remise des trois documents

Mr. Sellathurai that were said to contain information that was subject to national security privilege. Ancillary relief was sought in the form of an order that any copies of the three documents, and any notes related to the content of the privileged information, be destroyed. Mr. Sellathurai's counsel has advised that no copies were made and there is no suggestion that any notes were made about the content of the documents. Accordingly, on this appeal the challenge is made only to the Judge's order that the documents be returned to the Minister. Mr. Sellathurai argues that there is no statutory provision which would allow the Court to order the recall of documents previously disclosed.

[42] For the above reasons, I am satisfied that the Federal Court possessed jurisdiction to grant injunctive relief mandating the return of the three documents. The question then becomes whether the Judge erred in the exercise of her discretion by ordering the return of the three documents.

[43] Based on my review of the motion records, Mr. Sellathurai did not seriously dispute in the Federal Court the Minister's claim that a portion of the information contained in the three documents was information that was subject to national security privilege. Nor did he seriously dispute that the information had been disclosed inadvertently.

[44] In this Court, Mr. Sellathurai's counsel candidly acknowledged that at least some of the content of the three documents is information that is subject to national security privilege. I have read the documents and agree with that characterization. Further, based upon the content of the documents, I accept without reservation the evidence of the Minister that the disclosure was inadvertent.

[45] The Judge concluded on the evidence before her that the claim to national security privilege over portions of the three documents was not waived by their inadvertent disclosure. That conclusion was not challenged on appeal.

communiqués à M. Sellathurai qui contenaient apparemment des renseignements visés par un privilège fondé sur la sécurité nationale. Le ministre sollicitait également une mesure connexe, à savoir la destruction de toutes copies des trois documents ainsi que des notes concernant le contenu des renseignements privilégiés. L'avocate de M. Sellathurai a fait savoir qu'elle n'avait pas fait de copies de ces documents et rien n'indique que des notes aient été prises au sujet du contenu des documents. Par conséquent, dans le cadre du présent appel, la contestation porte uniquement sur l'ordonnance de remise des documents au ministre. M. Sellathurai soutient qu'il n'existe pas de disposition législative autorisant la Cour à ordonner le rappel de documents déjà divulgués.

[42] Pour les motifs ci-dessus, j'estime que la Cour fédérale avait compétence pour accorder une injonction ordonnant la remise des trois documents. Il s'agit maintenant de savoir si la juge a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a ainsi ordonné la remise des trois documents.

[43] Après examen des dossiers de requête, j'estime que M. Sellathurai n'a pas sérieusement contesté devant la Cour fédérale la prétention du ministre selon laquelle une partie des renseignements contenus dans les trois documents étaient des renseignements visés par un privilège fondé sur la sécurité nationale. Il n'a pas non plus sérieusement contesté le fait que les renseignements avaient été divulgués par inadvertance.

[44] Devant la Cour, l'avocate de M. Sellathurai a reconnu très franchement qu'au moins une partie des trois documents contenait des renseignements visés par un privilège fondé sur la sécurité nationale. J'ai lu les documents et je souscris à cette caractérisation. En outre, en me fondant sur le contenu des documents, j'accepte sans aucune réserve les preuves indiquant que le ministre a divulgué ces documents par inadvertance.

[45] La juge a conclu, d'après les preuves présentées, que la divulgation accidentelle des trois documents n'emportait pas renonciation au privilège fondé sur la sécurité nationale protégeant certaines parties de ces documents. Cette conclusion n'a pas été contestée en appel.

[46] All of these factors support the grant of injunctive relief. However, the consequence of ordering the return of the documents was to leave Mr. Sellathurai's counsel with redacted versions of the relevant documents. This limited his counsel to making submissions to the Court and to the Minister based upon the redacted documents. I consider below whether the Judge erred by limiting Mr. Sellathurai to responding to the redacted reports prepared by the Canadian Security Intelligence Service, by ordering the return of the documents and approving the redacted versions provided in their place. I also consider whether the Judge erred by relying upon the jurisprudence relevant to sections 87 and 87.1 of the Act when she declined to appoint a special advocate or an *amicus*.

6. Did the Federal Court err in law by applying the jurisprudence relevant to the appointment of a special advocate under sections 87 and 87.1 of the Act, or by failing to consider whether it was procedurally fair to limit Mr. Sellathurai to responding to the redacted version of the documents when making submissions to the Court and the Minister?

[47] Mr. Sellathurai argued before the Federal Court that:

1. The Minister's claim to national security privilege was overbroad. He asserted that some of the information the Minister sought to redact had been previously disclosed in the course of immigration proceedings.

2. Redacting the information was unfair in that the redacted documents left a distorted impression of the case against Mr. Sellathurai. His counsel could only make submissions to the Minister based on the redacted documents.

3. Even if national security privilege was established, the law does not require in every case that inadvertently disclosed documents be returned. Reliance was placed upon the decision of the Federal Court in

[46] Tous ces facteurs militent en faveur de l'octroi d'une injonction. Cependant, l'ordonnance de remise des documents avait pour conséquence de laisser à l'avocate de M. Sellathurai la possession des versions expurgées des documents en cause. L'avocate ne pouvait ainsi présenter des observations à la Cour et au ministre qu'en se fondant sur les documents expurgés. J'examine plus loin la question de savoir si la juge a commis une erreur en obligeant M. Sellathurai à préparer sa réponse uniquement à partir des rapports expurgés par le Service canadien du renseignement de sécurité, en ordonnant le retour des documents et en approuvant les versions expurgées remises à leur place. J'examine également la question de savoir si la juge a commis une erreur en se fondant sur la jurisprudence relative aux articles 87 et 87.1 de la Loi pour refuser de nommer un avocat spécial ou un *amicus curiae*.

6. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur de droit en appliquant la jurisprudence relative à la nomination de l'avocat spécial au titre des articles 87 et 87.1 de la Loi, ou en omettant de considérer s'il était conforme à l'équité procédurale d'obliger M. Sellathurai à préparer des observations destinées à la Cour et au ministre uniquement à partir de la version expurgée des documents?

[47] M. Sellathurai a soutenu ce qui suit devant la Cour fédérale :

1. La revendication par le ministre d'un privilège fondé sur la sécurité nationale est trop large. Il affirme qu'une partie des renseignements que le ministre souhaite expurger avaient déjà été divulgués dans le cadre d'une instance d'immigration.

2. Il était inéquitable d'expurger les documents dans la mesure où ceux-ci donnaient une impression déformée de la preuve qui pesait contre lui. Son avocate ne pouvait préparer les observations destinées au ministre qu'en se fondant sur les documents expurgés.

3. Même si l'existence d'un privilège fondé sur la sécurité nationale était établie, la loi n'exige pas systématiquement la restitution des documents divulgués par inadvertance. La décision de la Cour fédérale *Khadr*

*Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80. There, in the context of an application under section 38 of the Evidence Act, the Court wrote, at paragraph 118:

However, I see no practical purpose would be achieved at this time by requiring counsel for the applicant to destroy or return their copies of the unredacted inadvertent disclosures. These documents have remained in their possession for over a year without any apparent resulting harm to the protected national interests. I think it sufficient that the information not be further disclosed. There is some information in the list of inadvertent disclosures which counsel for the applicant indicated could be of assistance to his client. Those details are included in the summary which is to be provided to counsel and may be used in the extradition proceedings. [Emphasis added.]

4. In view of the overbroad claim to national security privilege it was essential that a special advocate or an *amicus curiae* be appointed to respond to evidence and submissions made *in camera* and *ex parte*.

[48] As indicated in her reasons [at paragraph 51], the Judge was satisfied that she could review the three documents and determine both the claim to national security privilege and the propriety of the redactions to the documents without the benefit of a special advocate or *amicus*. Indeed, her ability to do so and her conclusion that “disclosure of the unredacted disputed documents would be injurious to national security” was one of the grounds she relied upon in order to conclude that fairness did not require the appointment of a special advocate (or *amicus*) to advance Mr. Sellathurai’s interests.

[49] Once satisfied information contained in the three documents was subject to national security privilege, the Judge ordered the return of the documents. The Judge did not consider in her reasons Mr. Sellathurai’s submission that even if a claim to national security privilege was established, the Court had discretion to permit some use of the information previously disclosed to his counsel. The Judge, therefore, did not consider whether fairness required that Mr. Sellathurai’s counsel be

*c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549, a été invoquée. Dans cette affaire, dans le contexte d’une demande présentée en vertu de l’article 38 de la Loi sur la preuve, la Cour a écrit ce qui suit au paragraphe 118 :

Je ne vois cependant aucune raison pratique d’exiger maintenant des avocats du demandeur qu’ils détruisent ou retournent les copies des documents non expurgés qui ont été divulgués par inadvertance. Ces documents sont en leur possession depuis plus d’un an sans qu’aucun préjudice n’ait, de toute évidence, été causé aux intérêts nationaux protégés. Je pense qu’il est suffisant que les renseignements ne soient pas de nouveau divulgués. Certains renseignements figurant sur la liste des documents divulgués par inadvertance pourraient, selon l’avocat du demandeur, aider son client. Ces détails figurent dans le résumé qui doit être remis aux avocats et qui pourrait être utilisé dans le cadre de la procédure d’extradition. [Non souligné dans l’original.]

4. Vu la portée excessive de la revendication de privilège fondé sur la sécurité nationale, il était essentiel qu’un avocat spécial ou un *amicus curiae* soit nommé pour réfuter les preuves et de répondre aux observations présentées *in camera* et *ex parte*.

[48] Comme elle l’a indiqué dans ses motifs [au paragraphe 51], la juge a estimé qu’elle pouvait, sans l’aide d’un avocat spécial ou d’un *amicus*, examiner les trois documents et statuer sur la revendication d’un privilège fondé sur la sécurité nationale et le caractère approprié de l’expurgation des documents. En fait, son pouvoir de le faire et sa conclusion selon laquelle « la divulgation des documents contestés non expurgés porterait atteinte à la sécurité nationale » est l’un des motifs qui l’ont amenée à conclure que l’équité procédurale n’exigeait pas la nomination d’un avocat spécial (ou d’un *amicus*) pour défendre les intérêts de M. Sellathurai.

[49] Après avoir conclu que les renseignements contenus dans les trois documents étaient visés par un privilège fondé sur la sécurité nationale, la juge a ordonné le retour des documents. Elle n’a pas, dans ses motifs, examiné l’argument de M. Sellathurai selon lequel même dans l’hypothèse de l’existence d’un privilège fondé sur la sécurité nationale, la Cour avait le pouvoir discrétionnaire d’autoriser l’utilisation partielle des renseignements déjà divulgués à son avocate. La juge

permitted to make some limited use of the previously disclosed information in any fashion, for example by making closed, confidential submissions to the Court or the Minister. The Judge rejected Mr. Sellathurai's request for the appointment of an *amicus curiae* or special advocate, applying the factors relevant to an analysis under sections 87 and 87.1 of the Act.

[50] The three main issues of fairness that arise on the facts of this appeal are as follows:

1. the manner in which the Judge considered the appointment of a special advocate or *amicus curiae*;
2. the use, if any, that Mr. Sellathurai or his counsel might make of the information which was inadvertently disclosed to them; and
3. the scope of the redactions made in the three relevant documents.

[51] Turning first to the issue of a special advocate or *amicus curiae*, because section 87 of the Act did not apply to the circumstances before the Court, there was no basis at law for the appointment of a special advocate. This role was created by Parliament, and the circumstances when a special advocate may be appointed are limited to those provided for in the Act. It was, however, open to the Judge to appoint an *amicus curiae* if persuaded that such appointment was necessary to assist the Court to arrive at a full and fair determination of the fairness issues (*Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306, at paragraph 19, citing *Liberty Net*, at page 641).

[52] As noted above, the Judge rejected the request for the appointment of an *amicus curiae* by applying the factors applicable to the appointment of a special advocate. Specifically, the Judge considered that she had already found that disclosure of the documents would be injurious to national security; the nature of the ministerial relief application was distinguishable from security certificates and detention review proceedings;

n'a donc pas recherché si l'équité procédurale exigeait que l'avocate de M. Sellathurai puisse faire un usage limité des renseignements antérieurement divulgués, par exemple en présentant des observations confidentielles et non publiques à la Cour ou au ministre. La juge a rejeté la demande de nomination d'un *amicus curiae* ou d'un avocat spécial présenté par M. Sellathurai en appliquant les facteurs pertinents pour l'analyse relative aux articles 87 et 87.1 de la Loi.

[50] Voici les trois principales questions d'équité procédurale que soulèvent les faits du présent appel :

1. la façon dont la juge a analysé la question de la nomination d'un avocat spécial ou d'un *amicus curiae*;
2. l'emploi, le cas échéant, que M. Sellathurai ou son avocate aurait pu faire des renseignements qui leur avaient été divulgués par inadvertance;
3. l'ampleur des expurgations dont ont fait l'objet les trois documents pertinents.

[51] S'agissant d'abord de la première question de l'avocat spécial ou de l'*amicus curiae*, étant donné que l'article 87 de la Loi ne s'appliquait pas en l'occurrence, la nomination d'un avocat spécial n'était fondée sur aucune règle de droit. Ce rôle est la création du législateur et seules les circonstances prévues par la Loi peuvent donner lieu à la nomination d'un avocat spécial. Il était toutefois loisible à la juge de nommer un *amicus curiae* si elle était persuadée qu'une telle nomination était nécessaire pour aider la Cour à effectuer une analyse complète et équitable des questions liées à l'équité procédurale (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306, au paragraphe 19, citant l'arrêt *Liberty Net*, à la page 641).

[52] Comme cela a été noté ci-dessus, la juge a rejeté la demande de nomination d'un *amicus curiae* en appliquant les facteurs relatifs à la nomination d'un avocat spécial. Plus précisément, la juge a considéré qu'elle avait déjà conclu que la divulgation des documents serait préjudiciable à la sécurité nationale; la demande de dispense ministérielle diffèrait par sa nature même des instances relatives aux certificats de sécurité et

Mr. Sellathurai was neither detained nor facing imminent removal; and the Minister had not yet made his decision so it was uncertain whether he would rely upon the redacted information.

[53] In the unique circumstances before the Court it was, in my view, an error of law for the Judge to dismiss the request for the appointment of an *amicus* on this basis. As explained below, by doing so the Judge failed to consider that in this case the information subject to national security privilege had already been disclosed to Mr. Sellathurai. This fact distinguished the jurisprudence relied upon by the Judge.

[54] The order recalling the documents originally provided by the Minister and the substitution of redacted documents, prevented counsel for Mr. Sellathurai from making submissions to the Court or to the Minister on the unredacted information, both because of the practical reality of the absence of the unredacted documents and because of the constraint that information protected by national security privileges not be disclosed. Further, having seen the privileged information, Mr. Sellathurai's counsel's ability to respond to the redacted documents was constrained. She could no longer speculate about the content of the redactions and then address responsive submissions to the imputed content of the redactions.

[55] In these circumstances, the appointment of an *amicus*, perhaps authorized by the Court to have discussions with counsel for Mr. Sellathurai before having access to the privileged information, would allow submissions directed to Mr. Sellathurai's concerns to be made to the Court based upon the confidential record. This was a relevant factor the Judge should have considered, and which was not addressed in the jurisprudence the Judge relied upon to reject the appointment of an *amicus*.

[56] Turning to the remaining issues of fairness, because the Judge did not address the use, if any, Mr. Sellathurai and his counsel could make of the

à l'examen de la détention; M. Sellathurai n'était ni détenu ni n'était exposé à un renvoi imminent; le ministre n'avait pas encore rendu sa décision de sorte qu'il n'était pas certain qu'il se fonderait sur les renseignements expurgés.

[53] Compte tenu des circonstances uniques soumises à la Cour, j'estime que lorsque la juge a rejeté la demande de nomination d'un *amicus* pour ce motif, elle a commis une erreur de droit. Comme cela est expliqué plus loin, la juge a ainsi omis de prendre en compte le fait qu'en l'occurrence les renseignements visés par le privilège fondé sur la sécurité nationale avaient déjà été divulgués à M. Sellathurai. Ce fait permettait de distinguer la présente affaire de la jurisprudence invoquée par la juge.

[54] L'ordonnance de remise des documents fournis initialement par le ministre et leur remplacement par des documents expurgés ont empêché l'avocate de M. Sellathurai de présenter des observations à la Cour et au ministre fondées sur les renseignements non expurgés, à la fois pour des raisons pratiques — l'absence de documents non expurgés — et en raison de l'interdiction de divulguer les renseignements protégés par le privilège fondé sur la sécurité nationale. En outre, ayant déjà pris connaissance des renseignements privilégiés, l'avocate de M. Sellathurai a ainsi vu limiter sa capacité de répondre aux documents expurgés. Elle ne pouvait plus faire des hypothèses au sujet du contenu des expurgations et formuler ensuite des observations concernant le contenu imputé des expurgations.

[55] Dans les circonstances, la nomination d'un *amicus*, lequel aurait peut-être été autorisé à parler à l'avocate de M. Sellathurai avant de consulter les renseignements privilégiés, aurait permis à celui-ci de se fonder sur le dossier confidentiel pour présenter des observations relatives aux préoccupations de M. Sellathurai. C'était là un facteur pertinent dont la juge aurait dû tenir compte et que n'aborde pas la jurisprudence sur laquelle elle s'est appuyée pour refuser la nomination d'un *amicus*.

[56] S'agissant des autres questions touchant l'équité, étant donné que la juge ne s'est pas penchée sur l'utilisation, le cas échéant, que M. Sellathurai et son avocate



privileged information on this appeal, the Court's task is not to determine the merits of this issue. Rather, if the Court finds that there is an air of reality to Mr. Sellathurai's fairness concerns, the matter should be remitted to the Federal Court for consideration.

[57] For the following reasons, I believe there was an air of reality to the concerns raised by Mr. Sellathurai. Therefore it was, in my respectful view, an error for the Judge to fail to consider Mr. Sellathurai's submission that, in the circumstances, fairness required that his counsel be permitted to make some limited use of the information inadvertently disclosed by the Minister. Restricting counsel to making submissions upon the redacted record limited the ability of Mr. Sellathurai's counsel to argue before the Judge that the redactions proposed by the Minister were overbroad, and that some of the redacted information had been disclosed in previous proceedings. Once Justice Hughes ordered that three documents be delivered to the Court, how was Mr. Sellathurai to establish that the national security claim to privilege was overbroad? Aside from the difficulty posed by taking the three documents from his counsel's possession, in order to show information now redacted had previously been disclosed, he and his counsel would have been required to disclose the substance of the redacted information. As well, limiting counsel to the redacted information further hampered Mr. Sellathurai's ability to make future submissions to the Minister on the full record.

[58] In these circumstances, the Judge was required to consider Mr. Sellathurai's submissions that his counsel be permitted to make some use of the confidential information. Until these submissions were dealt with it was premature for the Judge to order the return of the documents.

[59] For these reasons, I have concluded that the Judge erred by failing to consider the particular circumstances in this case when deciding on Mr. Sellathurai's request for the appointment of an *amicus* and by failing to

auraient pu faire des renseignements privilégiés dans le cadre du présent appel, il n'appartient pas à notre Cour de trancher cette question au fond. En fait, si notre Cour estime que les préoccupations de M. Sellathurai en matière d'équité sont le moins justifiées, elle doit renvoyer cette question à la Cour fédérale pour examen.

[57] Pour les motifs qui suivent, j'estime que les préoccupations soulevées par M. Sellathurai semblaient justifiées. Par conséquent, j'estime que la juge a commis une erreur lorsqu'elle n'a pas examiné l'argument de M. Sellathurai selon lequel, vu les circonstances, l'équité exigeait que son avocate puisse faire un usage ne serait-ce que limité des renseignements divulgués par inadvertance par le ministre. Le fait de demander à l'avocate de présenter des observations uniquement fondées sur le dossier expurgé a eu pour effet de restreindre la capacité de celle-ci de soutenir que les expurgations proposées par le ministre étaient trop larges et qu'une partie des renseignements expurgés avaient déjà été divulgués dans le cadre d'autres instances. Comment M. Sellathurai aurait-il pu établir que la revendication du privilège fondé sur la sécurité nationale était excessive après que le juge Hughes eut ordonné leur remise à la Cour? Outre la difficulté que pose la récupération de ces trois documents entre les mains de son avocate, pour montrer que les renseignements maintenant expurgés avaient déjà été divulgués, lui et son avocate auraient été obligés d'en révéler la nature. Également, le fait de limiter l'avocate aux renseignements expurgés a encore restreint la capacité de M. Sellathurai de présenter subséquemment d'autres observations au ministre sur le fondement de l'ensemble du dossier.

[58] Dans ces circonstances, la juge était tenue d'examiner les observations de M. Sellathurai selon lesquelles son avocate devait être autorisée à utiliser de quelque façon les renseignements confidentiels. Il était prématuré que la juge ordonne le retour des documents avant d'avoir pris ces observations en compte.

[59] Pour ces motifs, j'ai conclu que la juge a commis une erreur en ne tenant pas compte des circonstances particulières de l'affaire lorsqu'elle s'est prononcée sur la demande de nomination d'un *amicus curiae* par

consider what, if any, use Mr. Sellathurai could make of the information that had been disclosed to him.

[60] I wish to stress, however, that nothing in these reasons should be taken to mean that fairness requires that an *amicus* be appointed, or that the redactions be reduced, or that Mr. Sellathurai's counsel be permitted to make some limited use of the information subject to national security privilege. I am simply of the view that the Judge was required at law to consider the issues of fairness raised by Mr. Sellathurai.

### Conclusion

[61] I have come to the same conclusion as the Judge on the power of the Federal Court to issue the order, but for different reasons.

[62] However, I have come to the conclusion that the appellant's requests that an *amicus curiae* be appointed and that an appropriate remedy be devised in view of the fact that the information has been disclosed to him should be considered.

[63] For these reasons, I would allow the appeal to the limited extent of remitting the matter to Justice Snider, or another designated judge of the Federal Court (as may be determined by the Chief Justice of the Federal Court), for the purpose of considering whether in the circumstances an *amicus curiae* should be appointed to assist the Court and what, if any, remedy is required by application of the principles of procedural fairness as a result of the inadvertent disclosure to Mr. Sellathurai of three documents that contained privileged information.

[64] In all other respects, I would dismiss the appeal.

### Postscript

[65] By letter dated May 13, 2011 counsel for the Minister wrote requesting "the return of this secret

M. Sellathurai et en omettant d'examiner dans quelle mesure, le cas échéant, M. Sellathurai pouvait utiliser les renseignements qui lui avaient été divulgués.

[60] Je tiens toutefois à souligner qu'aucun aspect des présents motifs ne doit être interprété comme si l'équité exigeait la nomination d'un *amicus curiae*, que les expurgations soient réduites ou que l'avocate de M. Sellathurai soit autorisée à faire un emploi limité des renseignements visés par le privilège fondé sur la sécurité nationale. J'estime simplement que la juge était légalement tenue de prendre en considération les questions d'équité soulevées par M. Sellathurai.

### Conclusion

[61] J'arrive à la même conclusion que la juge au sujet du pouvoir de la Cour fédérale de rendre l'ordonnance en question, mais pour des motifs différents.

[62] Toutefois, je conclus qu'il convient de prendre en considération la demande de nomination d'un *amicus curiae* et d'octroi d'une réparation appropriée compte tenu du fait que les renseignements ont été divulgués.

[63] Pour ces motifs, je ferais droit à l'appel dans la mesure limitée qui consiste à renvoyer l'affaire à la juge Snider, ou à un autre juge désigné de la Cour fédérale (selon ce que décidera le juge en chef de la Cour fédérale), aux fins d'examiner si, dans les circonstances, il y aurait lieu de nommer un *amicus curiae* pour aider la Cour et de préciser, le cas échéant, la réparation qu'exige l'application des principes d'équité procédurale en raison de la divulgation accidentelle à M. Sellathurai de trois documents contenant des renseignements privilégiés.

[64] À tous autres égards, je rejetterais l'appel.

### Postscript

[65] Dans une lettre datée du 13 mai 2011, l'avocat du ministre demande [TRADUCTION] « la remise de ce

material following the rendering of a judgment in the aforementioned appeal file in accordance with the registry's usual procedure in such matters".

[66] This is a request that the confidential affidavit filed with the Federal Court on an *ex parte* basis to support the claim of national security privilege be returned.

[67] The affidavit in question is one similar to that which is filed in support of an application under section 87 of the Act. I know of no practice whereby such affidavits are returned to the Minister, and such a practice would not be consistent with sections 3 and 4 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 16] of the *Federal Courts Act* which continue this Court and the Federal Court as superior courts of record. The affidavit shall not be returned. It forms part of the confidential record of the Federal Court.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

#### APPENDIX

Section 38 of the *Canada Evidence Act* reads as follows ["judge" (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), "participant" (as enacted *idem*, s. 43), "potentially injurious information" (as enacted *idem*), "proceedings" (as enacted *idem*), "prosecutor" (as enacted *idem*), "sensitive information" (as enacted *idem*), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06 to 38.13 (as enacted *idem*), 38.131 (as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19(E)), 38.14 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43)]:

Definitions **38.** The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

"judge"  
« *judge* » "judge" means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

document secret suivant le prononcé d'un jugement dans le dossier d'appel susmentionné, conformément à la procédure habituelle du greffe dans ce genre d'affaire ».

[66] L'avocat demande que l'affidavit confidentiel déposé *ex parte* à la Cour fédérale à l'appui de la revendication d'un privilège fondé sur la sécurité nationale lui soit retourné.

[67] L'affidavit en question est très semblable à celui qui est déposé à l'appui d'une demande présentée au titre de l'article 87 de la Loi. Il n'existe pas à ma connaissance de pratique voulant que ce genre d'affidavit soit retourné au ministre; une telle pratique ne serait pas conforme aux articles 3 et 4 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 16] de la *Loi sur les Cours fédérales* qui établissent notre Cour et la Cour fédérale comme des cours supérieures d'archives. L'affidavit ne sera pas retourné. Il fait partie du dossier confidentiel de la Cour fédérale.

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

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

#### ANNEXE

L'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* dispose [« instance » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « juge » (édicte, *idem*, art. 43, 141), « participant » (édicte, *idem*, art. 43), « poursuivant » (édicte, *idem*), « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte, *idem*), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06 à 38.13 (édicte, *idem*), 38.131 (édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19(A)), 38.14 à 38.16 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43)]:

**38.** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15. Définitions

« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements. « instance »  
« *proceeding* »

“participant” « partici- pant »	“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.	« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l’article 38.04.	« juge » “juge”
“potentially injurious information” « renseignements potentiellement préjudiciables »	“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.	« participant » Personne qui, dans le cadre d’une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.	« partici- pant » “participant”
“proceeding” « instance »	“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.	« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d’une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d’une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la <i>Loi sur la défense nationale</i> .	« poursui- vant » “prosecutor”
“prosecutor” « poursuivant »	“prosecutor” means an agent of the Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the <i>National Defence Act</i> or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.	« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.	« renseigne- ments potentielle- ment préjudi- ciables » “potentially injurious information”
“sensitive information” « renseignements sensibles »	“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.	« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.	« renseigne- ments sensibles » “sensitive information”
Notice to Attorney General of Canada	<b>38.01</b> (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.	<b>38.01</b> (1) Tout participant qui, dans le cadre d’une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu’il s’agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d’aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l’avis la nature, la date et le lieu de l’instance.	Avis au procureur général du Canada
During a proceeding	(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In	(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d’être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d’une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l’instance et d’aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l’objet de l’avis	Au cours d’une instance

	such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.	prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.	
Notice of disclosure from official	(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.	(3) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.	Avis par un fonctionnaire
During a proceeding	(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.	(4) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.	Au cours d'une instance
Military proceedings	(5) In the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.	(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> , les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.	Instances militaires
Exception	(6) This section does not apply when  (a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;  (b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;  (c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the	(6) Le présent article ne s'applique pas :  a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;  b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;  c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits	Exception

	information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or	ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus	
	(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.	d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.	
Exception	(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).	(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).	Exception
Schedule	(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.	(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.	Annexe
Disclosure prohibited	<b>38.02</b> (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding	<b>38.02</b> (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :	Interdiction de divulgation
	(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);	a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);	
	(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);	b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);	
	(c) the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or	c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;	
	(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).	d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).	
Entities	(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until	(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables,	Entités

	notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.	elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.	
Exceptions	(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if  (a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or  (b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.	(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :  a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);  b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.	Exceptions
Authorization by Attorney General of Canada	<b>38.03</b> (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).	<b>38.03</b> (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.	Autorisation de divulgation par le procureur général du Canada
Military proceedings	(2) In the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.	(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> , le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.	Instances militaires
Notice	(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.	(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.	Notification
Disclosure agreement	<b>38.031</b> (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or	<b>38.031</b> (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)(b) à (d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)(c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements	Accord de divulgation

	disclosure of the facts or information subject to conditions.	ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.	
No application to Federal Court	(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).	(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).	Exclusion de la demande à la Cour fédérale
Application to Federal Court — Attorney General of Canada	<b>38.04</b> (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).	<b>38.04</b> (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).	Demande à la Cour fédérale : procureur général du Canada
Application to Federal Court — general	(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,	(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :	Demande à la Cour fédérale : dispositions générales
	(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;	a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;	
	(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and	b) la personne — à l'exclusion d'un témoin — qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;	
	(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.	c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.	
Notice to Attorney General of Canada	(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.	(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.	Notification du procureur général



Court records	<p>(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.</p>	<p>(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.</p>	Dossier du tribunal
Procedure	<p>(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge</p> <p>(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i>, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;</p> <p>(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;</p> <p>(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) determine who should be given notice of the hearing,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) determine the content and form of the notice; and</p> <p>(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.</p>	<p>(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :</p> <p>a) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> — sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;</p> <p>b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;</p> <p>c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;</p> <p>d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.</p>	Procédure
Disclosure agreement	<p>(6) After the Federal Court is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,</p> <p>(a) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in</p>	<p>(6) Après la saisine de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :</p> <p>a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas</p>	Accord de divulgation

	<p>paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or part of the information or disclosure of the facts or information subject to conditions; and</p> <p>(b) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.</p>	<p>38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;</p> <p>b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.</p>	
Termination of Court consideration, hearing, review or appeal	<p>(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.</p>	<p>(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.</p>	Fin de l'examen judiciaire
Report relating to proceedings	<p><b>38.05</b> If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.</p>	<p><b>38.05</b> Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.</p>	Rapport sur l'instance
Disclosure order	<p><b>38.06</b> (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.</p>	<p><b>38.06</b> (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.</p>	Ordonnance de divulgation
Disclosure order	<p>(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a</p>	<p>(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime</p>	Divulgation modifiée

	part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.	indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.	
Order confirming prohibition	(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.	(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.	Confirmation de l'interdiction
Evidence	(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.	(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut fonder sa décision sur cet élément.	Preuve
Introduction into evidence	(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).	(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).	Admissibilité en preuve
Relevant factors	(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.	(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.	Facteurs pertinents
Notice of order	<b>38.07</b> The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.	<b>38.07</b> Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.	Avis de la décision
Automatic review	<b>38.08</b> If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.	<b>38.08</b> Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.	Examen automatique
Appeal to Federal Court of Appeal	<b>38.09</b> (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.	<b>38.09</b> (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.	Appel à la Cour d'appel fédérale

Limitation period for appeal	(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.	(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.	Délai
Limitation periods for appeals to Supreme Court of Canada	<p><b>38.1</b> Notwithstanding any other Act of Parliament,</p> <p>(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and</p> <p>(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the <i>Supreme Court Act</i> but within the time specified by the Supreme Court of Canada.</p>	<p><b>38.1</b> Malgré toute autre loi fédérale :</p> <p>a) le délai de demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, mais ce tribunal peut proroger le délai s'il l'estime indiqué en l'espèce;</p> <p>b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la <i>Loi sur la Cour suprême</i>, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la Cour suprême du Canada.</p>	Délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada
Special rules	<b>38.11</b> (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the <i>National Capital Act</i> .	<b>38.11</b> (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> , elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la <i>Loi sur la capitale nationale</i> .	Règles spéciales
<i>Ex parte</i> representations	(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , the Minister of National Defence, the opportunity to make representations <i>ex parte</i> .	(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada — et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> — la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).	Présentation d'arguments en l'absence d'autres parties
Protective order	<b>38.12</b> (1) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may make any order that the judge or the court considers appropriate	<b>38.12</b> (1) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu'il estime	Ordonnance de confidentialité

	in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.	indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.	
Court records	(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.	(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.	Dossier
Certificate of Attorney General of Canada	<b>38.13</b> (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the <i>Security of Information Act</i> or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.	<b>38.13</b> (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur la protection de l'information</i> — ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.	Certificat du procureur général du Canada
Military proceedings	(2) In the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , the Attorney General of Canada may issue the certificate only with the agreement, given personally, of the Minister of National Defence.	(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> , le procureur général du Canada ne peut délivrer de certificat qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale donné personnellement par celui-ci.	Instances militaires
Service of certificate	(3) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be served on  (a) the person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside;  (b) every party to the proceeding;  (c) every person who gives notice under section 38.01 in connection with the proceeding;  (d) every person who, in connection with the proceeding, may disclose, is required to disclose or may cause the disclosure of the information about which the Attorney General of Canada has received notice under section 38.01;	(3) Le procureur général du Canada fait signifier une copie du certificat :  a) à la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle sont liés les renseignements ou, à défaut de désignation, à la personne qui est habilitée à effectuer la désignation;  b) à toute partie à l'instance;  c) à toute personne qui donne l'avis prévu à l'article 38.01 dans le cadre de l'instance;  d) à toute personne qui, dans le cadre de l'instance, a l'obligation de divulguer ou pourrait divulguer ou faire divulguer les renseignements à l'égard desquels le procureur général du Canada a été avisé en application de l'article 38.01;	Signification

	<p>(e) every party to a hearing under subsection 38.04(5) or to an appeal of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information;</p> <p>(f) the judge who conducts a hearing under subsection 38.04(5) and any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information; and</p> <p>(g) any other person who, in the opinion of the Attorney General of Canada, should be served.</p>	<p>e) à toute partie aux procédures engagées en application du paragraphe 38.04(5) ou à l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;</p> <p>f) au juge qui tient une audience en application du paragraphe 38.04(5) et à tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;</p> <p>g) à toute autre personne à laquelle, de l'avis du procureur général du Canada, une copie du certificat devrait être signifiée.</p>	
Filing of certificate	<p>(4) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be filed</p> <p>(a) with the person responsible for the records of the proceeding to which the information relates; and</p> <p>(b) in the Registry of the Federal Court and the registry of any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3).</p>	<p>(4) Le procureur général du Canada fait déposer une copie du certificat :</p> <p>a) auprès de la personne responsable des dossiers relatifs à l'instance;</p> <p>b) au greffe de la Cour fédérale et à celui de tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3).</p>	Dépôt du certificat
Effect of certificate	<p>(5) If the Attorney General of Canada issues a certificate, then, notwithstanding any other provision of this Act, disclosure of the information shall be prohibited in accordance with the terms of the certificate.</p>	<p>(5) Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d'interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements.</p>	Effet du certificat
<i>Statutory Instruments Act</i> does not apply	<p>(6) The <i>Statutory Instruments Act</i> does not apply to a certificate issued under subsection (1).</p>	<p>(6) La <i>Loi sur les textes réglementaires</i> ne s'applique pas aux certificats délivrés au titre du paragraphe (1).</p>	Exclusion
Publication	<p>(7) The Attorney General of Canada shall, without delay after a certificate is issued, cause the certificate to be published in the <i>Canada Gazette</i>.</p>	<p>(7) Dès que le certificat est délivré, le procureur général du Canada le fait publier dans la <i>Gazette du Canada</i>.</p>	Publication
Restriction	<p>(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.</p>	<p>(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.</p>	Restriction
Expiration	<p>(9) The certificate expires 15 years after the day on which it is issued and may be reissued.</p>	<p>(9) Le certificat expire à la fin d'une période de quinze ans à compter de la date de sa délivrance et peut être délivré de nouveau.</p>	Durée de validité

Application for review of certificate	<p><b>38.131</b> (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.</p>	<p><b>38.131</b> (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.</p>	Demande de révision du certificat
Notice to Attorney General of Canada	<p>(2) The applicant shall give notice of the application to the Attorney General of Canada.</p>	<p>(2) Le demandeur en avise le procureur général du Canada.</p>	Notification du procureur général du Canada
Military proceedings	<p>(3) In the case of proceedings under Part III of the <i>National Defence Act</i>, notice under subsection (2) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.</p>	<p>(3) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i>, l'avis prévu au paragraphe (2) est donné à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.</p>	Instance militaire
Single judge	<p>(4) Notwithstanding section 16 of the <i>Federal Court Act</i>, for the purposes of the application, the Federal Court of Appeal consists of a single judge of that Court.</p>	<p>(4) Par dérogation à l'article 16 de la <i>Loi sur la Cour fédérale</i>, la Cour d'appel fédérale est constituée d'un seul juge de ce tribunal pour l'étude de la demande.</p>	Juge seul
Admissible information	<p>(5) In considering the application, the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base a determination made under any of subsections (8) to (10) on that evidence.</p>	<p>(5) Pour l'étude de la demande, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut se fonder sur cet élément pour rendre sa décision au titre de l'un des paragraphes (8) à (10).</p>	Renseignements pertinents
Special rules and protective order	<p>(6) Sections 38.11 and 38.12 apply, with any necessary modifications, to an application made under subsection (1).</p>	<p>(6) Les articles 38.11 et 38.12 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande présentée au titre du paragraphe (1).</p>	Règles spéciales et ordonnance de confidentialité
Expedited consideration	<p>(7) The judge shall consider the application as soon as reasonably possible, but not later than 10 days after the application is made under subsection (1).</p>	<p>(7) Le juge étudie la demande le plus tôt possible, mais au plus tard dans les dix jours suivant la présentation de la demande au titre du paragraphe (1).</p>	Traitement expéditif
Varying the certificate	<p>(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the <i>Security of Information Act</i>, or to national defence or national security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.</p>	<p>(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur la protection de l'information</i> — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.</p>	Modification du certificat
Cancelling the certificate	<p>(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in</p>	<p>(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi</i></p>	Révocation du certificat

	subsection 2(1) of the <i>Security of Information Act</i> , or to national defence or national security, the judge shall make an order cancelling the certificate.	<i>sur la protection de l'information</i> — ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.	
Confirming the certificate	(10) If the judge determines that all of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the <i>Security of Information Act</i> , or to national defence or national security, the judge shall make an order confirming the certificate.	(10) Si le juge estime que tous les renseignements visés par le certificat portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur la protection de l'information</i> — ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales, il confirme celui-ci par ordonnance.	Confirmation du certificat
Determination is final	(11) Notwithstanding any other Act of Parliament, a determination of a judge under any of subsections (8) to (10) is final and is not subject to review or appeal by any court.	(11) La décision du juge rendue au titre de l'un des paragraphes (8) à (10) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel ni de révision judiciaire.	Caractère définitif de la décision
Publication	(12) If a certificate is varied or cancelled under this section, the Attorney General of Canada shall, as soon as possible after the decision of the judge and in a manner that mentions the original publication of the certificate, cause to be published in the <i>Canada Gazette</i>	(12) Dès que possible après la décision du juge, le procureur général du Canada fait publier dans la <i>Gazette du Canada</i> , avec mention du certificat publié antérieurement :	Publication
	(a) the certificate as varied under subsection (8); or	a) le certificat modifié au titre du paragraphe (8);	
	(b) a notice of the cancellation of the certificate under subsection (9).	b) un avis de la révocation d'un certificat au titre du paragraphe (9).	
Protection of right to a fair trial	<b>38.14</b> (1) The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review of, the order, or any certificate issued under section 38.13.	<b>38.14</b> (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, a une décision en appel ou découlant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.	Protection du droit à un procès équitable
Potential orders	(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:	(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :	Ordonnances éventuelles
	(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;	a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;	



	(b) an order effecting a stay of the proceedings; and	b) ordonner l'arrêt des procédures;	
	(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.	c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.	
Fiat	<b>38.15</b> (1) If sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a prosecution that is not instituted by the Attorney General of Canada or on his or her behalf, the Attorney General of Canada may issue a fiat and serve the fiat on the prosecutor.	<b>38.15</b> (1) Dans le cas où des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre d'une poursuite qui n'est pas engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte, il peut délivrer un fiat et le faire signifier au poursuivant.	Fiat du procureur général du Canada
Effect of fiat	(2) When a fiat is served on a prosecutor, the fiat establishes the exclusive authority of the Attorney General of Canada with respect to the conduct of the prosecution described in the fiat or any related process.	(2) Le fiat établit la compétence exclusive du procureur général du Canada à l'égard de la poursuite qui y est mentionnée et des procédures qui y sont liées.	Effet du fiat
Fiat filed in court	(3) If a prosecution described in the fiat or any related process is conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, the fiat or a copy of the fiat shall be filed with the court in which the prosecution or process is conducted.	(3) L'original ou un double du fiat est déposé devant le tribunal saisi de la poursuite — ou d'une autre procédure liée à celle-ci — engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte.	Dépôt auprès du juge ou du tribunal
Fiat constitutes conclusive proof	(4) The fiat or a copy of the fiat  (a) is conclusive proof that the prosecution described in the fiat or any related process may be conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada; and  (b) is admissible in evidence without proof of the signature or official character of the Attorney General of Canada.	(4) Le fiat ou le double de celui-ci :  (a) est une preuve concluante que le procureur général du Canada ou son délégué a compétence pour mener la poursuite qui y est mentionnée ou les procédures qui y sont liées;  (b) est admissible en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du procureur général du Canada.	Preuve
Military proceedings	(5) This section does not apply to a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> .	(5) Le présent article ne s'applique pas aux instances engagées sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> .	Instances militaires
Regulations	<b>38.16</b> The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry into effect the purposes and provisions of sections 38 to 38.15, including regulations respecting the notices, certificates and the fiat.	<b>38.16</b> Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures qu'il estime nécessaires à l'application des articles 38 à 38.15, notamment régir les avis, certificats et fiat.	Règlements

IMM-1251-10  
2010 FC 1079

IMM-1251-10  
2010 CF 1079

**Jean-Pierre Kenne** (*Applicant*)

**Jean-Pierre Kenne** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Bédard J.—Montréal, October 14;  
Ottawa, November 3, 2010.

Cour fédérale, juge Bédard—Montréal, 14 octobre;  
Ottawa, 3 novembre 2010.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of decision of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board of Canada (IAD) dismissing applicant's appeal of immigration officer's decision rejecting application for permanent residence under family class for applicant's three adoptive children — Applicant Cameroonian-Canadian — Adopting deceased friend's three children through court process in Cameroon — IAD holding children's adoption not legally valid under Cameroonian law, not meeting requirements under Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 3(2), 117(3)(d) — Whether IAD erring in assessing legal validity of applicant's adoption, compliance thereof with Regulations — IAD erring in assessing evidence — While Cameroonian Civil Code not expressly mentioning full adoption, documentary evidence supporting existence, validity thereof under Cameroonian law — Two legal opinions submitted confirming existence of full adoption, its basis in Civil Code — Although legal opinions not prepared by adoption law experts, in assessing weight to be given to legal opinions on scope of foreign legislative provisions, in deciding whether to set them aside, understanding opinions important — IAD's decision not accurately reflecting legal opinions; showing IAD not understanding opinions, scope of foreign provisions at issue — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant l'appel du demandeur à l'encontre d'une décision de l'agent d'immigration refusant la demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial de ses trois enfants adoptifs — Le demandeur est un citoyen canadien du Cameroun — Il a, par processus judiciaire au Cameroun, adopté les trois enfants de son ami décédé — La SAI a statué que l'adoption des enfants n'était pas valide sous le régime du droit camerounais et qu'elle ne répondait pas aux exigences des art. 3(2) et 117(3)(d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur dans son appréciation de la validité en droit de l'adoption des enfants et si l'adoption était conforme au Règlement — La SAI a commis une erreur dans son appréciation de la preuve — Bien que le Code civil camerounais ne mentionne pas expressément l'adoption plénière, la preuve documentaire en soutenait l'existence et la validité en droit camerounais — Deux opinions juridiques confirmaient l'existence de l'adoption plénière et ses assises dans le Code civil — Même si les opinions juridiques n'ont pas été préparées par des experts en matière d'adoption, pour apprécier la valeur probante à accorder à des opinions juridiques sur la portée de dispositions législatives étrangères et pour décider de les écarter, il importait de bien les comprendre — La décision de la SAI ne reflétait pas fidèlement les opinions juridiques et démontrait que la SAI n'a pas saisi les opinions ni la portée des dispositions législatives étrangères en cause — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (IAD) dismissing

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission

the applicant's appeal of an immigration officer's decision, made at the Canadian Embassy in Abidjan, rejecting his application for permanent residence under the family class for his three adoptive children. The applicant is a Canadian citizen from Cameroon. In October 2006, he adopted the three children of his deceased friend through a process of simple adoption by court judgment in Douala. In April 2008, the applicant sponsored and obtained visas for the three children for permanent residence in Canada under the family class. The Canadian Embassy did not accept the simple adoption certificates and requested full adoption certificates. A judgment declaring the full adoption of the children rendered in July 2008 by the court of first instance in Douala was subsequently filed. The immigration officer determined that the adoption was neither valid nor genuine.

On appeal, the IAD held that the applicant had failed to establish that the children's adoption was legally valid and met the requirements of subsection 3(2) and paragraph 117(3)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. It held that the applicant's adoption did not comply with the Cameroonian *Civil Code* and that it did not sever the pre-existing legal parent-child relationship with the biological parents.

The main issue was whether the IAD erred in its assessment of the legal validity of the applicant's adoption of the children and whether the adoption complied with the *Regulations*.

*Held*, the application should be allowed.

Although the IAD considered the right questions, namely whether the adoption of the three children was valid under Cameroonian law and whether it had severed the pre-existing parent-child relationship, it erred in its assessment of the evidence. While it is accurate to state that the Cameroonian *Civil Code* does not expressly mention full adoption, the documentary evidence filed by the applicant supported the existence and validity of full adoption in Cameroonian law, particularly in light of the exception set out in article 352 of the *Civil Code*. That article provides that the adoptee shall cease to be a member of his or her biological family when certain conditions are met. The two legal opinions filed by the applicant confirmed the existence of full adoption and its basis in the *Civil Code*. Although the lawyers who provided the legal opinions were not experts in the law of adoption, in assessing the weight to be given to legal opinions on the scope of foreign legislative provisions and in deciding whether to set them aside, it is important to understand them. The IAD's decision did not accurately reflect the two lawyers' opinions and demonstrated that the IAD understood neither the two

de l'immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant l'appel du demandeur à l'encontre d'une décision de l'agent d'immigration de l'ambassade du Canada à Abidjan, refusant la demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial de ses trois enfants adoptifs. Le demandeur est un citoyen canadien du Cameroun. En octobre 2006, il a procédé à l'adoption simple des trois enfants de son ami décédé par jugement rendu par le tribunal de première instance de Douala. En avril 2008, le demandeur a parrainé les trois enfants et a obtenu des visas de résidence permanente au Canada pour les trois enfants dans la catégorie du regroupement familial. L'ambassade du Canada n'a pas accepté les actes d'adoption simple et a exigé des actes d'adoption plénière. Un jugement statuant sur l'adoption plénière des enfants rendu en juillet 2008 par le tribunal de première instance de Douala a ensuite été déposé. L'agent d'immigration a jugé que l'adoption n'était ni valide, ni authentique.

En appel, la SAI a jugé que le demandeur n'avait pas prouvé que l'adoption des enfants était valide en droit et qu'elle répondait aux exigences du paragraphe 3(2) et de l'alinéa 117(3)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Elle a conclu que l'adoption n'a pas été faite en conformité avec le *Code civil* camerounais et qu'elle n'a pas eu pour effet de rompre tout lien de filiation entre les enfants du demandeur et leurs parents biologiques.

La principale question à trancher était celle de savoir si la SAI a commis une erreur dans son appréciation de la validité en droit de l'adoption des enfants par le demandeur et si l'adoption était conforme au *Règlement*.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Bien que la SAI se soit posé les bonnes questions, soit si l'adoption des trois enfants était conforme au droit camerounais et si elle a eu pour effet de rompre les liens de filiation préexistants des enfants avec leurs parents biologiques, elle a erré dans son appréciation de la preuve. Bien qu'il soit exact d'affirmer que le *Code civil* camerounais ne mentionne pas expressément l'adoption plénière, la preuve documentaire soumise par le demandeur soutenait l'existence et la validité de l'adoption plénière en droit camerounais, notamment selon l'exception prévue à l'article 352 du *Code civil*. Cette disposition précise que l'adopté cesse d'appartenir à sa famille naturelle lorsque certaines conditions sont remplies. Les deux opinions juridiques déposées par le demandeur confirmaient l'existence de l'adoption plénière et ses assises dans le *Code civil*. Même si les avocats qui ont fourni les opinions juridiques n'étaient pas des experts en matière d'adoption, pour apprécier la valeur probante à accorder à des opinions juridiques sur la portée de dispositions législatives étrangères et pour décider de les écarter, il importe de bien les comprendre. La décision de la SAI ne reflétait pas fidèlement les opinions

lawyers' arguments nor the scope of article 352 of the *Civil Code*. The two legal opinions were well written and offered a perfectly reasonable interpretation of the provisions of the Cameroonian *Civil Code* governing adoption. The IAD's findings in this case, which were based solely on its own understanding and failed to take into account all the documentary evidence filed, did not fall within the range of possible, acceptable outcomes regarding the evidence.

émises par les deux avocats et démontrait que la SAI n'a pas saisi les propos des deux avocats, ni la portée de l'article 352 du *Code civil*. Les deux opinions juridiques étaient bien articulées et offraient une interprétation tout à fait raisonnable des dispositions du *Code civil* camerounais relatives à l'adoption. Les conclusions de la SAI en l'espèce, qui reposaient uniquement sur sa propre compréhension et faisaient abstraction de tous les éléments de preuve documentaire déposés, n'appartenaient pas aux issues raisonnables possibles au regard de la preuve.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Civil Code*, Arts. 344, 347, 348, 351, 352, 355, 356, 357, 358, 360, 361, 367, 368, 369, 370 (Cameroon).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 12(1), 72(1).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 3(2), 117(2) (as am. by SOR/2010-208, s. 2), (3).  
*Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, r. 25.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, May 29, 1993, [1997] Can. T.S. No. 12.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*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; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 655.

##### 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; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *Xiao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 195, [2009] 4 F.C.R. 510, 341 F.T.R. 217, 79 Imm. L.R. (3d) 229; *Kisimba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 252; *Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 364; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200, 206 D.L.R. (4th) 727, 19 Imm. L.R. (3d) 199.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code civil*, art. 344, 347, 348, 351, 352, 355, 356, 357, 358, 360, 361, 367, 368, 369, 370 (Cameroun).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 12(1), 72(1).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 3(2), 117(2) (mod. par DORS/2010-208, art. 2), (3).  
*Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230, règle 25.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, [1997] R.T. Can. n° 12.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 655.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Xiao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 195, [2009] 4 R.C.F. 510; *Kisimba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 252; *Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 364; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada dismissing the applicant's appeal of an immigration officer's decision rejecting his application for permanent residence under the family class for his three adoptive children. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada rejetant l'appel du demandeur à l'encontre d'une décision de l'agent d'immigration refusant la demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial de ses trois enfants adoptifs. Demande accueillie.

#### APPEARANCES

*Amina Chakibi* for applicant.  
*Sylviane Roy* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Amina Chakibi* pour le demandeur.  
*Sylviane Roy* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Amina Chakibi*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Amina Chakibi*, Montréal, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendu en français par*

[1] BÉDARD J.: This is an application for judicial review under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act), of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the IAD), dated February 5, 2010, dismissing the applicant's appeal of a decision of the immigration officer of the Canadian Embassy in Abidjan, rejecting his application for permanent residence under the family class for the Cameroonian applicant's three adoptive children.

[1] LA JUGE BÉDARD : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la SAI), datée du 5 février 2010, rejetant l'appel du demandeur à l'encontre d'une décision de l'agent d'immigration de l'ambassade du Canada à Abidjan, refusant la demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial des trois enfants adoptifs du demandeur d'origine camerounaise.

#### Background

[2] The applicant is a Canadian citizen from Cameroon. On October 16, 2006, by a judgment of the court of first instance in Douala, he adopted, through a process of simple adoption, the three children of his friend who had died in 2003. The three children were born to two different mothers.

[3] In April 2008, the applicant took steps to sponsor and obtain visas for the three children for permanent

#### Contexte

[2] Le demandeur est un citoyen canadien originaire du Cameroun. Le 16 octobre 2006, par jugement rendu par le tribunal de première instance de Douala, il a procédé à l'adoption simple des trois enfants de son ami décédé en 2003. Les trois enfants sont nés de deux mères différentes.

[3] En avril 2008, le demandeur a entrepris des démarches afin de parrainer et d'obtenir des visas de

residence in Canada under the family class.

[4] On May 21, 2008, one of the applicant's adopted daughters, Yogho Carita, who was 16 years old at the time, received a letter from an officer of the visa office of the Canadian Embassy in Abidjan, informing her that the permanent resident applications for the three children might be rejected, as the certificates of simple adoption could not be accepted, and that they were required to file certificates of full adoption, to which the mothers had to consent.

[5] The applicant took the required action and filed with the Embassy a judgment declaring the full adoption of the children, rendered on July 2, 2008, by the court of first instance in Douala.

[6] On April 21, 2009, the senior immigration officer at the Canadian Embassy in Abidjan rejected the application for permanent resident visas for the children on the grounds that they did not meet the requirements of membership in the family class. The officer determined that the adoption was neither valid nor genuine and was entered into primarily for the purpose of acquiring a status or privilege in relation to the Act.

[7] The applicant appealed this decision to the IAD. The appeal was dismissed. Although the immigration officer had rejected the visa application on two grounds, namely, the legal invalidity of the adoptions and their lack of genuineness, the IAD decided to review the first ground only. During the appeal process, the respondent added another ground for rejecting the visa application, namely, that the applicants' adoption did not have the effect of severing the pre-existing legal parent-child relationship with their biological parents.

#### The impugned decision

[8] The IAD held that the applicant had failed to establish that the children's adoption was legally valid and met the requirements of subsection 3(2) and paragraph 117(3)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations). The IAD held that the applicants' adoption did

résidence permanente au Canada pour les trois enfants dans la catégorie du regroupement familial.

[4] Le 21 mai 2008, une des filles adoptives du demandeur, Yogho Carita, alors âgée de 16 ans, a reçu une lettre envoyée par un agent du bureau des visas de l'ambassade du Canada à Abidjan l'informant que les demandes de résidence permanente pour les trois enfants pourraient être refusées parce que les actes d'adoption simple ne peuvent être acceptés et qu'ils devaient produire des actes d'adoption plénière auxquels les mères devaient consentir.

[5] Le demandeur a entrepris les démarches requises et il a déposé à l'ambassade un jugement statuant sur l'adoption plénière des enfants rendu le 2 juillet 2008, par le tribunal de première instance de Douala.

[6] En date du 21 avril 2009, l'agent d'immigration principal de l'ambassade du Canada à Abidjan a refusé la demande de visas de résidence permanente des enfants au motif qu'ils ne répondaient pas aux exigences pour faire partie de la catégorie du regroupement familial. L'agent a jugé que l'adoption n'était ni valide, ni authentique et qu'elle visait principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège aux termes de la Loi.

[7] Le demandeur a porté cette décision en appel devant la SAI. La demande a été rejetée. Bien que l'agent d'immigration avait rejeté la demande de visas pour deux motifs, soit l'invalidité en droit des adoptions et leur manque d'authenticité, la SAI a décidé d'examiner uniquement le premier motif. Au cours du processus d'appel, le défendeur a ajouté un motif de contestation à la demande de visa, soit que l'adoption des demandeurs n'avait pas eu pour effet de rompre tout lien de filiation préexistant des enfants avec leurs parents biologiques.

#### La décision contestée

[8] La SAI a jugé que le demandeur n'avait pas prouvé que l'adoption des enfants était valide en droit et qu'elle répondait aux exigences du paragraphe 3(2) et de l'alinéa 117(3)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). La SAI a conclu que l'adoption des

not comply with the Cameroonian *Civil Code* and that it did not sever the pre-existing legal parent-child relationship with the biological parents.

demandeurs n'avait pas été faite en conformité avec le *Code civil* camerounais et qu'elle n'avait pas eu pour effet de rompre tout lien de filiation entre les enfants du demandeur et leurs parents biologiques.

#### Issues

#### Les questions en litige

[9] This application for judicial review raises the two following issues:

[9] La présente demande de contrôle judiciaire souève les deux questions suivantes :

(1) Did the IAD breach the duty of procedural fairness by not holding a hearing before rendering its decision?

1) La SAI a-t-elle manqué à son obligation d'équité procédurale en ne convoquant pas d'audience avant de rendre sa décision?

(2) Did the IAD err in its assessment of the legal validity of the applicant's adoption of the children and whether it complies with the Regulations?

2) La SAI a-t-elle erré dans son appréciation de la validité en droit de l'adoption des enfants du demandeur et de sa conformité avec le Règlement?

#### Analysis

#### Analyse

##### Standard of review

##### Norme de contrôle

[10] The first issue is one of procedural fairness and must be reviewed according to the standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392).

[10] La première question met en cause l'équité procédurale et doit être révisée selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392).

[11] The second issue involves establishing the content and interpretation of Cameroonian law, and the case law recognizes that such issues constitute questions of fact that must be reviewed according to the standard of reasonableness (*Xiao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 195, [2009] 4 F.C.R. 510; *Kisimba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 252; *Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 364; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200; *Dunsmuir and Khosa*).

[11] La deuxième question met en cause la preuve du contenu et de l'interprétation du droit camerounais et la jurisprudence a reconnu que ces questions constituaient des questions de faits qui doivent être révisées en suivant la norme de la raisonnabilité (*Xiao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 195, [2009] 4 R.C.F. 510; *Kisimba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 252; *Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 364; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200; *Dunsmuir et Khosa*).

[12] In applying the standard of reasonableness, the Court must be deferential and not substitute its own

[12] Lorsqu'elle applique la norme de la raisonnabilité, la Cour doit faire preuve de déférence à l'égard du

opinion for that of the decision maker. The role of the Court was established in *Dunsmuir*, at paragraph 47:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

*(1) Did the IAD breach its duty of fairness by not holding a hearing before rendering its decision?*

[13] The IAD held that the applicant had failed to establish that the children's adoption complied with Cameroonian law and had severed the pre-existing legal parent-child relationship with the biological parents. As mentioned above, in arriving at this decision, the IAD interpreted the provisions of the Cameroonian *Civil Code* and set aside the adoption judgment and legal opinions filed by the applicant.

[14] The applicant claims that a hearing would have enabled him to explain the apparent contradictions between the judgment and the provisions of the *Civil Code* and that it was not open to the IAD to interpret Cameroonian law without hearing witnesses who could have enlightened it with respect to the proper interpretation to be given to those documents. The applicant also submits that in the absence of evidence, the IAD committed factual errors, particularly in its finding that the children lived with their mothers.

[15] The respondent, on the other hand, submits that the applicant had ample opportunity to express his point of view in writing and that his right to be heard was therefore respected.

[16] He states that the burden was on the applicant to provide any necessary evidence or arguments in support of his position.

décideur et elle ne doit pas substituer son opinion à la sienne. Le rôle de la Cour a été établi dans l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 47 :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

*1) La SAI a-t-elle manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de tenir une audience avant de rendre sa décision?*

[13] La SAI a déterminé que le demandeur n'avait pas réussi à prouver que l'adoption des enfants était conforme au droit camerounais ni qu'elle rompait les liens de filiation préexistants des enfants. Tel que mentionné précédemment, pour arriver à sa conclusion, la SAI a interprété les dispositions du *Code civil* camerounais et elle a écarté le jugement d'adoption et les opinions juridiques déposées par le demandeur.

[14] Le demandeur prétend qu'une audience aurait permis d'expliquer les contradictions apparentes entre le jugement et les dispositions du *Code civil* et que la SAI n'avait pas la compétence pour interpréter seule le droit camerounais sans entendre des témoins qui auraient pu l'éclairer sur l'interprétation à donner à ces documents. Le demandeur soutient également qu'en l'absence d'audience, la SAI a effectué des erreurs factuelles, notamment en concluant que les enfants vivaient avec leurs mères.

[15] Le défendeur, pour sa part, soutient que le demandeur a eu amplement l'occasion de faire valoir son point de vue par écrit et qu'ainsi, son droit d'être entendu a été respecté.

[16] Il déclare que le fardeau incombait au demandeur de fournir toute la preuve ou les arguments nécessaires à l'appui de sa position.



[17] The IAD is not required to hold a hearing. Subrule 25(1) of the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, reads as follows:

Proceeding  
in writing

**25.** (1) Instead of holding a hearing, the Division may require the parties to proceed in writing if this would not be unfair to any party and there is no need for the oral testimony of a witness.

[18] In *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 655, the Court wrote that there was no breach of procedural fairness if the applicant knew of the case to be decided by the IAD and had been given an opportunity to submit evidence and arguments related to the issue and if the IAD based its decision on all the materials before it.

[19] In this case, the applicant knew what issue was before the tribunal and had been given the opportunity to file all the evidence and arguments he wanted in support of his claims. During the proceedings, the IAD gave him extensions and even allowed him to file exhibits after the deadlines for doing so had passed. Moreover, the applicant seemed satisfied with the procedures followed by the IAD and never requested a hearing. I am therefore of the view that no unfairness resulted from the IAD's decision to proceed in writing.

[20] Therefore, there is no reason for the Court to intervene in the IAD's decision on this ground.

(2) *Did the IAD err in its assessment of the legal validity of the applicant's adoption of the children and whether it complies with the Regulations?*

[21] I find that although the IAD considered the right questions, it erred in its assessment of the evidence.

[22] It is worth reviewing the legislative and regulatory provisions that the IAD had to apply in deciding the appeal before it. Subsection 12(1) of the Act states that a foreign national may be selected as a member of

[17] La SAI n'a pas l'obligation de tenir une audience. Le paragraphe 25(1) des *Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230 prévoit ce qui suit :

Procédures  
sur pièces

**25.** (1) La Section peut, au lieu de tenir une audience, exiger que les parties procèdent par écrit, à condition que cette façon de faire ne cause pas d'injustice et qu'il ne soit pas nécessaire d'entendre des témoins.

[18] Dans la décision *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 655, la Cour a indiqué qu'il n'y avait pas de violation de l'équité procédurale si le demandeur connaissait la question que devait trancher la SAI, s'il avait eu l'occasion de présenter ses éléments de preuve et ses arguments se rapportant à cette question et si la SAI avait appuyé sa décision sur tous les éléments dont elle était saisie.

[19] En l'espèce, le demandeur connaissait la question en litige devant le tribunal et il a eu l'occasion de déposer toutes les pièces et arguments qu'il souhaitait au soutien de ses prétentions. Au cours du processus, la SAI lui a accordé des délais supplémentaires et lui a même permis de déposer des pièces alors que les délais pour se faire étaient expirés. De plus, le demandeur a semblé satisfait du processus suivi par la SAI et il ne lui a jamais demandé de convoquer une audience. J'estime donc qu'aucune injustice n'a découlé de la décision de la SAI de procéder par écrit.

[20] Il n'y a donc pas lieu que la Cour révisé la décision de la SAI sur ce motif.

2) *La SAI a-t-elle erré dans son appréciation de la validité de l'adoption des enfants du demandeur et de sa conformité avec le Règlement?*

[21] Je considère que bien que la SAI se soit posé les bonnes questions, elle a erré dans son appréciation de la preuve.

[22] Il importe de citer les dispositions législatives et réglementaires que la SAI devait appliquer pour trancher l'appel dont elle était saisie. Le paragraphe 12(1) de la Loi prévoit que la sélection d'un

the “family class” on the basis of his or her relationship as a family member—such as a child—of a Canadian citizen or permanent resident.

[23] According to subsection 117(2) [as am. by SOR/2010-208, s. 2] of the Regulations, a child who was adopted when he or she was under the age of 18 shall not be considered a member of the family class on the basis of his or her relationship to a Canadian citizen or permanent resident unless the adoption was in the best interests of the child within the meaning of the Hague Convention on Adoption [*Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, May 29, 1993, [1997] Can. T.S. No. 12].

[24] Subsection 117(3) of the Regulations sets out the following criteria to be considered to determine whether the adoption was in the best interests of the child:

#### 117. ...

Best interests  
of the child

(3) The adoption referred to in subsection (2) is considered to be in the best interests of a child if it took place under the following circumstances:

(a) a competent authority has conducted or approved a home study of the adoptive parents;

(b) before the adoption, the child’s parents gave their free and informed consent to the child’s adoption;

(c) the adoption created a genuine parent-child relationship;

(d) the adoption was in accordance with the laws of the place where the adoption took place;

(e) the adoption was in accordance with the laws of the sponsor’s place of residence and, if the sponsor resided in Canada at the time the adoption took place, the competent authority of the child’s province of intended destination has stated in writing that it does not object to the adoption;

étranger dans la catégorie du « regroupement familial » se fait en fonction de sa relation avec un citoyen ou un résident permanent canadien à divers titres, dont en tant qu’enfant de ce dernier.

[23] En vertu du paragraphe 117(2) [mod. par DORS/2010-208, art. 2] du Règlement, un enfant adopté de moins de 18 ans ne peut être considéré comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de sa relation avec un répondant citoyen ou résident permanent canadien que si l’adoption a eu lieu dans l’intérêt supérieur de l’enfant au sens de la Convention sur l’adoption [*Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale*, 29 mai 1993, [1997] R.T. Can. n° 12].

[24] Le paragraphe 117(3) du Règlement énonce les critères à prendre en considération afin de déterminer si l’intérêt supérieur de l’enfant a effectivement été respecté :

#### 117. [...]

(3) L’adoption visée au paragraphe (2) a eu lieu dans l’intérêt supérieur de l’enfant si les conditions suivantes sont réunies :

Intérêt  
supérieur  
de l’enfant

a) des autorités compétentes ont fait ou ont approuvé une étude du milieu familial des parents adoptifs;

b) les parents de l’enfant ont, avant l’adoption, donné un consentement véritable et éclairé à l’adoption de l’enfant;

c) l’adoption a créé un véritable lien affectif parent-enfant entre l’adopté et l’adoptant;

d) l’adoption était, au moment où elle a été faite, conforme au droit applicable là où elle a eu lieu;

e) l’adoption est conforme aux lois du lieu de résidence du répondant et, si celui-ci résidait au Canada au moment de l’adoption, les autorités compétentes de la province de destination ont déclaré par écrit qu’elle ne s’y opposaient pas;

(f) if the adoption is an international adoption and the country in which the adoption took place and the child's province of intended destination are parties to the Hague Convention on Adoption, the competent authority of the country and of the province have stated in writing that they approve the adoption as conforming to that Convention; and

(g) if the adoption is an international adoption and either the country in which the adoption took place or the child's province of intended destination is not a party to the Hague Convention on Adoption, there is no evidence that the adoption is for the purpose of child trafficking or undue gain within the meaning of that Convention.

[25] Also, subsection 3(2) of the Regulations specifies that adoption must mean an adoption that “creates a legal parent-child relationship and severs the pre-existing legal parent-child relationship.”

[26] In this case, the IAD had to address whether the adoption of the three children was valid under Cameroonian law and verify whether it had severed the pre-existing parent-child relationship.

[27] The IAD concluded that the children's adoption did not respect the Cameroonian *Civil Code* and that, accordingly, it did not meet the requirements of paragraph 117(3)(d) of the Regulations. It then concluded that the adoption did not sever the legal parent-child relationship with their biological families and that it therefore did not meet the definition of adoption set out in subsection 3(2) of the Regulations.

[28] It is important to summarize the *Civil Code* provisions governing adoption to appreciate the evidence in the record and the IAD's reasoning.

[29] Title 8 of the Cameroonian *Civil Code* governs two specific filiation regimes: adoption and adoptive legitimation.

[30] The regime of adoption is governed by articles 343 to 367 of the Cameroonian *Civil Code*, which set out the following parameters for its application:

f) s'il s'agit d'une adoption internationale et que le pays où l'adoption a eu lieu et la province de destination sont parties à la Convention sur l'adoption, les autorités compétentes de ce pays et celles de cette province ont déclaré par écrit qu'elles estimaient que l'adoption était conforme à cette convention;

g) s'il s'agit d'une adoption internationale et que le pays où l'adoption a eu lieu ou la province de destination ne sont pas parties à la Convention sur l'adoption, rien n'indique que l'adoption projetée a pour objet la traite de l'enfant ou la réalisation d'un gain indu au sens de cette convention.

[25] En outre, le paragraphe 3(2) du Règlement précise que l'adoption doit s'entendre « du lien de droit qui unit l'enfant à ses parents et qui rompt tout lien de filiation préexistant ».

[26] En l'espèce, la SAI devait statuer sur la conformité de l'adoption des trois enfants avec le droit camerounais et vérifier si l'adoption avait eu pour effet de rompre les liens de filiation préexistants des enfants avec leurs parents biologiques.

[27] La SAI a conclu que l'adoption des enfants n'était pas conforme au *Code civil* du Cameroun et que, par conséquent, elle ne répondait pas aux exigences de l'alinéa 117(3)d) du Règlement. Elle a ensuite conclu que l'adoption survenue n'avait pas rompu les liens de filiation des enfants avec leurs familles naturelles et que, dès lors, l'adoption ne correspondait pas à la définition d'adoption prévue au paragraphe 3(2) du Règlement.

[28] Il importe de résumer les dispositions du *Code civil* relatives à l'adoption pour bien saisir la preuve déposée au dossier et le raisonnement suivi par la SAI.

[29] Le titre huitième du *Code civil* camerounais traite de deux régimes particuliers de filiation : l'adoption et la légitimation adoptive.

[30] Le régime d'adoption est prévu aux articles 343 à 367 du *Code civil* camerounais qui énoncent les paramètres d'application suivants :

- The qualities required of the adopters are set out in article 344;
  - The consent of the parents or the surviving parent of an adopted child is required if the adoptee is a minor (article 347);
  - The consent of the parent or parents may be provided in the deed of adoption or before a notary or justice of the peace (article 348);
  - The adopter and the child he or she proposes to adopt, if the latter is older than 16, must appear before a notary or a justice of the peace to [TRANSLATION] “execute an instrument of their respective consents” (article 358);
  - The deed of adoption must be homologated by the court of the domicile of the adopter. The court is seized of the application to which a copy of the deed of adoption is attached (article 360);
  - The court seized of the motion to homologate verifies whether all of the legal conditions have been satisfied, whether there are justifiable reasons for the adoption and whether the adoption will be beneficial to the adoptee (article 361);
  - The adoptee remains with his or her biological family and retains all of his or her rights, but the adopter is the sole individual invested with paternal authority over the adoptee and is the sole individual who can consent to his or her marriage (article 351);
  - The adoptee and the adopter have a mutual obligation of support (article 355);
  - The rights of succession of the adoptee are set out in articles 356 and 357;
  - The adoption may be revoked by a judgment of the court for serious reasons (article 367).
- Les qualités requises des adoptants sont prescrites à l’article 344;
  - Le consentement des parents ou du parent survivant d’un enfant adopté est requis lorsque la personne adoptée est mineure (article 347);
  - Le consentement du ou des parents peut être donné dans l’acte d’adoption ou par acte authentique devant un notaire ou un juge de paix (article 348);
  - L’adoptant et l’enfant qu’il veut adopter, si ce dernier a plus de 16 ans, doivent se présenter devant un juge de paix ou un notaire pour « passer acte de leurs consentements respectifs » (article 358);
  - L’acte d’adoption doit être homologué par le tribunal du domicile de l’adoptant. Le tribunal est saisi par le biais d’une requête à laquelle est jointe une copie de l’acte d’adoption (article 360);
  - Le tribunal saisi de la requête en homologation vérifie si toutes les conditions de la loi sont remplies, s’il y a des justes motifs de l’adoption et si l’adoption présente des avantages pour l’adopté (article 361);
  - L’adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits mais l’adoptant est le seul investi de la puissance paternelle à l’égard de l’adopté et il est le seul à pouvoir consentir à son mariage (article 351);
  - L’adopté et l’adoptant se doivent mutuellement des aliments (article 355);
  - Les droits successoraux de l’adopté sont prévus aux articles 356 et 357;
  - L’adoption peut être révoquée par jugement du tribunal pour des motifs graves (article 367).

[31] Article 352 of the *Cameroonian Civil Code* provides an important exception to the principle set out in the first paragraph of article 351 that the adoptee remains with his or her biological family and retains all of his or her rights. It reads as follows:

[31] L’article 352 du *Code civil* camerounais prévoit une exception importante au principe prévu au premier alinéa de l’article 351, suivant lequel l’adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits. Il se lit comme suit :

[TRANSLATION] Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of the preceding article, the court, in homologating the deed of adoption, may, at the adopter's request, if the adoptee is less than 21 years of age, decide after investigation that the adoptee shall cease to be a member of his or her biological family, subject to the prohibitions to marriage set out in articles 161, 162, 163 and 164 of this Code. In that case, no acknowledgment subsequent to the adoption shall be admitted; furthermore, the adopter or the surviving adopter may designate a testamentary tutor.

[32] Adoptive legitimation is governed by articles 368 to 370 of the Cameroonian *Civil Code*. This type of filiation is permitted only for children less than five years of age who have been abandoned by their parents or whose parents are deceased or unknown. Article 369 states that this type of adoption is irrevocable, and article 370 provides that the child ceases to belong to his or her biological family and has the same rights and obligations as if he or she had been born of the marriage.

[33] The reasoning on which the IAD based its conclusion that the children's adoption was not valid under Cameroonian law can be summarized as follows:

- Cameroonian law, and more specifically the Cameroonian *Civil Code*, does not provide for the type of adoption (full adoption) claimed by the applicant and his adopted children;
- The legal opinions filed by the applicant contradict the provisions of the Cameroonian *Civil Code*;
- The children could only have been adopted under one or the other of the adoption regimes provided for by the *Civil Code*: the general adoption regime or adoptive legitimation;
- Full adoption is a concept that implies the severing of the pre-existing parent-child relationship. As only adoptive legitimation severs the pre-existing parent-child relationship, the full adoption claimed by the applicant is most closely analogous to adoptive legitimation;
- If the adoption judgment must be considered adoptive legitimation, it is not valid under the Cameroonian

Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article précédent, le tribunal, en homologuant l'acte d'adoption, peut à la demande de l'adoptant et s'il s'agit d'un mineur de moins de vingt et un ans, décider après enquête que l'adopté cessera d'appartenir à sa famille naturelle sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161, 162, 163 et 164 du présent Code. Dans ce cas aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise; d'autre part l'adoptant ou le survivant des adoptants pourra désigner un tuteur testamentaire.

[32] La légitimation adoptive est prévue aux articles 368 à 370 du *Code civil* camerounais. Cette forme de filiation est permise uniquement à l'égard des enfants de moins de cinq ans qui ont été abandonnés par leurs parents ou dont les parents sont décédés ou inconnus. L'article 369 prévoit que cette forme d'adoption est irrévocable et l'article 370 édicte que l'enfant cesse d'appartenir à sa famille naturelle et qu'il a les mêmes droits et obligations que s'il était né du mariage.

[33] L'essentiel du raisonnement qui a amené la SAI à conclure que l'adoption des enfants n'était pas conforme au droit camerounais est fondé sur les propositions suivantes :

- Le droit camerounais, et plus particulièrement le *Code civil* camerounais, ne prévoit pas le type d'adoption (l'adoption plénière) dont se réclament le demandeur et ses enfants adoptifs;
- Les opinions juridiques déposées par le demandeur contredisent les dispositions du *Code civil* camerounais;
- L'adoption des enfants ne pouvait être faite que sous l'un ou l'autre des régimes d'adoption prévus au *Code civil* : l'adoption selon le régime général ou la légitimation adoptive;
- L'adoption plénière est un concept qui implique une rupture des liens de filiation préexistants. Comme seule la légitimation adoptive prévoit la rupture des liens de filiation préexistants, l'adoption plénière à laquelle le demandeur prétend se rapproche de la légitimation adoptive;
- Si le jugement d'adoption doit être considéré comme une légitimation adoptive, il n'est pas conforme au *Code*

*Civil Code*, which provides that adoptive legitimation is restricted to children less than five years old who have been abandoned by their parents or whose parents are deceased;

- The adoption is not valid under the general adoption regime either because several requirements of the *Civil Code* were not respected in this case.

[34] One of the premises of the IAD's reasoning is its conclusion that the Cameroonian *Civil Code* does not provide for full adoption, in other words, that this adoption regime does not exist. Also, a court could not have found that the three children had been adopted under this regime.

[35] While it is accurate to state that the Cameroonian *Civil Code* does not expressly mention full adoption, the documentary evidence filed by the applicant supported the existence and validity of full adoption in Cameroonian law, particularly in light of the exception set out in article 352 of the *Civil Code*. The two legal opinions filed by the applicant confirmed the existence of full adoption and its basis in the *Civil Code*.

[36] The IAD set aside the legal opinions on the grounds that they contained statements that contradicted the Cameroonian *Civil Code*. The IAD wrote the following (at paragraphs 13 and 20):

Note that Cameroonian lawmakers do not use the terms "simple" adoption or "full" adoption, but instead refer to "adoption" and "adoptive legitimation." Only the Cameroonian trial court referred in its decision to "full" adoption, whilst the appellant's counsel, basing his arguments on the opinions of two Cameroonian lawyers, submits that a distinction must be made in Cameroonian law between "simple" adoption and "full" adoption, without however demonstrating that these terms exist in the Cameroonian *Civil Code*.

...

Moreover, elements of the opinions expressed by the two Cameroonian lawyers contradict the Cameroonian *Civil Code*. The panel notes that the first opinion asserts that sections 343–367 gave rise to full adoption which results in

*civil* camerounais qui prévoit que la légitimation adoptive est limitée aux enfants de moins de cinq ans qui sont abandonnés par leurs parents ou dont les parents sont décédés;

- L'adoption envisagée selon le régime général d'adoption n'est pas non plus valide parce que plusieurs exigences prévues au *Code civil* n'ont pas été respectées en l'espèce.

[34] L'une des prémisses à la base du raisonnement de la SAI réside dans sa conclusion que le *Code civil* camerounais ne prévoit pas l'adoption plénière et que, partant, ce régime d'adoption n'existe pas. Aussi, un tribunal ne pouvait pas conclure que les trois enfants étaient adoptés selon ce régime.

[35] Bien qu'il soit exact d'affirmer que le *Code civil* camerounais ne mentionne pas expressément l'adoption plénière, la preuve documentaire soumise par le demandeur soutenait l'existence et la validité de l'adoption plénière en droit camerounais, notamment au terme de l'exception prévue à l'article 352 du *Code civil*. Les deux opinions juridiques déposées par le demandeur confirmaient l'existence de l'adoption plénière et ses assises dans le *Code civil*.

[36] La SAI a écarté ces opinions juridiques au motif qu'elles contenaient des affirmations contradictoires avec le *Code civil* du Cameroun. À cet égard, la SAI s'exprime comme suit (aux paragraphes 13 et 20) :

Rappelons que le législateur camerounais n'utilise pas les termes d'adoption « simple » ou d'adoption « plénière », mais parle plutôt d' « adoption » et de « légitimation adoptive ». Ce n'est que le tribunal de Première Instance du Cameroun qui mentionne dans son jugement le terme d'adoption « plénière », alors que le conseil de l'appelant, basé sur les opinions de deux avocats camerounais, allègue l'existence d'une distinction à faire en droit camerounais entre adoption « simple » et adoption « plénière », sans toutefois démontrer l'existence de ces termes dans le *Code civil* du Cameroun.

[...]

Qui plus est, les opinions des deux avocats camerounais contiennent des affirmations contradictoires avec le *Code Civil* du Cameroun. Ainsi, le tribunal constate que la première opinion affirme que les articles 343 à 367 ont créé l'adoption

the severing of any parent child relationship with the birth family, while citing in the same paragraph section 351 of the Cameroonian *Civil Code*, which states that [translation] “the adopted child remains in his birth family and maintains all his rights therein.” The second opinion asserts that [translation] “the only point in common between the two notions is with respect to the interest of the child and of the severing of ties with his birth family,” which is contrary to the provisions of section 351 of the Cameroonian *Civil Code*.

[37] The respondent submits that it was for the IAD to interpret the evidence submitted regarding Cameroonian law and to decide how much weight to attribute to the legal opinions, particularly given that there was no evidence that the lawyers who issued the opinions were experts in the law of adoption.

[38] I agree that it is for the IAD to assess the evidence regarding the existence and meaning of the Cameroonian law, but its assessment of the evidence and interpretation of the legislative provisions must be reasonable.

[39] I also agree that the evidence does not establish that Mr. Tétang and Mr. Tsapi are experts in the law of adoption. However, in assessing the weight to be given to legal opinions on the scope of foreign legislative provisions and in deciding whether to set them aside, it is important to understand them. With respect, the above-cited passages from the IAD decision do not accurately reflect the opinions issued by the two lawyers and demonstrate that the IAD understood neither the arguments of the two lawyers, nor the scope of article 352 of the *Civil Code*.

[40] I shall begin by addressing the first opinion issued by Mr. Tétang.

[41] Contrary to what the IAD has stated, Mr. Tétang does not claim that full adoption has been created by articles 343 to 367. Rather, he states that full adoption is a particular form of adoption that results from the application of the exception set out in article 352 of the *Civil Code*, which has different effects on the pre-existing parent-child relationship.

[42] In his opinion, Mr. Tétang begins by explaining the difference between adoptive legitimation and full

plénière qui a pour effet de rompre tout lien de l'enfant avec sa famille d'origine, tout en citant dans le même paragraphe l'article 351 du *Code Civil* camerounais qui dispose que « l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits ». Quant à la deuxième opinion, elle affirme que « le seul point commun aux deux notions ne se trouve que dans l'intérêt de l'enfant et de la rupture des liens avec sa famille naturelle », contrairement aux dispositions de l'article 351 du *Code Civil* camerounais.

[37] Le défendeur soutient qu'il appartenait à la SAI d'interpréter la preuve soumise eu égard au droit camerounais et qu'elle pouvait décider de la valeur probante à accorder aux opinions juridiques, d'autant plus qu'il n'y a pas de preuve que les avocats qui ont émis les opinions sont des experts en matière d'adoption.

[38] Je conviens qu'il appartenait à la SAI d'apprécier la preuve relative à l'existence et au sens du droit camerounais, mais son appréciation de la preuve et son interprétation des dispositions législatives doivent être raisonnables.

[39] Je conviens également que la preuve ne permet pas d'établir que M<sup>e</sup> Tétang et M<sup>e</sup> Tsapi sont des experts en matière d'adoption. Toutefois, pour apprécier la valeur probante à accorder à des opinions juridiques quant à la portée de dispositions législatives étrangères et pour décider de les écarter, encore faut-il bien les comprendre. Or avec égards, les passages précités de la décision de la SAI ne reflètent pas fidèlement les opinions émises par les deux avocats et démontrent que la SAI n'avait pas saisi les propos des deux avocats, ni la portée de l'article 352 du *Code civil*.

[40] Je traiterai d'abord de la première opinion émise par M<sup>e</sup> Tétang.

[41] Contrairement à ce qu'affirme la SAI, M<sup>e</sup> Tétang ne prétend pas que l'adoption plénière a été créée en vertu des articles 343 à 367. Il affirme plutôt que l'adoption plénière est une adoption de forme particulière qui résulte de l'application de l'exception prévue à l'article 352 du *Code civil* entraînant des effets différents quant aux liens de filiation préexistants.

[42] Dans son opinion, M<sup>e</sup> Tétang explique, dans un premier temps, la distinction entre la légitimation

adoption. He then explains how full adoption fits into the overall scheme of the general adoption regime. He writes as follows:

[TRANSLATION]

**II- Isn't full adoption or adoptive legitimation possible only for children less than five (5) years old who are orphaned, abandoned or whose filiation is unknown?**

It is important to begin by noting that this question is poorly formed, as it confuses two separate legal concepts: full adoption and adoptive legitimation.

Both concepts are covered in Book I, Title 8 of the Cameroonian *Civil Code*, entitled: “**ON ADOPTION AND ADOPTIVE LEGITIMATION**”.

This title is divided into two separate chapters, the first governing adoption and the second adoptive legitimation.

The chapter names alone indicate that full adoption and adoption by legitimation are distinct legal concepts and that, accordingly, one cannot use the terms full adoption and adoption by legitimation as though they were synonyms;

As the impugned judgment does not deal with adoptive legitimation, this concept can be dealt with briefly before we switch the focus to full adoption.

...

As the impugned judgment does not deal with adoptive legitimation, the sole reason for enumerating its conditions is to enable us to understand how it differs from full adoption.

**B- ON FULL ADOPTION**

Full adoption is a form of adoption, the judicial creation of a parent-child relationship between two persons, a feature of which is that the child severs all pre-existing ties with the original family and is assimilated as a legitimate child into the adoptive family.

The basis and conditions for adoption are found in sections 343, 344(1); 346(2); 347(1); 350(2); and 351(1) of the Cameroonian *Civil Code* and full adoption is covered by these provisions in combination with article 352 of the Code.

...

adoptive et l'adoption plénière. Il explique ensuite où se situe l'adoption plénière au sein du régime général de l'adoption. Il s'exprime comme suit :

**II- l'adoption plénière ou légitimation adoptive n'est-elle possible que pour les enfants de moins de cinq (5) ans, orphelins, abandonnés ou sans filiation connue?**

Il convient tout d'abord de signaler que cette question est mal formulée, parce qu'elle crée une confusion entre deux notions juridiques distinctes : adoption plénière et légitimation adoptive.

Ces deux notions sont traités dans le code civil applicable au Cameroun dans le livre premier, titre huitième intitulé : « **DE L'ADOPTION ET DE LA LÉGITIMATION ADOPTIVE** ».

Ce titre est divisé en deux chapitres distincts, le premier traitant de l'adoption et le second de la légitimation adoptive.

Les seuls intitulés ci-dessus permettent de se rendre compte de ce que l'adoption plénière et la légitimation adoptive sont des notions *[sic]* juridiques distinctes et on ne peut par conséquent parler de adoption plénière ou légitimation adoptive comme si l'un pouvait se substituer à l'autre ou le valait;

La légitimation adoptive n'étant pas l'objet du jugement querellé, il convient de l'évacuer avant de nous attarder sur l'adoption plénière.

[...]

La légitimation adoptive n'étant pas l'objet du jugement querellé nous n'en avons relevé les conditions que pour permettre de comprendre la différence avec l'adoption plénière.

**B- DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE**

L'adoption plénière est une forme d'adoption c'est à dire de création par jugement d'un lien de filiation entre deux personnes avec la particularité que l'enfant adopté rompt tout lien avec sa famille d'origine et est assimilé à un enfant légitime dans sa famille d'adoption.

L'adoption trouve son fondement et ses conditions dans les articles 343, 344(1); 346 (2); 347 (1); 350 (2); et 351 (1) du code civil Camerounais et l'adoption plénière complète ces textes par l'article 352 du même code.

[...]



## ON THE AGE OF THE ADOPTEE

...

Article 352, which governs full adoption, provides an explicit age requirement for the adoptee: “*the court, in homologating the deed of adoption, may, at the adopter’s request, if the adoptee is less than 21 years of age, decide after investigation that the adoptee shall cease to belong to his or her biological family*”.

This text dictates the age of a child eligible for full adoption, setting it at less than twenty-one (21) years, or up to twenty years.

### B- ON THE EXISTENCE OF THE ADOPTEE’S PARENTS

For the adoption of a sixteen-year-old minor child, the above-mentioned article 347 requires the consent of his or her parents if they are living; this simply means that the adoptee is neither an orphan, nor abandoned, nor of unknown filiation.

Adoption is therefore open to children whose parents are known and even living, subject to the requirement that if the adoptees are minor, they must consent to their adoption.

### CONCLUSION

In light of the above, the following should be noted:

- Judgment No. 854/5, rendered in July 2008, is valid and genuine, having been rendered by a court of competent jurisdiction in accordance with Cameroonian law;
- In Cameroonian law, full adoption is distinct from adoptive legitimation and, accordingly, the conditions for each are different;
- Full adoption is possible in Cameroon for twenty-year-old minor children, in other words, from birth to age twenty;
- The fact that the children have established filiation and belong to a known family with living parents is not an obstacle to their full adoption;

The judgment does not mention that the exception set out in article 352 of the Civil Code applies, and the statement that the children are henceforth members of the Kenne family does not necessarily imply that the pre-existing parent-child relationships have been severed. The evidence indicates that the children have maintained ties with their biological families.

## SUR L’ÂGE DE L’ENFANT À ADOPTER

[...]

L’article 352 qui consacre l’adoption plénière est plus explicite quant à l’âge de l’adopté lorsqu’il dispose que « *le tribunal, en homologuant l’acte d’adoption, peut à la demande de l’adoptant et s’il s’agit d’un mineur de vingt et un ans décider après enquête que l’adopté cessera d’appartenir à sa famille naturelle* ».

Ce texte détermine donc l’âge de l’enfant qui peut faire l’objet de l’adoption plénière et le fixe à moins de vingt et un ans (21) et donc jusqu’à vingt ans.

### B- SUR L’EXISTENCE DES PARENTS DE L’ADOPTÉ

L’article 347 sus-visé exige pour l’adoption d’un enfant mineur de seize ans le consentement de ses parents si ceux-ci sont encore vivants; cela veut tout simplement dire que l’enfant à adopter n’est ni orphelin de père et de mère, ni abandonné, ni sans filiation.

L’adoption est donc ouverte aux enfants dont les parents sont connus et même vivants, étant entendu que si l’adopté est mineur, ceux-ci doivent consentir à son adoption.

### CONCLUSION

Compte tenu de ce qui précède, vous voudrez bien noter que :

- Le jugement n° 854/5 rendu le juillet 2008 est régulier et authentique comme rendu par une juridiction compétente et conformément à la législation camerounaise ;
- L’adoption plénière en droit camerounais est différente de la légitimation adoptive et par conséquent leurs conditions sont différentes;
- L’adoption plénière au Cameroun est possible pour les enfants mineurs de vingt ans c’est-à-dire de la naissance jusqu’à l’âge de vingt ans;
- La filiation établie des enfants et leur appartenance à une famille connue avec des parents vivants ne font pas obstacle à leur adoption plénière;

Le jugement n’indique pas l’exception prévue à l’article 352 du Code civil s’applique et la mention que les enfants appartiennent désormais à la famille Kenne ne veut pas nécessairement dire que les liens de filiations préexistants sont rompus. La preuve démontre que les enfants ont conservés des liens avec leurs familles naturelles puisqu’ils continuent de

as they continue to bear their mothers' names and continue to live with her. [Underlining added.]

[43] The second legal opinion, issued by Mr. Tsapi, also confirms the existence of full adoption in Cameroonian law and the fact that it is distinct from adoptive legitimation, as well as the fact that [TRANSLATION] “the only two features that the two concepts share are the best interests of the child and the severing of the pre-existing parent-child relationship with the biological parents”. The IAD held that this opinion contradicted article 351 of the *Civil Code*. However, the statement does not contradict article 352, which creates an exception to article 351.

[44] I am of the view that the opinions issued by the two lawyers are well written and offer a perfectly reasonable interpretation of the provisions of the Cameroonian *Civil Code* governing adoption. This interpretation also complies with the definition of full adoption cited by the IAD itself:

On this matter, the dictionary, *Le Petit Robert*, states that unlike “simple adoption,” which leaves ties with the birth family intact, “full adoption” results in [translation] “the severing of ties with the birth family.”

Moreover, in addition to these two legal opinions, several other exhibits in the documentary evidence filed indicate that the concept of full adoption exists in Cameroonian law:

- In his letter dated May 21, 2008, the Canadian Embassy officer himself mentioned that deeds of simple adoption are not acceptable, and that deeds of full adoption must be filed, with the biological mothers abandoning their parental rights.
- The notarized deeds regarding the consent of the mothers clearly refer to the full adoption of the children and the consequences of this type of adoption. Each of the mothers stated in the notarized deeds that she [TRANSLATION] “expressly consented to full adoption”. Each notarized deed also includes the following statement: [TRANSLATION] “She also confirmed that she had been informed by the undersigned Notary of the legal

porter le nom de leurs mères et continuent d’habiter avec elle. [Je souligne.]

[43] La deuxième opinion juridique, émise par M<sup>e</sup> Tsapi, confirme elle aussi l’existence de l’adoption plénière en droit camerounais et son caractère distinct du concept de légitimation adoptive ainsi que le fait que « le seul point commun aux deux notions ne se trouve que dans l’intérêt de l’enfant et de la rupture des liens avec sa famille naturelle ». La SAI a jugé cette opinion contradictoire avec l’article 351 du *Code civil*. Or, la proposition n’est absolument pas contradictoire avec l’article 352 qui crée une exception à l’article 351.

[44] Je considère que les opinions émises par les deux avocats étaient bien articulées et qu’elles offrent une interprétation tout à fait raisonnable des dispositions du *Code civil* camerounais relatives à l’adoption. Cette interprétation est d’ailleurs conforme à la définition de l’adoption plénière que la SAI a elle-même citée :

Dans cette veine, le dictionnaire « Petit Robert » nous apprend qu’à l’encontre de « l’adoption simple » qui laisse subsister des liens avec la famille d’origine, « l’adoption plénière » résulte en une « rupture des liens avec la famille d’origine ».

De plus, outre ces deux opinions juridiques, plusieurs autres éléments de la preuve documentaire déposée tendaient à démontrer que le concept d’adoption plénière existe en droit camerounais :

- Dans sa lettre datée du 21 mai 2008, l’agent de l’Ambassade canadienne mentionne lui-même que les actes d’adoption simple des enfants ne peuvent être acceptés, que des actes d’adoption plénière doivent être produits et que les mères biologiques doivent renoncer à leurs droits parentaux.
- Les actes notariés relatifs au consentement des mères font clairement référence à l’adoption plénière des enfants et aux conséquences de ce type d’adoption. Chacune des mères a déclaré dans les actes notariés « consentir expressément à l’adoption plénière ». Chaque acte notarié comprend également la déclaration suivante : « Elle reconnaît en outre avoir été informée par le Notaire soussigné des effets légaux de l’adoption

effects of the intended full adoption that would confer upon her children a filiation that will substitute for their natural filiation.”

- The concepts of simple and full adoption are also raised in the adoption judgments. Although the first judgment of the children’s adoption in 2006 declared their simple adoption, the July 2008 judgment declared their full adoption.

[45] The IAD based its conclusion on its own interpretation of the *Civil Code* provisions and rejected any documentary evidence based on an opposing interpretation. It is entirely clear that the IAD did not understand the meaning of the legal opinions. I therefore find that, in this case, the IAD’s findings, which were based solely on its own understanding and which failed to take into account all of the documentary evidence filed, do not fall within the range of possible, acceptable outcomes with respect to the evidence.

[46] I also find that the IAD committed an additional error in holding that the judge had not applied the exception set out in article 352 of the *Civil Code* in pronouncing the adoption and that the adoption did not have the effect of severing the children’s pre-existing parent-child relationships. The IAD wrote the following:

The panel is convinced that the type of adoption described in sections 343–367 of the Cameroonian *Civil Code* does not sever “any pre-existing legal parent child relationship,” since sections 351, 356, 357, and 367 state the opposite. Moreover, in fact, the appellant failed to demonstrate that the adoption he carried out in Cameroon severed any pre-existing legal parent child relationship, especially since the type of adoption enacted by Cameroonian lawmakers in sections 343–367, on which the appellant is basing his arguments, is revocable, and since section 351 could not be more clear in that it states that [translation] “the adopted child remains in his birth family and maintains all his rights therein,” in comparison to “adoptive legitimation,” which results in the child no longer belonging to his birth family (section 370). Nowhere does the Cameroonian judgment of homologation indicate that, at the adoptive parent’s request, he decided to apply the exception set out in section 352 of the Cameroonian Civil Code, so that the applicants would no longer belong to their respective birth families and no longer maintain all their rights therein. The fact that the applicants continued and still continue to use the surnames of their birth families is but one obvious demonstration of this.

plénière projetée qui confèrera à ses enfants une filiation se substituant à leur filiation d’origine ».

- Les concepts d’adoption simple et d’adoption plénière sont également repris dans les jugements d’adoption. Alors que le premier jugement d’adoption des enfants en 2006 prononçait leur adoption simple, le jugement de juillet 2008 prononçait leur adoption plénière.

[45] La SAI a fondé sa conclusion sur sa propre interprétation des dispositions du *Code civil* et elle a rejeté toute la preuve documentaire déposée qui soutenait une interprétation contraire. Il est de plus manifeste que la SAI n’a pas saisi le sens des opinions juridiques. Je considère donc qu’en l’espèce, les conclusions de la SAI, fondées seulement sur sa propre compréhension et ignorant tous les éléments de preuve documentaire déposés, n’appartiennent pas aux issues raisonnables possibles au regard de la preuve.

[46] Je considère également que la SAI a commis une autre erreur lorsqu’elle a conclu que le juge ayant prononcé l’adoption des enfants n’avait pas appliqué l’exception prévue à l’article 352 du *Code civil* et que l’adoption n’avait pas eu pour effet de rompre les liens de filiation préexistants des enfants. La SAI s’exprime comme suit :

Le tribunal est persuadé que l’adoption prévue aux articles 343 à 367 du *Code Civil* camerounais ne rompt pas « tout lien de filiation préexistant », puisque les articles 351, 356, 357 et 367 indiquent tout le contraire. De plus, l’appelant n’a pas réussi à démontrer que dans les faits, l’adoption qu’il a entreprise au Cameroun a eu pour effet de rompre tout lien de filiation préexistant, d’autant plus que la forme d’adoption adoptée par le législateur camerounais dans les articles 343 à 367 sur lesquels s’appuie l’appelant est révocable, et que l’article 351 est on ne peut plus clair, en précisant que « l’adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits », en comparaison de la « légitimation adoptive » qui, elle, a pour effet de faire cesser l’appartenance de l’enfant à sa famille naturelle (article 370). Nulle part le jugement d’homologation camerounais n’indique qu’à la demande de l’adoptant il a décidé d’appliquer l’exception prévue à l’article 352 du Code civil du Cameroun, de faire cesser l’appartenance des demandeurs à leurs familles naturelles respectives et de ne plus y conserver tous leurs droits. Le fait que les demandeurs ont continué et continuent encore à utiliser les noms de leurs familles naturelles n’en est qu’une démonstration évidente. Le fait que les demandeurs ont

The fact that the applicants continued after the adoption and still continue to live with their respective mothers is a further clear demonstration of this. The fact that the decision states that the adopted children belong to the Kenne family (the appellant's family) does not necessarily mean that the applicants no longer belong to their birth families and maintain all their rights therein. [Emphasis added.]

[47] This passage demonstrates once again that the IAD's reasoning rests entirely on the fact that it does not recognize the full adoption. Moreover, its statement that there was no indication in the judgment that the judge had applied the exception in article 352 was unreasonable in light of the evidence.

[48] The adoption judgment must be understood in the context of all the documentary evidence filed.

[49] First, the judgment on full adoption was a follow-up to the judgment of October 16, 2006, which declared the simple adoption of the three children and made no mention of their birth family. Such a mention would have served no purpose, however, as article 351 of the *Civil Code* sets out that the adoptee remains a part of his or her family and retains all his or her rights.

[50] However, the children's mothers' deeds of consent filed with the court of first instance in support of the application for full adoption expressly state that the mothers were informed of the substitution of filiation that would result from the full adoption.

[51] The judgment dated July 8, 2008, expressly refers to the consent of the mothers and states that it is a declaration of the children's full adoption. This constitutes recognition that the court applied the exception set out in article 352 of the *Civil Code* and that the effect of this adoption was that set out in that article, namely, that the adoptees would cease to be members of their biological families. The judge goes even further by expressly referring to the substitution of the children's pre-existing parent-child relationships in the same terms as those used in article 352. For convenience, I shall reproduce the text of article 352:

continué après l'adoption et continuent encore de résider avec leurs mères respectives en est une autre démonstration évidente. Le fait que le jugement dise que les enfants adoptés appartiennent désormais à la famille Kenne (la famille de l'appelant) ne veut pas nécessairement dire que les demandeurs ont cessé d'appartenir à leurs familles naturelles et d'y conserver tous leurs droits. [Je souligne.]

[47] Ce passage démontre encore une fois que tout le raisonnement de la SAI est fondé sur le fait qu'elle ne reconnaît pas l'adoption plénière. De plus, son affirmation que le jugement n'indique pas que le juge a appliqué l'exception prévue à l'article 352 n'est pas raisonnable eu égard à la preuve.

[48] Le jugement d'adoption doit être compris dans le contexte de l'ensemble de la preuve documentaire déposée.

[49] D'abord, le jugement d'adoption plénière faisait suite au jugement du 16 octobre 2006 qui prononçait l'adoption simple des trois enfants et qui ne faisait aucune mention de leur famille d'appartenance. Une telle mention aurait cependant été inutile parce que l'article 351 du *Code civil* prévoit que l'adopté reste dans sa famille et y conserve tous ses droits.

[50] Toutefois, les actes de consentement des mères des enfants déposés au tribunal de première instance au soutien de la requête pour adoption plénière mentionnent expressément que ces dernières ont été informées de la substitution de filiation qui résulterait de l'adoption plénière.

[51] Le jugement de 2 juillet 2008 réfère expressément aux consentements des mères et il mentionne qu'il prononce l'adoption plénière des enfants. En soi, il s'agissait d'une reconnaissance que le tribunal avait appliqué l'exception prévue à l'article 352 du *Code civil* et que l'effet de cette adoption est celui prévu à cet article, soit que les adoptés cesseront d'appartenir à leur famille naturelle. Le juge va plus loin en mentionnant expressément la substitution des liens de filiation préexistants des enfants, et ce, en utilisant les mêmes termes que ceux utilisés à l'article 352. Il est utile de reproduire à nouveau l'article 352 :

[TRANSLATION] Art. 352 – Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of the preceding article, the court, in homologating the deed of adoption, may, at the adopter's request, if the adoptee is less than 21 years of age, decide after investigation that the adoptee shall cease to be a member of his or her biological family, subject to the prohibitions to marriage set out in articles 161, 162, 163 and 164 of this Code. In that case, no acknowledgement subsequent to the adoption shall be admitted; furthermore, the adopter or the surviving adopter may designate a testamentary tutor. [Emphasis added.]

[52] The judgment of July 2, 2008, of the court of first instance in Douala includes the following statements:

[TRANSLATION]

Whereas by Act No. 168 of the index of Florence NJONGUE ETAME, Notary in Douala, Madam Widow Miyer YOGHO née NKEM Comfort, mother of YOGHO Carita and YOGHO Stanislas NKEM, expressed her consent to this full adoption;

Whereas by Act No. 169 of the index of Florence NJONGUE ETAME, Notary in Douala, Madam YOGHO Ziporah, mother of young DGOUKOUO Ginette, approved the application for full adoption by Mr. KENNE Jean Pierre;

Whereas during the public hearing Madam Widow Miyer YOGHO née NKEM Comfort and Madam YOGHO Ziporah both reiterated their consent to the adoption of the above-named children;

Whereas according to the Bamiléké custom, the custom of the parties, which is not incompatible with the provisions of the written law, states that adoption is permissible if it offers the adoptee better living conditions and if his or her parents or surviving parent consents thereto;

Whereas the submissions and exhibits indicated that there are valid grounds for the full adoption requested by KENNE Jean Pierre, which offers clear benefits for the adoptees;

Whereas there is reason to declare the children YOGHO Carita, YOGHO Stanislas NKEM and DGOUKOUO Ginette, adopted under the regime of full adoption by KENNE Jean Pierre;

Whereas KENNE Jean Pierre has requested that the children so adopted henceforth be members of the KENNE family;

Whereas it is appropriate to allow this application;

Art. 352 – Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article précédent, le tribunal, en homologuant l'acte d'adoption, peut à la demande de l'adoptant et s'il s'agit d'un mineur de vingt et un ans, décider après enquête que l'adopté cessera d'appartenir à sa famille naturelle sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161, 162, 163 et 164 du présent Code. Dans ce cas, aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise; d'autre part, l'adoptant ou le survivant des adoptants pourra désigner à l'adopté un tuteur testamentaire. [Je souligne.]

[52] Or, le jugement du 2 juillet 2008 du tribunal de première instance de Douala, contient entre autres, les mentions suivantes :

Attendu que par acte N° 168 du répertoire de Maître Florence NJONGUE ETAME, Notaire à Douala, dame veuve Miyer YOGHO née NKEM Comfort, mère des enfants YOGHO Carita et YOGHO Stanislas NKEM a exprimé son consentement à cette adoption plénière;

Que par acte N° 169 du répertoire de Maître Florence NJONGUE ETAME, Notaire à Douala, dame YOGHO Ziporah, mère de la jeune DGOUKOUO Ginette a approuvé la demande d'adoption plénière de sieur KENNE Jean Pierre;

Attendu qu'au cours de l'audience publique dame veuve Miyer YOGHO née NKEM Comfort et dame YOGHO Ziporah ont réitéré chacune son consentement à l'adoption de leurs enfants susnommés;

Attendu que la coutume Bamiléké, celles des parties, non contraire aux dispositions du droit écrit énonce que l'adoption est admise si elle offre pour l'adopté des conditions meilleures de vie et si les parents ou celui survivant y consentent;

Que par ailleurs il ressort des débats et des pièces produites que l'adoption plénière sollicitée par KENNE Jean Pierre repose sur de justes motifs et présente des avantages certains pour les adoptés;

Qu'il y a lieu de déclarer que les enfants YOGHO Carita, YOGHO Stanislas NKEM et DGOUKOUO Ginette, sont adoptés suivant le régime de l'adoption plénière par KENNE Jean Pierre;

Attendu que KENNE Jean Pierre a sollicité que les enfants ainsi adoptés appartiennent désormais à la famille KENNE;

Qu'il convient de faire droit à cette demande;

...

[...]

The application is allowed, and it is hereby declared that the children YOGHO Carita, born on October 11, 1991 in Douala; YOGHO Stanislas NKEM, born on March 21, 1996 in Douala and DGOUKOUO Ginette, born July 14, 1991 in Douala, are adopted by KENNE Jean Pierre under the regime of full adoption.

Y faisant droit déclare que les enfants YOGHO Carita née le 11 octobre 1991 à Douala, YOGHO Stanislas NKEM né le 21 mars 1996 à Douala et DGOUKOUO Ginette née le 14 juillet 1991 à Douala sont adoptés suivant le régime de l'Adoption plénière par KENNE Jean Pierre.

It is hereby declared that the children so adopted shall henceforth be members of the KENNE family; [Emphasis added.]

Dit que les enfants ainsi adoptés appartiennent désormais à la famille KENNE; [Je souligne.]

[53] I find that the errors committed by the IAD are determinative because they completely vitiate its reasoning.

[53] J'estime que les erreurs commises par la SAI sont déterminantes parce qu'elles ont eu pour effet de vicier tout son raisonnement.

[54] For all of these reasons, the application for judicial review is allowed. The parties raised no important question warranting certification, and no such question shall be certified.

[54] Pour tous ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. Les parties n'ont proposé aucune question d'importance aux fins de certification et aucune question ne sera certifiée.

#### JUDGMENT

#### JUGEMENT

THE COURT ORDERS that the application for judicial review be allowed and that the file be returned to the IAD for redetermination by a different member. No question is certified.

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie et que le dossier soit retourné devant un autre commissaire de la SAI pour un nouvel examen. Aucune question n'est certifiée.

2010 FCA 307  
A-365-09

2010 CAF 307  
A-365-09

**League for Human Rights of B'nai Brith Canada**  
(*Appellant*)

**Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Wasył Odynsky and the Attorney General of Canada**  
(*Respondents*)

**Wasył Odynsky et le procureur général du Canada**  
(*intimés*)

A-366-09

A-366-09

**League for Human Rights of B'nai Brith Canada**  
(*Appellant*)

**Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Vladimir Katriuk and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Vladimir Katriuk et le procureur général du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : LIGUE DES DROITS DE LA PERSONNE DE B'NAI BRITH CANADA c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Sharlow, Trudel and Stratas JJ.A.—Toronto, May 4; Ottawa, November 12, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Trudel et Stratas, J.C.A.—Toronto, 4 mai; Ottawa, 12 novembre 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeals from Federal Court decision determining on judicial review that Governor in Council having power under Citizenship Act, s. 10(1) to reject Minister of Citizenship and Immigration's recommendation to revoke citizenship of Messrs. Odynsky, Katriuk (respondents) for concealing war past to Canadian immigration authorities — Main issue whether Federal Court correctly holding that Governor in Council having power under Act, s. 10(1) to reject Minister's recommendation, decide not to revoke respondents' citizenship — Under Act, s. 10(1), Governor in Council having power to reject Minister's recommendation to revoke citizenship, enjoying broad discretion to review recommendation — Authorities suggesting that s. 10(1) giving Governor in Council wide discretion to review entire situation on all facts, to reject Minister's recommendation if appropriate — Therefore, Federal Court not erring in making determination on issue in question — Governor in Council's decisions not to revoke respondents' citizenship defensible — Appeals dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appels de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu dans le cadre d'un contrôle judiciaire que le gouverneur en conseil a le pouvoir, en vertu de l'art. 10(1) de la Loi sur la citoyenneté, de rejeter la recommandation du ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté de révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk (les intimés) parce qu'ils avaient caché leur passé pendant la guerre aux services canadiens d'immigration — La principale question à trancher était celle de savoir si la Cour fédérale a conclu à juste titre que le gouverneur en conseil avait le pouvoir, en vertu de l'art. 10(1) de la Loi, de rejeter la recommandation du ministre et de décider de ne pas révoquer la citoyenneté des intimés — En vertu de l'art. 10(1) de la Loi, le gouverneur en conseil dispose du pouvoir de rejeter la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté et d'un vaste pouvoir discrétionnaire l'autorisant à revoir la recommandation — Une certaine jurisprudence permet de penser que l'art. 10(1) confère au gouverneur en conseil un large pouvoir*

*Practice — Parties — Standing — Federal Court determining on judicial review that Governor in Council having power under Citizenship Act, s. 10(1) to reject Minister of Citizenship and Immigration's recommendation to revoke citizenship of Messrs. Odynsky, Katriuk, that appellant having standing to bring applications for judicial review of those decisions — Since appellant not "directly affected" by Governor in Council's decisions within meaning of Federal Courts Act, s. 18.1(1), not having direct standing to bring applications for judicial review — Nevertheless, appellant having public interest standing in present case since meeting established threefold test.*

*Construction of Statutes — Federal Court determining that Governor in Council having power under Citizenship Act, s. 10(1) to reject Minister of Citizenship and Immigration's recommendation to revoke citizenship of Messrs. Odynsky, Katriuk — Interpretation of s. 10(1) never put directly to Federal Court of Appeal for decision — Federal Court correctly examining subsection in light of context, purpose of Act, going beyond literal meaning thereof — Legislative context supporting position that Governor in Council's authority more than mere formality, enjoying broad discretion to review Minister's recommendation that citizenship be revoked.*

These were appeals from a Federal Court decision dismissing applications for judicial review and determining in particular that the Governor in Council's powers under subsection 10(1) of the *Citizenship Act* (the Act) includes the power to reject the Minister of Citizenship and Immigration's recommendation regarding a person's citizenship. The respondents Messrs. Odynsky and Katriuk (respondents) emigrated from Europe to Canada shortly after World War II ended and became citizens of Canada. However, they had a hidden past whereby each served with forces, or associated therewith, that committed brutal, inhuman crimes during the war. Because they concealed this past from Canada's immigration and citizenship authorities, citizenship revocation proceedings under subsection 10(1) of the Act were undertaken against them. The Minister notified the respondents that it intended to issue reports recommending the revocation of their citizenship. The respondents then requested that the

*discrétionnaire lui permettant d'examiner l'ensemble de la situation que les faits exposent et de rejeter, s'il y a lieu, la recommandation du ministre — En conséquence, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tirant sa conclusion à cet égard — Les décisions du gouverneur en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté des intimés étaient justifiables — Appels rejetés.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Cour fédérale a conclu dans le cadre d'un contrôle judiciaire que le gouverneur en conseil a le pouvoir, en vertu de l'art. 10(1) de la Loi sur la citoyenneté, de rejeter la recommandation du ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté de révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk et que l'appelante avait qualité pour solliciter le contrôle judiciaire de ces décisions — Comme l'appelante n'était pas « directement touchée » par les décisions du gouverneur en conseil au sens de l'art. 18.1(1) de la Loi sur les Cours fédérales, elle n'avait donc pas un intérêt direct pour en solliciter le contrôle judiciaire — Néanmoins, l'appelante avait qualité pour agir dans l'intérêt public puisqu'elle répondait au triple critère établi.*

*Interprétation des lois — La Cour fédérale a conclu que le gouverneur en conseil a le pouvoir, en vertu de l'art. 10(1) de la Loi sur la citoyenneté, de rejeter la recommandation du ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté de révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk — La Cour d'appel fédérale n'a jamais été directement saisie de l'interprétation de l'art. 10(1) — La Cour fédérale a eu raison d'examiner la disposition à la lumière de son contexte et de l'objet de la Loi et de ne pas s'en tenir à une interprétation littérale — Le contexte législatif étaye la thèse selon laquelle le pouvoir conféré au gouverneur en conseil soit davantage qu'une simple formalité et que le gouverneur en conseil dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire l'autorisant à revoir la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté.*

Il s'agissait d'appels à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire et a notamment conclu que les pouvoirs que le paragraphe 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté* (la Loi) confère au gouverneur en conseil comprennent le pouvoir de rejeter la recommandation faite par le ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté relativement à la citoyenneté d'une personne. Les intimés, MM. Odynsky et Katriuk (les intimés), ont émigré d'Europe au Canada peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale et ont acquis la citoyenneté canadienne. Cependant, ils avaient un passé qui était demeuré dans l'ombre, ayant tous deux servi au sein de forces, ou en collaboration avec des forces, responsables de crimes brutaux et inhumains. Comme ils avaient caché ce passé aux services canadiens d'immigration et de citoyenneté, la procédure de révocation de la citoyenneté prévu au paragraphe 10(1) de la Loi a été engagée contre eux. Le ministre a avisé les intimés qu'il entendait



matter be referred to the Federal Court. In both cases, the Federal Court found that the respondents had obtained their Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. However, the Governor in Council rejected the Minister's recommendation to revoke the respondents' citizenship. The appellant disagreed with the Governor in Council's decisions and applied for judicial review of these decisions.

The main issues were whether the Federal Court erred in holding that the appellant had standing to bring the applications for judicial review and that the Governor in Council had the power under subsection 10(1) of the Act to reject the Minister's recommendation regarding the respondents and decide not to revoke their citizenship.

*Held*, the appeals should be dismissed.

The appellant was not "directly affected" by the decisions of the Governor in Council within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* and therefore did not have direct standing to bring the applications for judicial review against those decisions. Nevertheless, the appellant had public interest standing in this case since it met the threefold test established by case law, namely that a serious issue be raised; that it have a genuine or direct interest in the outcome of the litigation; and that there be no other reasonable and effective way to bring the issue before the Court. The Federal Court made the proper determination on this issue.

Under subsection 10(1) of the Act, the Governor in Council had the power to reject the Minister's recommendation and decide not to revoke the respondents' citizenship. The Federal Court correctly went beyond the literal meaning of subsection 10(1) and instead examined the subsection in light of its context and the purpose of the Act. The legislative context supported the position that the Governor in Council's authority is more than a mere formality and that the Governor in Council enjoys a broad discretion to review the Minister's recommendation that citizenship be revoked. Furthermore, while the point raised by the appellant concerning the interpretation of subsection 10(1) had never been put directly to the Federal Court of Appeal for decision, there are authorities that suggest that this subsection gives the Governor in Council a wide discretion to review the entire situation on all the facts and, if appropriate, to reject the Minister's recommendation. Consequently, the Governor in Council's role is not simply to set a date for the revocation of citizenship. Therefore, the Federal Court did not err in making its determination on this point.

établir des rapports pour recommander la révocation de leur citoyenneté. Les intimés ont alors demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour fédérale. Dans les deux cas, la Cour fédérale a statué que les intimés avaient acquis la citoyenneté canadienne par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Cependant, le gouverneur en conseil a rejeté les recommandations du ministre de révoquer la citoyenneté des intimés. L'appelante n'était pas d'accord avec les décisions du gouverneur en conseil et elle en a sollicité le contrôle judiciaire.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante avait qualité pour demander le contrôle judiciaire et que le gouverneur en conseil avait, en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi, le pouvoir de rejeter la recommandation formulée par le ministre à l'égard des intimés et de décider de ne pas révoquer leur citoyenneté.

*Arrêt* : les appels doivent être rejetés.

L'appelante n'était pas « directement touchée » par les décisions du gouverneur en conseil au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et elle n'avait donc pas un intérêt direct pour solliciter le contrôle judiciaire de ces décisions. Néanmoins, l'appelante avait qualité pour agir dans l'intérêt public puisqu'elle répondait au triple critère établi dans la jurisprudence, soit qu'il y avait une sérieuse question de droit à trancher; qu'elle possédait un intérêt véritable et direct quant à l'issue du litige; et qu'il n'y avait aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour. La Cour fédérale a tiré la bonne conclusion à cet égard.

Selon le paragraphe 10(1) de la Loi, le gouverneur en conseil avait le pouvoir de rejeter les recommandations du ministre et de décider de ne pas révoquer la citoyenneté des intimés. La Cour fédérale a eu raison de ne pas s'en tenir à une interprétation littérale du paragraphe 10(1) et d'examiner cette disposition à la lumière de son contexte et de l'objet de la Loi. Le contexte législatif étaye la thèse selon laquelle le pouvoir conféré au gouverneur en conseil soit davantage qu'une simple formalité et que le gouverneur en conseil dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire l'autorisant à revoir la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté. Qui plus est, bien que la Cour d'appel fédérale n'ait jamais été directement saisie de la question soulevée par l'appelante quant à l'interprétation du paragraphe 10(1), une certaine jurisprudence permet de penser que cette disposition confère au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d'examiner l'ensemble de la situation que les faits exposent et de rejeter, s'il y a lieu, la recommandation du ministre. Par conséquent, le rôle du gouverneur en conseil ne consiste pas tout simplement à choisir la date de révocation

As to the Governor in Council's decision not to revoke the respondents' citizenship, it was rationally defensible. It was open to the Governor in Council to find that the facts in the matters referred to the Federal Court by the respondents did not implicate any of the three main elements of Canada's war crimes policy.

de la citoyenneté. En conséquence, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tirant sa conclusion à cet égard.

S'agissant de la décision du gouverneur en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté des intimés, cette décision était justifiable d'un point de vue rationnel. Il était loisible au gouverneur en conseil de conclure que les faits des renvois devant la Cour fédérale par les intimés ne comportaient aucun des trois principaux éléments de la politique du Canada en matière de crimes de guerre.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 3, 6.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 11, 13.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1) "Governor in Council".

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin*, 1998 CanLII 7453, 144 F.T.R. 1, 42 Imm. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.); *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2008 FC 732, 334 F.T.R. 63, revg 2008 FC 146, 79 Admin. L.R. (4th) 161, 323 F.T.R. 174; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Admin. L.R. (2d) 229; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, 313 D.L.R. (4th) 378, 83 Imm. L.R. (3d) 1; *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, 142 N.R. 173 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

- Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky*, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, 14 Imm. L.R. (3d) 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk*, 1999 CanLII 7466, 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419, [2000] 3 C.T.C. 220 (C.A.); *Oberlander v.*

#### 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. 3, 6.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 11, 13.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1) « gouverneur en conseil ».
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18.
- 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(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin*, 1998 CanLII 7453 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2008 CF 732, infirmant 2008 CF 146; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395; *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky*, 2001 CFPI 138; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk*, [1999] A.C.F. n° 90 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944, inf. pour d'autres motifs par 2004 CAF 213,

*Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35, revd on other grounds 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3, 241 D.L.R. (4th) 146, 320 N.R. 366; *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.

REFERRED TO:

*Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*, [1976] 2 F.C. 500, (1976), 67 D.L.R. (3d) 505, [1976] C.T.C. 339 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, 314 D.L.R. (4th) 340, 98 Admin. L.R. (4th) 51; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, 60 Admin. L.R. (4th) 247, 64 Imm. L.R. (3d) 226; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489, [1990] 3 W.W.R. 289; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, (1979), 106 D.L.R. (3d) 385, 50 C.C.C. (2d) 353; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, (1978), 92 D.L.R. (3d) 1, [1978] CTC 829; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *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.

AUTHORS CITED

French, Richard D. "The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making" in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds. *The Canadian Political Process*, 3rd ed. Toronto: Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1979.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Ward, Norman. *Dawson's The Government of Canada*, 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

APPEALS from a Federal Court decision (2009 FC 647, [2010] 3 F.C.R. 39, 197 C.R.R. (2d) 267, 349 F.T.R. 35) dismissing applications for judicial review and determining that the Governor in Council has the power under subsection 10(1) of the *Citizenship Act* to reject the Minister of Citizenship and Immigration's recommendation regarding the revocation of citizenship. Appeals dismissed.

[2005] 1 R.C.F. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

DÉCISIONS CITÉES :

*La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national (N° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

DOCTRINE CITÉE

French, Richard D. « The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making » dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, dir. *The Canadian Political Process*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1979.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Ward, Norman. *Dawson's The Government of Canada*, 6<sup>e</sup> éd. Toronto : University of Toronto Press, 1987.

APPELS à l'encontre d'une décision (2009 CF 647, [2010] 3 R.C.F. 39) par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire et a conclu que le gouverneur en conseil possède, en vertu du paragraphe 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, le pouvoir de rejeter la recommandation faite par le ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté relativement à la révocation de la citoyenneté d'une personne. Appels rejetés.

## APPEARANCES

*David Matas* for appellant.  
*David Gates* for respondent Attorney General of Canada.  
*Barbara L. Jackman* for respondent Wasyl Odynsky.  
*Orest H. T. Rudzik* for respondent Vladimir Katriuk.

## SOLICITORS OF RECORD

*David Matas*, Winnipeg, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.  
*Jackman & Associates*, Toronto, for respondent Wasyl Odynsky.  
*Orest H. T. Rudzik*, Toronto, for respondent Vladimir Katriuk.

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

STRATAS J.A.:

## A. Introduction

[1] Shortly after the end of World War II, the respondents Messrs. Odynsky and Katriuk emigrated from war-ravaged Europe. They adopted Canada as their new home. They became citizens. They have lived in Canada ever since, for over half a century.

[2] However, each had a hidden past. Only recently has that past come to light. During World War II, each served with forces, or in association with forces, that committed brutal, inhuman crimes.

[3] Each concealed that past from Canada's immigration and citizenship authorities. Under subsection 10(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 [the Act], citizenship can be revoked where it was obtained by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Citizenship revocation proceedings under subsection 10(1) of the Act began against Messrs. Odynsky and Katriuk.

## ONT COMPARU

*David Matas* pour l'appelante.  
*David Gates* pour l'intimé le procureur général du Canada.  
*Barbara L. Jackman* pour l'intimé Wasyl Odynsky.  
*Orest H. T. Rudzik* pour l'intimé Vladimir Katriuk.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*David Matas*, Winnipeg, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le procureur général du Canada.  
*Jackman & Associates*, Toronto, pour l'intimé Wasyl Odynsky.  
*Orest H. T. Rudzik*, Toronto, pour l'intimé Vladimir Katriuk.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

## A. Introduction

[1] Peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale, les intimés, MM. Odynsky et Katriuk, ont émigré d'une Europe ravagée par la guerre. Ils ont choisi pour nouvelle patrie le Canada. Ils en ont acquis la citoyenneté et y vivent depuis, donc plus d'un demi-siècle.

[2] Chacun avait, cependant, un passé qui était demeuré dans l'ombre. Ce n'est que récemment que ce passé a été révélé. Au cours de la Seconde Guerre mondiale, en effet, ils ont tous deux servi au sein de forces, ou en collaboration avec des forces, responsables de crimes brutaux, inhumains.

[3] Ils avaient tous deux caché ce passé aux services canadiens d'immigration et de citoyenneté. Aux termes du paragraphe 10(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 [la Loi], peut être révoquée la citoyenneté d'une personne qui l'a acquise par fraude, au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. La procédure de révocation de la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk a donc été engagée conformément au paragraphe 10(1) de la Loi.

[4] After an exhaustive fact-finding process, described below, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) issued reports recommending that the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk be revoked. But the Governor in Council decided to reject the Minister's recommendations. As a result, Messrs. Odynsky and Katriuk today remain citizens of Canada.

[5] The appellant is dedicated to bringing war criminals to justice, representing victims of war crimes, and influencing government policy on these subjects. It disagreed with the Governor in Council's decisions. Therefore, it applied for judicial review in the Federal Court, seeking to quash the decisions.

[6] Each application raised four questions for the Federal Court's consideration:

1. Did the appellant have the right, or "standing", to go to the Federal Court and challenge the Governor in Council's decision?
2. If so, did the Governor in Council have the power under subsection 10(1) of the Act to reject the Minister's recommendation?
3. If so, was the Governor in Council's decision to reject the Minister's recommendation reasonable?
4. Was the Governor in Council entitled to reject the Minister's recommendation and decide the matter without receiving the submissions the appellant had made to the Minister?

[7] The Federal Court answered all these questions in the affirmative and dismissed the applications for judicial review. Its reasons in Mr. Odynsky's case are at 2009 FC 647, [2010] 3 F.C.R. 39. Its reasons in Mr. Katriuk's case appear in an order dated June 19, 2009 and simply adopt the reasons given in Mr. Odynsky's case.

[4] Après une enquête approfondie, au sujet de laquelle des précisions sont fournies ci-dessous, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a, dans ses rapports, recommandé la révocation de la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk. Le gouverneur en conseil a décidé, cependant, de rejeter les recommandations du ministre. C'est pourquoi MM. Odynsky et Katriuk demeurent à ce jour citoyens du Canada.

[5] L'appelante a pour mission de faire traduire en justice les criminels de guerre, d'assurer la représentation des personnes victimes de crimes de guerre, et d'influencer en ce domaine la politique du gouvernement. En désaccord avec les décisions du gouverneur en conseil en cette affaire et souhaitant les faire annuler, elle a sollicité le contrôle judiciaire de la Cour fédérale.

[6] Chacune des demandes présentées soumettaient à la Cour fédérale les quatre questions suivantes :

1. L'appelante avait-elle le droit de contester devant la Cour fédérale la décision du gouverneur en conseil, ou avait-elle qualité pour le faire?
2. Dans l'affirmative, le gouverneur en conseil avait-il, en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi, le pouvoir de rejeter la recommandation formulée par le ministre?
3. Dans l'affirmative, la décision du gouverneur en conseil de rejeter la recommandation du ministre était-elle raisonnable?
4. Le gouverneur en conseil avait-il le droit de rejeter la recommandation du ministre et de trancher l'affaire sans tenir compte des observations que l'appelante avait transmises au ministre?

[7] Répondant à ces questions par l'affirmative, la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire. Les motifs de son jugement dans le dossier de M. Odynsky ont été publiés sous la référence 2009 CF 647, [2010] 3 R.C.F. 39. Ses motifs dans le dossier de M. Katriuk, exposés dans une ordonnance en date du 19 juin 2009, reprennent simplement les motifs exposés dans le dossier de M. Odynsky.

[8] In this Court, the appellant submits that the Federal Court erred on all these questions. For the reasons set out below, the Federal Court did not err. Therefore, the appeals should be dismissed.

## B. The facts

### (1) The source of the facts in these cases

[9] The Federal Court dealt with the appellant's challenge largely on the basis of facts found in earlier Federal Court proceedings. These earlier Federal Court proceedings were part of the citizenship revocation process set out in the Act.

[10] An understanding of the citizenship revocation process and how it progressed in the cases of Messrs. Odynsky and Katriuk helps to resolve the questions placed before this Court in this appeal.

### (2) The citizenship revocation process

[11] The key sections in the citizenship revocation process under the Act are sections 10 and 18. They read as follows:

Order in cases of fraud

**10.** (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

[8] L'appelante fait maintenant valoir devant notre Cour qu'en répondant comme elle l'a fait à ces quatre questions la Cour fédérale a commis une erreur. Pour les motifs exposés ci-dessous, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur à cet égard. L'appel doit par conséquent être rejeté.

## B. Les faits

### 1) La source des faits en l'espèce

[9] La Cour fédérale s'est prononcée sur l'action intentée par l'appelante essentiellement au vu des faits constatés dans le cadre de procédures engagées précédemment devant la Cour fédérale. Ces procédures antérieures s'inscrivaient dans le cadre de la procédure de révocation de la citoyenneté prévue par la Loi.

[10] Pour trancher les questions soulevées dans le cadre du présent appel, il convient de bien comprendre la procédure de révocation de la citoyenneté, et quelle forme lui a été donnée dans les dossiers de MM. Odynsky et Katriuk.

### 2) La procédure de révocation de la citoyenneté

[11] Les principales dispositions qui régissent la procédure de révocation de la citoyenneté sont les articles 10 et 18 de la Loi, lesquels disposent :

**10.** (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée :

Décret en cas de fraude

a) soit perd sa citoyenneté;

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

Presumption	(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.	(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.	Présomption
...		[...]	
Notice to person in respect of revocation	<b>18.</b> (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and	<b>18.</b> (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée :	Avis préalable à l'annulation
	(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or	a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;	
	(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.	b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.	
Nature of notice	(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.	(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.	Nature de l'avis
Decision final	(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.	(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.	Caractère définitif de la décision
[12]	In summary, these sections set out the following process for citizenship revocation:	En bref, ces dispositions prévoient, en matière de révocation de la citoyenneté, la procédure suivante :	
	(a) The Minister assesses the circumstances. When the Minister is of the view that he or she should issue a report recommending revocation of citizenship, he or she must give notice of this to the citizen: subsection 18(1) of the Act.	a) Le ministre examine les circonstances de l'affaire. S'il estime qu'il convient d'établir un rapport recommandant la révocation de la citoyenneté, il transmet à l'intéressé un avis en ce sens : paragraphe 18(1) de la Loi.	
	(b) After receiving the notice, the citizen may request that the matter be referred to the Federal Court for inquiry: paragraph 18(1)(a) of the Act.	b) Après réception de cet avis, l'intéressé peut demander le renvoi de l'affaire devant la Cour fédérale : alinéa 18(1)a) de la Loi.	

(c) The Federal Court then inquires into whether the citizen has obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The Federal Court, engaged in this inquiry, often called a “reference”, does not make any legal determination. Rather, on a reference, it receives evidence adduced by the parties, considers examinations and cross-examinations, engages in fact-finding and, finally, provides a ruling on whether the citizen has obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. This “provides the Minister with the factual basis for her report and in some point in the future may constitute the foundation of a decision by the Governor in Council”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin*, 1998 CanLII 7453, 144 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), at paragraph 118.

(d) After the Federal Court has acted on the reference and made all of its findings, the Minister may then issue a report to the Governor in Council: subsection 10(1) of the Act.

(e) The Governor in Council then acts under subsection 10(1). Precisely what the Governor in Council may do under subsection 10(1) is a central question in this appeal.

[13] All of these steps happened in the cases of Messrs. Odynsky and Katriuk. Specifically, upon receiving notice that the Minister intended to issue a report recommending the revocation of their citizenships, Messrs. Odynsky and Katriuk requested that the matter be referred to the Federal Court. In each case, the Federal Court inquired into the matter and made many factual findings.

[14] In Mr. Odynsky’s case, the Federal Court conducted the reference using procedures akin to an action, with pleadings, pre-trial preparations and oral hearings held in Ukraine and Canada. The Minister and Mr. Odynsky called witnesses. The witnesses were examined and cross-examined. Some of the witnesses served with Mr. Odynsky during the war and had first-hand recollections of his involvements and activities. At the conclusion of the reference, the Federal Court set

c) La Cour fédérale examine si l’intéressé a effectivement acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Dans le cadre de cet examen, souvent appelée « renvoi », la Cour fédérale ne tranche aucun droit. Dans le cadre d’un renvoi, elle ne fait que prendre connaissance des preuves produites par les parties, examiner les interrogatoires et contre-interrogatoires, enquêter sur les faits et, enfin, décider si l’intéressé a effectivement acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. La décision de la Cour « constitue le fondement factuel du rapport du ministre et, à terme, celui de la décision du gouverneur en conseil » : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Bogutin*, 1998 CanLII 7453 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 118.

d) Une fois que la Cour fédérale a arrêté ses conclusions dans le cadre du renvoi, le ministre peut remettre son rapport au gouverneur en conseil : paragraphe 10(1) de la Loi.

e) Le gouverneur en conseil intervient alors au titre du paragraphe 10(1). Les pouvoirs précis que le paragraphe 10(1) confère au gouverneur en conseil constituent une des questions essentielles que soulève le présent appel.

[13] Ces diverses étapes se sont succédé dans les dossiers de MM. Odynsky et Katriuk. Après réception de l’avis du ministre les informant de son intention de recommander dans son rapport la révocation de leur citoyenneté, MM. Odynsky et Katriuk ont demandé le renvoi de l’affaire devant la Cour fédérale. Après examen, la Cour fédérale a tiré de nombreuses conclusions de fait.

[14] S’agissant de M. Odynsky, la Cour fédérale a mené le renvoi en ayant recours à des procédures analogues à celles d’une action en justice, dont des actes de procédure, des conférences préparatoires et des audiences tenues tant en Ukraine qu’au Canada. Le ministre et M. Odynsky ont cité des témoins. Ces témoins ont été interrogés et contre-interrogés. Certains d’entre eux avaient, pendant la guerre, servi aux côtés de M. Odynsky et avaient donc une connaissance directe



out its factual findings concerning Mr. Odynsky's case: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky*, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1 (the *Odynsky Reference*). Its reasons—229 paragraphs of rich and helpful detail—carefully describe Mr. Odynsky's wartime activities, the harrowing circumstances in which he was ensnared during the war, the events surrounding his emigration to Canada, and his acquisition of Canadian citizenship.

[15] In Mr. Katriuk's case, the Federal Court conducted the reference by way of application. In that application, the Minister sought a declaration that Mr. Katriuk obtained his citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The Court conducted 16 days of hearing. Evidence was available from some who had first-hand recollections about Mr. Katriuk's wartime activities. As was the case in the *Odynsky Reference*, the Federal Court's reasons, 154 paragraphs in length, show great attention to detail and reflection and are a model of careful fact-finding: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk*, 1999 CanLII 7466, 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.) (the *Katriuk Reference*).

[16] None of the parties in the Federal Court or in this Court have taken issue with the facts found in the references.

[17] In both references, based on the evidence presented, the Federal Court found that Mr. Odynsky and Mr. Katriuk had obtained their citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(3) The facts as found in the Federal Court references

[18] What follows is a brief summary of the factual findings of the Federal Court in the *Odynsky Reference* and the *Katriuk Reference*. These findings were available to the Minister and formed the basis of the Governor in Council's decisions in this case.

des antécédents et activités de celui-ci. À l'issue du renvoi, la Cour fédérale a exposé ses conclusions de fait en ce qui concerne M. Odynsky : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky*, 2001 CFPI 138 (le *Renvoi relatif à M. Odynsky*). Les motifs de la Cour — 229 paragraphes riches en détails très utiles — constituent un examen approfondi des activités de M. Odynsky pendant le conflit mondial, des terribles circonstances dans lesquelles il a été pris au piège pendant la guerre, des événements entourant son immigration au Canada et son acquisition de la citoyenneté canadienne.

[15] S'agissant de M. Katriuk, la Cour fédérale a mené le renvoi comme s'il s'agissait d'une demande. Le ministre a sollicité une déclaration portant que M. Katriuk avait acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. L'audience devant la Cour a duré 16 jours. Quelques personnes ayant eu une connaissance directe de ce que M. Katriuk avait fait pendant la guerre ont rendu témoignage. Comme dans le *Renvoi relatif à M. Odynsky*, les 154 paragraphes de motifs exposés par la Cour fédérale sont très attentifs aux détails et à la démarche suivie et constituent un modèle du genre : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk*, [1999] A.C.F. n° 90 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (le *Renvoi relatif à M. Katriuk*).

[16] Aucune des parties comparissant devant la Cour fédérale ou devant notre Cour n'a contesté les faits constatés dans le cadre des renvois.

[17] Dans le cadre de ces deux renvois, la Cour fédérale a, au vu des preuves produites, conclu que MM. Odynsky et Katriuk avaient effectivement acquis la citoyenneté canadienne par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

3) Les faits constatés dans le cadre des renvois devant la Cour fédérale

[18] Les paragraphes suivants constituent un bref résumé des conclusions de fait tirées par la Cour fédérale dans le cadre du *Renvoi relatif à M. Odynsky* et du *Renvoi relatif à M. Katriuk*. Le ministre a pu prendre connaissance de ces conclusions et c'est au vu de ces

## (a) Mr. Odynsky

[19] When World War II started, Mr. Odynsky was working on his family farm near Beleluja in the western Ukraine. In June 1941, Beleluja fell under Nazi occupation. Soon afterward, the Nazi occupiers conscripted young men in Ukraine to serve their purposes. Mr. Odynsky was one such young man. In 1943, the Nazis took him from his farm and made him serve with their military and police services.

[20] In the *Odynsky Reference*, the Federal Court found that Mr. Odynsky was forced to serve the Nazi occupiers. Indeed, on one occasion, he defied them, narrowly escaping devastating consequences (at paragraphs 27–29):

Mr. Odynsky was caught up in the German sweep for younger people to assist their forces. In early February 1943, the mayor of his village was directed to provide a list of young men born in the years 1920 to 1924 and to send those individuals to Snyatyn, which he did. Among those sent to Snyatyn was Mr. Odynsky. There he and four others from Beleluja were selected among many others, and they were told that they were required to serve with the German army forces. They were permitted to return home but were ordered to report a few days later, on February 10, at Kolomyja. If they did not return as directed they would be subject to arrest.

The five young men selected from Beleluja returned home. They did not show up on February 10, as they had been directed to do. Rather, they hid in the fields nearby and in the village. In April the Gestapo, with local police, came to the village looking for those who had failed to report in February as ordered. They directed that if those missing young men did not show up in the village within a limited time their families would be taken away.

Mr. Odynsky and the others surrendered. They were all taken by horse and wagon to Snyatyn, and threatened with death if they tried to escape again. After two weeks in the local jail they were taken to Kolomyja where they were imprisoned for two more weeks. While there, they were threatened with death for deserting by not reporting as directed, but a local

mêmes conclusions que le gouverneur en conseil a rendu les décisions ici en cause.

## a) M. Odynsky

[19] Lorsqu'a éclaté la Seconde Guerre mondiale, M. Odynsky prenait part, à Beleluja, dans l'ouest de l'Ukraine, aux travaux des champs à la ferme familiale. En juin 1941, Beleluja est occupée par les forces nazies. Peu après, l'occupant nazi engage de force à son service les jeunes ukrainiens, dont M. Odynsky. En 1943, les nazis l'obligent à quitter la ferme familiale, et le versent dans des unités de l'armée et de la police.

[20] Dans le *Renvoi relatif à M. Odynsky*, la Cour fédérale a conclu que celui-ci avait été forcé de servir l'occupant nazi. Une fois, il les a même bravés, échappant de justesse aux terribles conséquences de son acte (aux paragraphes 27 à 29) :

M. Odynsky s'est fait attraper dans la campagne allemande visant à ramasser des jeunes pour aider les forces allemandes. Au début de février 1943, on a ordonné au maire de son village de fournir une liste de jeunes hommes nés dans les années 1920 à 1924 et d'envoyer ces jeunes à Snyatyn, ce qu'il a fait. Parmi ceux qui ont été envoyés à Snyatyn se trouvait M. Odynsky. À cet endroit, lui et quatre autres jeunes de Beleluja ont été choisis parmi un grand nombre d'autres et on leur a dit qu'ils devaient servir dans les forces armées allemandes. On leur a permis de retourner chez eux, mais avec l'ordre de se présenter quelques jours plus tard, le 10 février, à Kolomyja. S'ils ne revenaient pas comme on leur en donnait l'ordre, ils seraient arrêtés.

Les cinq jeunes hommes de Beleluja qui avaient été choisis sont retournés à leur village. Ils ne se sont pas présentés le 10 février, contrairement à l'ordre qu'on leur avait donné. Ils se sont cachés dans les champs environnants et dans le village. En avril, la Gestapo, avec la police locale, est venue au village à la recherche de ceux qui ne s'étaient pas présentés en février comme ils en avaient reçu l'ordre. La Gestapo a annoncé que, si les jeunes hommes ne se présentaient pas au village dans un court délai, leurs familles seraient déportées.

M. Odynsky et les autres se sont rendus. Ils ont été emmenés à Snyatyn en chariot et menacés de mort au cas où ils tenteraient encore de s'échapper. Après deux semaines dans la prison locale, ils ont été emmenés à Kolomyja où ils ont été emprisonnés deux autres semaines. On les a menacés de mort pour avoir déserté en ne se présentant pas comme ils en avaient

lawyer, interceding on their behalf, succeeded in having this threat lifted. They were spared, but were warned that any escape would be punished by death when they were caught, or if they were not caught, their families would be sent to concentration camps.

[21] Somewhat later, Mr. Odynsky, with others, was sent to a training camp at Trawniki, in eastern Poland under the supervision of the Schutz-Staffel, better known as the SS. The SS terrorized Nazi-occupied Europe in many ways. But what it did to the Jews will be remembered as long as there are decent people to remember.

[22] In addition to the training camp at Trawniki, the SS operated a forced labour camp at Trawniki. There, Jews were imprisoned and were forced to produce clothing and other goods for German forces.

[23] After some weeks of basic training at the Trawniki training camp, Mr. Odynsky, with other trainees, was sent to serve as a guard near the grounds of a forced labour camp operated by the SS at Poniatowa. At the Poniatowa camp, Jews, primarily those from the Warsaw ghetto, were imprisoned and were forced to manufacture uniforms and other supplies, under the direction of German civilian corporations, the military, and SS forces.

[24] On a single day during the fall of 1943, German police and SS forces extinguished the lives of 15 000 men, women and children imprisoned at the Poniatowa camp. In today's terms, this is the murder on a single day of every single man, woman and child in Edmundston, N.B., Baie-Comeau, Que., Fort Erie, Ont., Portage la Prairie, Man., Yorkton, Sask. or Prince Rupert, B.C.

[25] The Federal Court in the *Odynsky Reference* (at paragraphs 36 and 201) describes this horrific day:

In the fall of 1943, the operation of the forced labour camp at Poniatowa was suddenly terminated. On November 3 or 4,

reçu l'ordre, mais un avocat local, intervenant en leur faveur, a réussi à faire lever cette menace. Ils ont été épargnés, mais on les a avertis que toute tentative d'évasion serait punie de mort s'ils étaient pris, ou, s'ils n'étaient pas pris, que leurs familles seraient envoyées dans des camps de concentration.

[21] Un peu plus tard, M. Odynsky a été, avec d'autres, envoyé dans un camp d'entraînement situé à Trawniki, dans l'est de la Pologne, sous la surveillance de la Schutz-Staffel, mieux connue sous le nom de SS. La terreur de la SS s'est exercée de multiples manières dans l'Europe occupée par les nazis. Toutefois, le traitement qu'elle a réservé aux Juifs demeurera ancré dans les mémoires aussi longtemps que d'honnêtes gens s'en souviendront.

[22] À Trawniki, la SS avait non seulement un camp d'entraînement, mais aussi un camp de travail forcé. Y étaient emprisonnés des Juifs contraints de confectionner, pour les forces allemandes, des vêtements et divers types d'articles.

[23] Après quelques semaines d'instruction de base au camp de Trawniki, M. Odynsky et d'autres conscrits ont été envoyés à Poniatowa, comme gardes près de l'enceinte du camp de travail forcé administré par la SS. Les prisonniers du camp de Poniatowa étaient des Juifs provenant essentiellement du ghetto de Varsovie qui étaient contraints de fabriquer des uniformes et divers autres articles sous la direction d'entreprises civiles allemandes, de la SS et des forces armées nazies.

[24] En une seule journée, à l'automne de 1943, la police allemande et la SS ont mis à mort 15 000 hommes, femmes et enfants internés au camp de Poniatowa. C'est comme si, en une seule journée, on assassinait tous les hommes, femmes et enfants vivant à Edmundston (Nouveau-Brunswick), Baie-Comeau (Québec), Fort Érié (Ontario), Portage la Prairie (Manitoba), Yorkton (Saskatchewan) ou Prince-Rupert (Colombie-Britannique).

[25] Voici en quels termes, aux paragraphes 36 et 201 du *Renvoi relatif à M. Odynsky*, la Cour fédérale a décrit cette funeste journée :

À l'automne de 1943, le camp de travail forcé de Poniatowa a cessé de fonctionner de manière soudaine. Le 3 ou le 4 novembre

1943... In less than a full day German police and SS forces, apparently including some of the Einsatzgruppen or killing squads commanded by the SS, marched the prisoners, men, women and children, to large trenches outside the main camp. These trenches the prisoners had been forced to dig earlier, on the pretence these were to be defence works for the camp. When the prisoners reached the trenches they were ordered to undress and enter the trenches naked, where they were then executed by shooting.

1943, les hommes de Trawniki ont été consignés en soirée et on ne leur a permis de sortir que tard le lendemain. En moins d'une journée, la police allemande et les forces SS, y compris, semble-t-il, quelques membres des *Einsatzgruppen* ou unités d'exécution commandées par la SS, ont fait marcher les prisonniers, hommes, femmes et enfants, jusqu'à de grandes tranchées à l'extérieur du camp principal. Les prisonniers avaient été forcés auparavant de creuser ces tranchées, qui devaient servir d'ouvrages défensifs pour le camp. Lorsque les prisonniers étaient rendus aux tranchées, on leur ordonnait de se déshabiller et de descendre nus dans les tranchées, où ils étaient ensuite abattus.

[...]

... [afterward] there were no longer any labourer-prisoners or their families to be seen at the camp. A few were spared and ordered to burn the corpses which they refused to do, and so they too were executed.

[...] [après cela] il n'y avait plus trace des prisonniers ou de leurs familles au camp. Quelques-uns avaient été épargnés et on leur a ordonné de brûler les cadavres; par suite de leur refus, ils ont été également exécutés.

[26] What was Mr. Odynsky's involvement in all of this? On this subject, the Federal Court heard evidence from Mr. Odynsky, those engaged as guards at the Siedlung, and three men at Poniatowa. That evidence showed that Mr. Odynsky did not serve as a guard at the Poniatowa camp. Instead, he served as a guard about a kilometer away, at an area known as the Siedlung. At the Siedlung, there were apartment buildings for certain favoured prisoners, and for German civilian factory supervisors. Mr. Odynsky patrolled and guarded the perimeter of the Siedlung area and checked the prisoners who left each morning for the Poniatowa camp and who returned at night to the Siedlung from their forced labours.

[26] Quel a été, dans tout cela, le rôle de M. Odynsky? La Cour fédérale a, sur ce point, recueilli le témoignage de M. Odynsky, de certains qui avaient été gardiens à la Siedlung, et de trois hommes se trouvant à Poniatowa à l'époque. Selon ces témoignages, M. Odynsky n'a pas été gardien au camp de Poniatowa. Il était plutôt gardien à environ un kilomètre de là, dans une zone appelée la Siedlung. La Siedlung comprenait des blocs appartements occupés par certains prisonniers bénéficiant d'un régime de faveur, et par des civils allemands assurant la supervision des usines. M. Odynsky effectuait des rondes de surveillance et assurait la garde du périmètre de la Siedlung, contrôlant les prisonniers qui, chaque matin, quittaient le camp de Poniatowa pour revenir la nuit tombée à la Siedlung après une journée de travail forcé.

[27] Mr. Odynsky had no direct personal involvement in the massacre at Poniatowa. In the words of the Federal Court (at paragraphs 36, 37 and 38):

[27] M. Odynsky n'a pour sa part joué aucun rôle dans le massacre perpétré à Poniatowa. Selon la Cour fédérale (aux paragraphes 36, 37 et 38) :

On November 3 or 4, 1943, the Trawniki men were confined to their barracks at night and were not permitted to leave until late the next day...

Le 3 ou le 4 novembre 1943, les hommes de Trawniki ont été consignés en soirée et on ne leur a permis de sortir que tard le lendemain [...]

Mr. Odynsky's evidence is that he had seen prisoners assembled and marched from the S[ie]dlung, that gunfire was heard all day, and that a Ukrainian officer had told him the Germans were killing the Jews. When he and his fellows were permitted to leave their barracks there were no Jewish

Selon son témoignage, M. Odynsky avait vu les prisonniers rassemblés et emmenés à pied de la *Siedlung*, il avait entendu des coups de feu toute la journée et un officier ukrainien lui avait dit que les Allemands exécutaient des Juifs. Lorsque lui et ses compagnons ont été autorisés à sortir de leur quartier, il

labourers to be seen at Poniatowa, either at the S[ie]dlung or at the main camp. . . .

There is no evidence that Mr. Odynsky had any extended contact with Jewish labourer-prisoners at Poniatowa, or with guarding them except in guarding the perimeter of the S[ie]dlung. There is no evidence that he or any of his Ukrainian colleagues at the S[ie]dlung had any part in Operation Erntefest, or in the subsequent massacre of those left to burn the corpses.

[28] Importantly, in the *Odynsky Reference*, the Federal Court found (at paragraph 111) that “there was no evidence before the Court of any particular activity of Mr. Odynsky that could be characterized as brutal or criminal, or as directly threatening to any individual.” In particular, during his time at Trawniki and Poniatowa, there was “no evidence at trial that Mr. Odynsky participated personally in any incident involving mistreatment of prisoners” (at paragraph 207).

[29] During the two years after the Poniatowa massacre, Mr. Odynsky guarded the facilities against partisan attack and then served in a battalion, known as SS Battalion Streibel.

[30] The Federal Court found that none of his wartime service could be said to be voluntary (at paragraph 206):

In my opinion there is no doubt that Mr. Odynsky’s service at Trawniki and Poniatowa, and even with SS Battalion Str[e]ibel was not voluntary. It was urged by the plaintiff that at some stage in 1944 or 1945, with the Russian forces advancing, he made no effort to escape or simply to be absent without leave, and thus his continuing service should be considered voluntary. He believes he would have been shot if captured after leaving and that he would have put his family in jeopardy, at least so long as German forces were in western Ukraine. There was no evidence about a particular time after which his service might be considered voluntary and I am persuaded that it continued to be involuntary until the end of the war.

n’y avait plus de travailleurs juifs à Poniatowa, que ce soit à la *Siedlung* ou au camp principal [ . . . ]

Il n’y a pas de preuve que M. Odynsky ait eu des contacts prolongés avec des prisonniers-travailleurs juifs à Poniatowa ou qu’il ait assuré leur garde, si ce n’est pour la garde du périmètre de la *Siedlung*. Il n’y a pas de preuve que lui ou l’un de ses compagnons ukrainiens de la *Siedlung* ait eu une participation quelconque dans l’Opération *Erntefest*, ou dans le massacre ultérieur de ceux qui avaient été épargnés en vue de brûler les cadavres.

[28] Il importe de souligner que, dans la *Renvoi relatif à M. Odynsky* (au paragraphe 111), la Cour fédérale conclut « qu’il n’a pas été présenté de preuve à la Cour concernant une activité particulière de M. Odynsky que l’on pourrait qualifier de brutale ou criminelle, ou constituant une menace directe pour quiconque ». En ce qui concerne notamment le temps qu’il a passé à Trawniki et Poniatowa, « [i]l n’y a pas eu de preuve, à l’instruction, que M. Odynsky ait participé personnellement à un incident à l’occasion duquel des prisonniers ou d’autres personnes auraient fait l’objet de mauvais traitements » (au paragraphe 207).

[29] Pendant les deux années qui suivirent le massacre de Poniatowa, M. Odynsky était affecté à la garde des installations afin de les protéger contre les attaques des partisans, après quoi il a été versé dans une unité de garde SS, le bataillon Streibel.

[30] Selon la Cour fédérale (au paragraphe 206), le service accompli par M. Odynsky en temps de guerre n’avait rien de volontaire :

À mon avis, il n’y a pas de doute que le service de M. Odynsky à Trawniki et à Poniatowa, et même dans le Bataillon Streibel de la SS, n’était pas volontaire. On a fait valoir pour le demandeur qu’à un certain moment en 1944 ou en 1945, avec l’avance des forces russes, il n’a pas fait d’efforts pour s’échapper ou simplement pour rester absent sans permission, de sorte que son service continu devrait être considéré comme volontaire. Il croit qu’il aurait été fusillé s’il avait été capturé après s’être enfui et qu’il aurait mis sa famille en péril, du moins aussi longtemps que les forces allemandes occupaient l’Ukraine occidentale. On n’a pas présenté de preuve au sujet du moment précis à partir duquel son service pourrait être considéré comme volontaire et je suis persuadé qu’il a continué à être involontaire jusqu’à la fin de la guerre.

[31] The Federal Court added (at paragraph 107) that “he did not escape at any time because of his understanding that unsuccessful attempts to escape would result in death or severe punishment, and if he did escape and were not captured, his family would be sent to a concentration camp or worse.”

[32] After the end of the war, Mr. Odynsky made his way westward to a portion of Germany occupied by American forces. He ended up in an American POW camp, and later, following release, made his way to a camp for those who did not wish to return to Ukraine, by that time under Soviet occupation. Shortly afterward, he went to another camp for displaced persons. The International Relief Organization took over the operation of that camp with a view to assisting displaced persons to resettle in countries other than their homelands. It was there that in 1948 Mr. Odynsky learned that Canada was seeking workers for mining and farm work. He decided to emigrate to Canada.

[33] Mr. Odynsky applied for and was accepted for immigration to Canada. He landed in 1949. Later, Mr. Odynsky and his wife moved to Toronto. There they established their home and their family life within the Ukrainian community, and had three children. They became Canadian citizens in 1955. The application record before the Federal Court in this case contains evidence that Mr. Odynsky has been a good and positive citizen since that time.

[34] In the *Odynsky Reference* (at paragraph 227), the Federal Court found that Mr. Odynsky failed to answer questions about his wartime activities when he emigrated to Canada and when he applied for Canadian citizenship:

This Court finds, on a balance of probabilities in considering certain key factual issues, that the defendant, Wasyl Odynsky, was admitted to Canada for permanent residence in July 1949 on the basis of a visa obtained by reason of false representations by him or by his knowingly concealing material circumstances. Subsequently he obtained citizenship in 1955 when, having

[31] La Cour fédérale ajoute (au paragraphe 107) que « s’il [le défendeur] ne s’est jamais évadé, c’est qu’il savait que des tentatives d’évasion infructueuses entraîneraient sa mort ou un châtement sévère et que, s’il parvenait à s’évader sans être repris, sa famille serait envoyée dans un camp de concentration ou connaîtrait un sort plus terrible encore ».

[32] À l’issue de la guerre, M. Odynsky est parti vers l’ouest, atteignant une région de l’Allemagne occupée par les forces américaines. Il a été cantonné dans un camp américain pour prisonniers de guerre puis, après en être relâché, s’est rendu dans un camp où s’assemblaient ceux qui ne souhaitaient pas retourner en Ukraine, qui était maintenant sous occupation soviétique. Peu de temps après, il s’est rendu dans un autre camp de personnes déplacées. L’administration de ce camp fut reprise par l’Organisation internationale pour les réfugiés, chargée d’aider les personnes déplacées à se rétablir dans des pays autres que leur pays d’origine. C’est là qu’en 1948, M. Odynsky a appris que le Canada cherchait des ouvriers pour les mines et le travail agricole. Il décida d’émigrer au Canada.

[33] Il déposa une demande d’immigration au Canada. Sa demande fut accueillie et il arriva au Canada en 1949. Plus tard, M. Odynsky et son épouse se sont installés à Toronto où, au sein de la communauté ukrainienne, ils ont fondé un foyer et vécu en famille avec les trois enfants qu’ils ont eus. Ils ont acquis la citoyenneté canadienne en 1955. Dans le dossier de la demande produite à la Cour fédérale, des éléments de preuve indiquent que depuis son arrivée ici, M. Odynsky s’est toujours comporté en bon citoyen.

[34] Dans le *Renvoi relatif à M. Odynsky* (au paragraphe 227), la Cour fédérale a conclu que M. Odynsky, lorsqu’il a émigré au Canada et de nouveau lorsqu’il a sollicité la citoyenneté canadienne, n’a pas répondu de manière exacte aux questions qui lui étaient posées concernant ses activités pendant la guerre :

La Cour juge, en fonction de la prépondérance des probabilités dans l’examen de certaines questions de fait importantes, que le défendeur, Wasyl Odynsky, a été admis au Canada en vue de la résidence permanente en juillet 1949 sur le fondement d’un visa obtenu au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Par la

been admitted to Canada, on that basis, he is deemed, pursuant to s. 10(2) of the **Act**, to have acquired citizenship by false representation or knowingly concealing material circumstances.

[35] Before concluding its reasons, the Federal Court in the *Odynsky Reference* added these final comments (at paragraph 225):

In considering any report to the Governor General in Council concerning Mr. Odynsky pursuant to s. 10(1) of the Act, the Minister may wish to consider that

- 1) on the evidence before me I find that Mr. Odynsky did not voluntarily join the SS auxiliary forces, or voluntarily serve with them at Trawniki or Poniatowa, or later with the Battalion Streibel;
- 2) there was no evidence of any incident in which he was involved that could be considered as directed wrongfully at any other individual, whether a forced labourer-prisoner, or any other person;
- 3) no evidence was presented of any wrongdoing by Mr. Odynsky since he came to Canada, now more than 50 years ago;
- 4) evidence as to his character from some of those who have known him in Canada, uncontested at trial, commended his good character and reflected his standing within his church and within the Ukrainian community in Toronto.

(b) Mr. Katriuk

[36] When World War II started, Mr. Katriuk was working in the meat trade in an area known as Bukovina, which was then part of Romania. In 1939, troops of the Soviet Union occupied Bukovina. In June 1941, Germany invaded and occupied Bukovina.

[37] Mr. Katriuk was of Ukrainian ancestry. In the fall of 1941, along with many of his Ukrainian compatriots in Bukovina, he joined a volunteer force. That force marched to the Ukraine. It arrived in Kiev, but by that time the Nazis had already taken Kiev. Soon new

suite, il a acquis la citoyenneté en 1955; or, ayant été admis au Canada sur ce fondement, il est réputé, par le paragraphe 10(2) de la *Loi*, avoir acquis la citoyenneté par fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

[35] Avant de clore l'exposé de ses motifs, la Cour fédérale a ajouté, au paragraphe 225 du *Renvoi relatif à M. Odynsky*, l'observation suivante :

Dans l'examen de tout rapport qu'il peut établir à l'intention du gouverneur en conseil au sujet de M. Odynsky en vertu du paragraphe 10(1) de la *Loi*, le ministre pourra juger utile de prendre en compte les facteurs suivants :

- 1) sur le fondement de la preuve dont je suis saisi, je conclus que M. Odynsky ne s'est pas joint volontairement aux forces auxiliaires de la SS ni n'a servi volontairement dans ces forces à Trawniki ou à Poniatowa, ou par la suite dans le Bataillon Streibel;
- 2) il n'y a pas eu de preuve que M. Odynsky ait participé à un incident où l'on pourrait voir une faute de sa part à l'endroit de détenus-travailleurs forcés ou de toute autre personne;
- 3) on n'a présenté aucune preuve d'une faute quelconque de M. Odynsky depuis son arrivée au Canada, il y a plus de 50 ans;
- 4) les témoignages quant à sa moralité présentés par certaines personnes qui l'ont connu au Canada, non contestés à l'instruction, ont fait l'éloge de sa bonne moralité et ont reflété sa position dans son église et dans la communauté ukrainienne à Toronto.

b) M. Katriuk

[36] Lorsqu'a éclaté la Seconde Guerre mondiale, M. Katriuk travaillait chez un boucher dans la région de la Bucovine, qui faisait alors partie de la Roumanie. En 1939, les troupes de l'Union soviétique occupaient la Bucovine. En juin 1941, l'Allemagne a envahi et occupé la région.

[37] M. Katriuk est d'origine ukrainienne. À l'automne de 1941, avec de nombreux compatriotes ukrainiens de la Bucovine, il s'engagea dans une unité de volontaires. Cette unité gagna à pied l'Ukraine. Elle arriva à Kiev, mais la ville était déjà envahie par les nazis. Peu après,

German battalions were formed. Mr. Katriuk became a member of one of these.

[38] Was this voluntary on Mr. Katriuk's part? The Federal Court reasons in the *Katriuk Reference* (at paragraph 73) tell us that the evidence on this was unclear. The Federal Court did not find Mr. Katriuk to be "entirely candid" on this topic. It mooted several possibilities based on the evidence before it. Perhaps Mr. Katriuk hoped for better living conditions. Perhaps he wanted to avoid hunger. Perhaps he, like other Ukrainians, preferred the Germans to the Soviets who had first occupied the Ukraine. However, the Federal Court did not find that Mr. Katriuk was motivated by any particular *animus*.

[39] As a member of his battalion, Mr. Katriuk was stationed in places such as Byelorussia, guarding against attacks and sabotage by local partisans and maintaining law and order.

[40] In the *Katriuk Reference*, Mr. Katriuk tried to put the best possible light on his involvement with the battalion. He testified that he did not participate in any important military operations while his battalion was in Byelorussia. The Federal Court rejected this testimony (at paragraphs 51 and 66), finding that he was "certainly engaged in fighting enemy partisans" and "must have participated in at least some of the operations". However, it is unclear exactly what operations he participated in. The Federal Court noted (at paragraph 72) that if Mr. Katriuk left the battalion, he might have faced the firing squad.

[41] Mr. Katriuk's battalion committed atrocities and war crimes against the civilian population of Byelorussia. Some evidence in the *Katriuk Reference* suggested that many unarmed persons were killed and many were seized for forced labour. Importantly, however, on the state of the evidence before it, the Federal Court (at paragraph 67) was not prepared to find that Mr. Katriuk was personally involved in any of the atrocities and war crimes.

l'armée allemande forma de nouveaux bataillons et M. Katriuk est devenu membre de l'un de ceux-ci.

[38] Cet engagement a-t-il été, de la part de M. Katriuk, volontaire? D'après les motifs exposés par la Cour fédérale dans le cadre du *Renvoi relatif à M. Katriuk* (au paragraphe 73), les preuves à cet égard ne sont pas claires. Selon la Cour fédérale, M. Katriuk n'a pas été, sur ce point, « tout à fait sincère ». Au vu des preuves produites, la Cour a évoqué plusieurs scénarios possibles. M. Katriuk avait peut-être espéré bénéficier de meilleures conditions de vie. Peut-être avait-il cherché à éviter la faim. Peut-être avait-il, comme d'autres Ukrainiens, préféré les Allemands aux Soviétiques qui, les premiers, avaient occupé l'Ukraine. Quoi qu'il en soit, M. Katriuk n'avait pas été, selon la Cour fédérale, motivé par un sentiment particulier d'animosité.

[39] En tant que membre de ce bataillon, M. Katriuk a été posté dans des régions telles que la Biélorussie, pour lutter contre les attaques et le sabotage auxquels se livraient les partisans locaux, et pour participer à des activités de maintien de l'ordre.

[40] Dans le cadre du *Renvoi relatif à M. Katriuk*, M. Katriuk a tenté de présenter sous un jour favorable son activité au sein du bataillon. Il a indiqué dans son témoignage n'avoir jamais pris part, en Biélorussie, à d'importantes opérations militaires. La Cour fédérale a rejeté son témoignage à cet égard (aux paragraphes 51 et 66), estimant qu'il avait « certainement combattu les partisans ennemis » et « doit au moins avoir participé à certaines opérations ». Cela dit, on ne sait pas très bien à quelles opérations il aurait participé au juste. La Cour fédérale relève (au paragraphe 72) qu'en quittant son bataillon, M. Katriuk aurait peut-être été fusillé.

[41] Le bataillon de M. Katriuk a commis contre la population civile de Biélorussie des atrocités et des crimes de guerre. Selon certaines preuves dont il est fait état dans le *Renvoi relatif à M. Katriuk*, de nombreuses personnes sans défense ont été tuées, et un grand nombre ont été contraints au travail forcé. Il est important de souligner, cependant, que compte tenu des preuves qui lui étaient soumises, la Cour fédérale (au paragraphe 67) n'était pas disposée à conclure que M. Katriuk avait



[42] In August of 1944, his battalion was merged with another, was transported to France and became part of the Waffen-SS 30th Grenadier Division. One day, Mr. Katriuk and others were informed that they would be fighting the allies the next day. That evening, a majority of men, including Mr. Katriuk, defected to partisans with the French underground.

[43] Soon, Mr. Katriuk and others went to fight at the French front against Germany. During that time, Soviet officers came to visit them with a request that they rejoin the “motherland”. Mr. Katriuk did not want to return to Russia, as he feared that he would be sent to Siberia.

[44] As a result of Soviet pressure, Mr. Katriuk and some of his colleagues were removed from the front, sent to the village of Dumblair, and told that they would have to return to Russia. The only way they could avoid this was to join the French Foreign Legion. This Mr. Katriuk did. He fought with the French Foreign Legion on the French front and the Italian front and was wounded in combat.

[45] The Federal Court in the *Katriuk Reference* engaged in an exhaustive review of the evidence concerning the circumstances surrounding Mr. Katriuk’s emigration to Canada after the war. It found that Mr. Katriuk entered Canada under a false identity. Later, when applying to change his name, Mr. Katriuk stated that he “took refuge in France”. This was not “an accurate and truthful statement”. As a result, the Federal Court found that Mr. Katriuk had obtained his Canadian citizenship by false representation or fraud or by concealing material circumstances.

(4) The reports prepared by the Minister

[46] After each of the *Odynsky Reference* and the *Katriuk Reference*, the Minister prepared reports to

personnellement pris part à ces atrocités et à ces crimes de guerre.

[42] En août 1944, son unité est amalgamée à un autre bataillon, transportée jusqu’en France et intégrée à la 30<sup>e</sup> Division grenadier des Waffen-SS. Un jour, M. Katriuk et ses camarades apprennent qu’ils devront, le jour suivant, entrer en combat contre les forces alliées. Ce soir-là, une majorité des hommes de la Division, dont M. Katriuk, ont déserté pour rejoindre la Résistance française.

[43] Peu après, M. Katriuk et ses camarades participaient, sur le front français, à la lutte contre l’Allemagne. À cette époque, des officiers soviétiques sont venus leur demander de rejoindre « leur patrie ». M. Katriuk ne souhaitait pas cependant rentrer en Russie, car il craignait d’être envoyé en Sibérie.

[44] Suite aux pressions exercées du côté soviétique, M. Katriuk et certains de ses camarades ont été retirés du front, et envoyés au village de Dumblair, où on leur a dit qu’il leur faudrait rentrer en Russie. Ils pouvaient éviter d’être renvoyés en Russie uniquement s’ils se joignaient à la Légion étrangère française. C’est ce que M. Katriuk a fait. Il a donc combattu pour la France au sein de la Légion étrangère, sur le front français et sur le front italien et a été blessé au combat.

[45] Dans le *Renvoi relatif à M. Katriuk*, la Cour fédérale se livre à un examen approfondi des preuves en rapport avec les circonstances entourant l’immigration au Canada de M. Katriuk après la guerre. Selon la Cour, M. Katriuk est entré au Canada sous une fausse identité. Plus tard, après avoir déposé une demande de changement de nom, M. Katriuk a affirmé qu’il [TRADUCTION] « s’était réfugié en France ». Or, sa déclaration n’était pas « exacte et juste ». La Cour fédérale a donc jugé que M. Katriuk avait acquis la citoyenneté canadienne par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

4) Les rapports du ministre

[46] Peu de temps après le *Renvoi relatif à M. Odynsky* et le *Renvoi relatif à M. Katriuk*, le ministre a rédigé

the Governor in Council. During the preparation of the reports, Messrs. Odynsky and Katriuk were given an opportunity to make submissions regarding why their citizenships should not be revoked.

[47] The report of the Minister concerning Mr. Odynsky consisted of a seven-page covering memorandum recommending that his citizenship be revoked, the reasons for judgment in the *Odynsky Reference*, and eight tabs of correspondence and submissions by the Department of Justice and Mr. Odynsky. Included in these materials were policy statements of the Government of Canada concerning war crimes and war criminals living in Canada.

[48] The report of the Minister concerning Mr. Katriuk consisted of a five-page covering memorandum recommending that his citizenship be revoked, the reasons for judgment in the *Katriuk Reference*, and ten tabs of correspondence and submissions by the Department of Justice and Mr. Katriuk. As in the case of the report concerning Mr. Odynsky, the materials included policy statements of the Government of Canada concerning war crimes and criminals living in Canada.

[49] In accordance with subsection 10(1) of the Act, the Minister issued these two reports to the Governor in Council for its consideration. At roughly the same time, the Minister sent two other reports under subsection 10(1) to the Governor in Council. These concerned Messrs. Oberlander and Fast. In these, the Minister also recommended that the citizenships be revoked.

(5) The decisions of the Governor in Council

[50] The Governor in Council considered all four reports together. The Governor in Council decided that the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk should not be revoked, but the citizenships of Messrs. Oberlander and Fast should be revoked.

un rapport à l'intention du gouverneur en conseil. Dans le cadre de l'élaboration de ces rapports, MM. Odynsky et Katriuk ont eu la possibilité de présenter leurs observations et de faire valoir pourquoi il n'y avait pas lieu de révoquer leur citoyenneté.

[47] Le rapport du ministre au sujet de M. Odynsky comprenait une note d'accompagnement de sept pages recommandant la révocation de sa citoyenneté, reprenant les motifs du jugement exposés par la Cour dans le cadre du *Renvoi relatif à M. Odynsky*, et comprenant huit fichiers de correspondance et d'observations transmis par le ministère de la Justice et par M. Odynsky. Cette documentation comprenait un exposé de la politique du gouvernement canadien en matière de crimes de guerre et de criminels de guerre établis au Canada.

[48] Le rapport du ministre au sujet de M. Katriuk comprenait une note d'accompagnement de cinq pages recommandant la révocation de sa citoyenneté, reprenant les motifs de jugement exposés dans le cadre du *Renvoi relatif à M. Katriuk*, et dix fichiers de correspondance et d'observations transmis par le ministère de la Justice et M. Katriuk. On y trouvait, comme dans le rapport concernant M. Odynsky, une documentation comprenant notamment un exposé de la politique du gouvernement du Canada en matière de crimes de guerre et de criminels de guerre établis au Canada.

[49] Conformément au paragraphe 10(1) de la Loi, le ministre a transmis ces deux rapports au gouverneur en conseil. À peu près à la même date, et toujours conformément au paragraphe 10(1), le ministre a transmis au gouverneur en conseil deux autres rapports concernant, cette fois-ci, MM. Oberlander et Fast. Dans ces deux autres rapports, le ministre concluait aussi à la révocation de la citoyenneté.

5) Les décisions du gouverneur en conseil

[50] Après avoir examiné ensemble les quatre rapports en question, le gouverneur en conseil a décidé qu'il y avait lieu de révoquer la citoyenneté de MM. Oberlander et Fast, mais non celle de MM. Odynsky et Katriuk.

[51] In this Court, the respondent Attorney General submitted that the differing results in the four cases show that the Governor in Council carefully considered each case's complex considerations and reached different, fact-based, discretionary conclusions.

(6) The applications for judicial review in the Federal Court

[52] The appellant brought applications for judicial review of the Governor in Council's decisions not to revoke the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk. Mr. Odynsky moved to strike the application for judicial review in his case on the ground that the appellant did not have standing to bring it.

[53] The Prothonotary granted Mr. Odynsky's motion and dismissed the application for judicial review: 2008 FC 146, 79 Admin. L.R. (4th) 161 [*League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*]. The appellant appealed to a judge of the Federal Court. The Court allowed the appellant's appeal. It ruled that while the appellant did not have direct standing to bring the application, it might have standing as a public interest litigant. It ruled that the judge hearing the merits of the application should determine the issue: 2008 FC 732, 334 F.T.R. 63.

[54] The Federal Court heard the merits of the appellant's two applications for judicial review together. It held that the appellant could not relitigate the motions Judge's finding that it did not have direct standing to bring the applications for judicial review: 2009 FC 647, [2010] 3 F.C.R. 39, at paragraph 9. However, the Federal Court held that the appellant did have standing as a public interest litigant (at paragraphs 11–17). Finally, as mentioned in paragraphs 6 and 7 above, the Federal Court dismissed the applications for judicial review on their merits. The appellant now appeals to this Court.

[51] Devant la Cour, le procureur général intimé a fait valoir que cette différence au niveau du traitement de ces quatre dossiers montre bien que le gouverneur en conseil a examiné attentivement les considérations complexes se rattachant à chacune de ces affaires, et qu'il a tiré des conclusions différentes, sur le fondement des faits propres à chacune et de son pouvoir discrétionnaire.

6) Les demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale

[52] L'appelante a sollicité le contrôle judiciaire des décisions du gouverneur en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk. M. Odynsky a déposé une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire en ce qui le concerne, invoquant le défaut de qualité pour agir de l'appelante.

[53] Le protonotaire a accueilli la requête de M. Odynsky et rejeté la demande de contrôle judiciaire : 2008 CF 146 [*Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*]. L'appelante a fait appel de cette décision devant un juge de la Cour fédérale. La Cour a accueilli l'appel, estimant que si l'appelante n'avait pas un intérêt direct pour présenter la demande, peut-être avait-elle qualité pour agir dans l'intérêt public. La Cour a décidé que la question devrait être tranchée par le juge du fond : 2008 CF 732.

[54] La Cour fédérale, statuant sur le fond, s'est prononcée en même temps sur les deux demandes de contrôle judiciaire présentées par l'appelante. Selon la Cour, l'appelante ne pouvait pas débattre de nouveau la question déjà tranchée par la juge des requêtes portant que l'appelante n'avait pas un intérêt direct pour présenter la demande de contrôle judiciaire : 2009 CF 647, [2010] 3 R.C.F. 395, au paragraphe 9. La Cour fédérale a jugé cependant (aux paragraphes 11 à 17), que l'appelante avait qualité pour agir dans l'intérêt public. Enfin, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus aux paragraphes 6 et 7, la Cour fédérale, se prononçant sur le fond, a rejeté les demandes de contrôle judiciaire en question. L'appelante interjette appel de ces jugements devant notre Cour.

## (7) The parties' submissions in this Court

[55] The appellant submits that the Governor in Council was bound under subsection 10(1) of the Act to accept the recommendations in the Minister's reports. As a result, the Governor in Council should have revoked the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk. In the alternative, to the extent that the Governor in Council did have the power to depart from the Minister's recommendations in the reports, the appellant says that the Governor in Council exercised its discretion unreasonably. Finally, the appellant says that, as a matter of procedural fairness, the Governor in Council should have received the submissions the appellant provided to the Minister. The appellant notes that the Governor in Council had before it submissions of the Ukrainian Canadian Congress, but not any of those of the appellant.

[56] The respondents urge this Court to find that the appellant lacked standing to challenge the Governor in Council's decisions. They also say that, properly interpreted, subsection 10(1) of the Act empowered the Governor in Council to reject the Minister's recommendations and that in doing so the Governor in Council exercised its discretion reasonably. Further, the respondents submit that the Governor in Council owed the appellant no duty of procedural fairness and was under no obligation to receive and consider the submissions that the appellant made to the Minister.

## C. Analysis

## (1) Did the appellant have standing to bring the applications for judicial review?

## (a) Direct standing

[57] The appellant submits that it has direct standing to bring the application for judicial review against the decisions of the Governor in Council because it is "directly affected" within the meaning of subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by

## 7) Les observations des parties devant notre Cour

[55] Selon l'appelante, le gouverneur en conseil était, aux termes du paragraphe 10(1) de la Loi, tenu d'accepter les recommandations figurant dans les rapports du ministre. Le gouverneur en conseil aurait dû, en conséquence, révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk. L'appelante fait subsidiairement valoir que s'il était loisible au gouverneur en conseil de s'écarter des recommandations figurant dans les rapports du ministre, celui-ci a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable. Enfin selon l'appelante, l'équité procédurale exigeait que le gouverneur en conseil prenne connaissance des observations que l'appelante avait transmises au ministre. Elle souligne que le gouverneur en conseil a eu connaissance des observations du Congrès ukrainien canadien, mais non de celles formulées par l'appelante.

[56] Les intimés demandent à la Cour de conclure que l'appelante n'avait pas qualité pour contester les décisions du gouverneur en conseil. Ils estiment que, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, le paragraphe 10(1) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de rejeter les recommandations du ministre et que sa décision de le faire constitue un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire. Les intimés font en outre valoir que le gouverneur en conseil n'avait envers l'appelante aucune obligation d'équité procédurale, et qu'il n'était aucunement tenu de prendre connaissance des observations que l'appelante avait transmises au ministre et d'en tenir compte.

## C. Analyse

## 1) L'appelante avait-elle qualité pour présenter les demandes de contrôle judiciaire en question?

## a) L'intérêt direct pour agir

[57] L'appelante invoque un intérêt direct pour solliciter le contrôle judiciaire des décisions du gouverneur en conseil, faisant valoir qu'elle est « directement touché[e] » au sens du paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8,

S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. That subsection provides that those who are “directly affected” may bring an application for judicial review.

[58] The appellant is not “directly affected”. In order for it to be “directly affected” by the decisions of the Governor in Council, the decisions must have affected its legal rights, imposed legal obligations upon it, or prejudicially affected it in some way: *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488. There is no evidence before this Court suggesting that the appellant is affected in this way. I adopt the words of the motions Judge (2008 FC 732, at paragraph 26):

Without doubt, the [appellant] and the family members it says it represents deeply care, and are genuinely concerned, about Mr. Odynsky’s citizenship revocation process and his past service as a perimeter guard of the S[ie]dlung at the Poniatowa labour camp in German-occupied Poland. However, that interest does not mean that the legal rights of the applicant, or those it represents, are legally impacted or prejudiced by the decision not to revoke Mr. Odynsky’s citizenship. Rather, their interest exists in the sense of seeking to right a perceived wrong arising from, or to uphold a principle in respect of, the non-revocation of Mr. Odynsky’s citizenship.

(b) Public interest standing

[59] In the alternative, the appellant submits that it has standing as a public interest litigant to challenge the decisions of the Governor in Council. It says that it meets the threefold test for public interest standing set out in the Supreme Court of Canada’s reasons for judgment in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, namely, that:

(a) a serious issue has been raised;

(b) the party seeking public interest standing has a genuine or direct interest in the outcome of the litigation; and

art. 14)]. Aux termes de cette disposition, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est « directement touché ».

[58] Mais l’appelante n’est pas en fait « directement touchée ». Afin d’être « directement touchée » par les décisions du gouverneur en conseil, il faudrait que les décisions en question aient affecté ses droits, lui aient imposé en droit des obligations, ou lui aient porté préjudice : *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le Ministre du Revenu national (N° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488. En l’espèce, aucune preuve ne donne à penser que l’appelante est ainsi touchée. Je fais miens les propos du juge des requêtes (2008 CF 732, au paragraphe 26) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que l’appelante et les familles qu’elle affirme représenter s’intéressent de très près à la procédure de révocation de la citoyenneté de M. Odynsky, et à ses états de service en tant que garde affecté au périmètre de la Siedlung au camp de travail de Poniatowa en Pologne sous l’occupation nazie, et qu’elle s’en soucie au plus haut point. L’intérêt qu’elle porte à cette affaire ne signifie cependant pas que les droits de la demanderesse, ou de ceux qu’elle représente, ont été affectés ou atteints par la décision de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky. Son intérêt vise, plutôt, à redresser le tort qui découle, selon elle, de la non-révocation de la citoyenneté de M. Odynsky, ou à défendre un principe.

b) Qualité pour agir dans l’intérêt public

[59] L’appelante fait subsidiairement valoir qu’elle a, en tant que partie représentant l’intérêt public, qualité pour contester les décisions du gouverneur en conseil. Elle prétend répondre au triple critère de reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236. Voici ce critère :

a) il y a une sérieuse question à juger;

b) la partie qui demande qu’on lui reconnaisse la qualité pour agir dans l’intérêt public possède un intérêt véritable et direct quant à l’issue du litige;

(c) there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the Court.

[60] The applications Judge found that the appellant met all three of these requirements: 2009 FC 647, at paragraphs 11–17. In this Court, the respondent Attorney General does not submit that the Federal Court committed a fundamental error or somehow misapprehended the evidence before it. It is evident that the applications Judge applied proper principles to the facts before him. There is no ground for this Court to intervene.

[61] Before leaving this issue, I would add that the granting of public interest standing in this case is consistent with a significant policy concern mentioned by the Supreme Court of Canada in *Canadian Council of Churches*, above. At page 256, the Supreme Court expressed concern that an overly restrictive approach to public interest standing would immunize government from certain challenges. This Court has granted public interest standing where the spectre of immunization of government decisions was in play and the *Canadian Council of Churches* criteria for intervention were met: *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.).

[62] The concern about immunization is in play in these cases, just as it was in *Harris*, above. The Governor in Council's decisions were in favour of Messrs. Odynsky and Katriuk. None of the parties would proceed to Court from the decisions, because the decisions did not adversely affect them. As the applications Judge stated (at paragraph 16), "In a case like this one where citizenship is not revoked, the [Governor in Council's] decision will never be judicially reviewed except where a third party seeks to do so." By virtue of its past knowledge, experience and dedicated efforts on issues such as this, the appellant was well placed to test the decisions of the Governor in Council in the courts. If public interest standing were not granted to this appellant, the decisions of the Governor in Council would be immune from review. That is to be avoided.

c) il n'y a aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

[60] Selon le juge des requêtes, l'appelante satisfait à ces trois conditions : 2009 CF 647, aux paragraphes 11 à 17. Le procureur général intimé ne fait pas valoir en l'espèce que la Cour fédérale a commis une erreur sur un point essentiel ou qu'elle s'est de quelque manière méprise sur la preuve dont elle disposait. Le juge des requêtes a manifestement appliqué aux faits de l'affaire les principes qui conviennent. Il n'y a donc, à cet égard, aucune raison pour que la Cour intervienne.

[61] Avant de passer à une autre question, je tiens à ajouter qu'en l'espèce la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est compatible avec le souci dont la Cour suprême du Canada, pour des raisons de principe, a fait état dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité. À la page 256 de cet arrêt, la Cour suprême a indiqué qu'une trop grande restriction apportée à la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public aurait pour effet de mettre les actes publics à l'abri des contestations. La Cour a reconnu la qualité pour agir dans l'intérêt public dans une affaire où le contraire aurait mis à l'abri de toute contestation les décisions gouvernementales et où étaient réunis les critères d'intervention dégagés dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises : Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.).

[62] Comme dans l'affaire *Harris*, précitée, le souci d'éviter cette mise à l'abri systématique est en jeu en l'espèce. Les décisions du gouverneur en conseil ont été favorables à MM. Odynsky et Katriuk. Ni l'un ni l'autre n'aurait porté les décisions à l'attention de la Cour, étant donné que ces décisions ne les touchaient aucunement ni l'un ni l'autre. Comme le juge des requêtes l'a fait remarquer (au paragraphe 16), « Dans une affaire comme la présente, dans laquelle il n'y a pas eu révocation de la citoyenneté, la décision du gouverneur en conseil ne fera jamais l'objet d'un contrôle judiciaire, à moins qu'un tiers ne le demande. » Compte tenu de son expérience, de ce qu'elle sait des antécédents en ce domaine et des efforts qu'elle a déployés dans des affaires telles que celle-ci, l'appelante était bien placée pour contester en justice la décision du gouverneur en conseil.

Le fait de ne pas reconnaître à l'appelante qualité pour agir dans l'intérêt public voudrait dire que les décisions du gouverneur en conseil sont à l'abri du contrôle judiciaire. Cela n'est pas souhaitable.

(2) The interpretation of subsection 10(1) of the Act: did the Governor in Council have the power to reject the Minister's recommendations and decide not to revoke the citizenships of Mr. Odynsky and Mr. Katriuk?

2) L'interprétation du paragraphe 10(1) de la Loi : Le gouverneur en conseil avait-il le pouvoir de rejeter les recommandations du ministre et de décider de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky et de M. Katriuk?

[63] Subsection 10(1) of the Act provides as follows:

[63] Le paragraphe 10(1) de la Loi dispose :

Order in cases of fraud

**10.** (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

**10.** (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

a) soit perd sa citoyenneté;

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

Décret en cas de fraude

[64] The plain language of this subsection, if read literally and in isolation, restricts the role of the Governor in Council. Under this interpretive approach, the Governor in Council simply reads the report of the Minister, notes that the Federal Court has found that citizenship has been obtained by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, and then sets a date on which the person ceases to be a citizen. Under this interpretive approach, the Governor in Council is just a date-setter. This is the position that the appellant urges us to accept.

[64] Pris dans leur sens littéral, et interprétés isolément, les termes clairs de ce paragraphe fixent une limite au rôle du gouverneur en conseil. Selon cette manière d'interpréter le texte, le rôle du gouverneur en conseil se borne à prendre connaissance du rapport du ministre, à relever que la Cour fédérale a conclu que la citoyenneté a effectivement été acquise par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels et à fixer la date à laquelle l'intéressé cessera d'être citoyen. Selon cette démarche interprétative, le gouverneur en conseil ne fait que fixer la date de révocation de la citoyenneté. C'est la thèse que l'appelante nous demande de retenir.

[65] The respondent Attorney General, supported by Messrs. Odynsky and Katriuk, disagrees. The Attorney

[65] Le procureur général intimé, auquel se joignent en cela MM. Odynsky et Katriuk, a exprimé sur ce point

General submits that such a literal reading of subsection 10(1) would reduce the role of the Governor in Council to nothing more than a “rubber stamp”. The Governor in Council’s only task would be to pick up a calendar and set a date for the revocation of citizenship. The respondent Attorney General says that such a result could not have been what Parliament intended when it enacted this scheme for citizenship revocation.

[66] The applications Judge agreed with the Attorney General’s position. He noted (at paragraph 31) that, on a literal reading of subsection 10(1) of the Act, “It is true that a material misrepresentation is the only prerequisite to a revocation decision and that such a finding underpins the entire process of revocation.” However, in his view (also at paragraph 31), “it does not necessarily follow that all other factors are thereby excluded from consideration either by the Minister or the [Governor in Council].” He noted (at paragraph 32) that the legislative context supports the position that the Governor in Council’s authority under subsection 10(1) is “more than a mere formality” and that the Governor in Council “enjoys a broad discretion” to review the recommendation of the Minister that citizenship be revoked.

[67] I agree with the applications Judge, for many of the reasons he offered. In particular, I offer six reasons in support of this conclusion.

– I –

[68] The applications Judge was correct to go beyond the literal meaning of subsection 10(1) and instead examine the subsection in light of its context and the purpose of the Act.

[69] Obviously, the literal meaning of a legislative provision is important. That is the starting point in the task of interpretation. But it is not the ending point.

[70] The Supreme Court has repeatedly reminded us not to read provisions in only a literal way, applying only the dictionary meaning of the words. Provisions

son désaccord. Selon le procureur général, une telle interprétation littérale du paragraphe 10(1) limiterait le rôle du gouverneur en conseil à [TRADUCTION] « approuver la recommandation machinalement ». Sa seule tâche consisterait alors à choisir, dans le calendrier, la date de révocation de la citoyenneté. Selon le procureur général, un tel résultat ne pouvait être celui qu’avait envisagé le législateur lorsqu’il a institué cette procédure de révocation de la citoyenneté.

[66] Le juge des requêtes s’est sur ce point prononcé dans le même sens que le procureur général. Il a souligné (au paragraphe 31) que, selon une interprétation littérale du paragraphe 10(1) de la Loi, « Il est vrai que la constatation de l’existence de fausses déclarations sur des faits essentiels constitue la seule condition préalable à la prise d’une décision de révocation. » Selon lui, cependant (là encore au paragraphe 31), « il ne s’ensuit pas nécessairement que le ministre ou le gouverneur en conseil ne peuvent pas tenir compte des autres facteurs ». Puis (au paragraphe 32), il ajoute que le contexte législatif étaye la thèse voulant que le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 10(1) soit « davantage qu’une simple formalité » et que le gouverneur en conseil « dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire » l’autorisant à revoir la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté.

[67] Je suis d’accord avec le juge des requêtes sur de nombreux motifs de son jugement. J’en citerai notamment six à l’appui de cette conclusion.

– I –

[68] Le juge des requêtes a eu raison de ne pas s’en tenir à une interprétation littérale du paragraphe 10(1) mais d’examiner cette disposition à la lumière de son contexte et de l’objet de la Loi.

[69] Le sens littéral d’une disposition législative est manifestement important. C’est le point de départ de toute interprétation, mais on ne peut pas s’en tenir là.

[70] La Cour suprême a, à de multiples reprises, rappelé qu’on ne saurait donner d’une disposition une interprétation purement littérale en ne retenant que le



are not to be read as if they stand alone, unrelated to other provisions and other laws, and without regard to the overall purpose of the legislation or Parliament's intention. See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 23; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26–27.

[71] As will be seen below, an examination of the wider context and the purpose of the Act confirms that Parliament intended a role for the Governor in Council that is much broader than date-setting.

– II –

[72] If the Governor in Council's role under subsection 10(1) were restricted to date-setting, there would be no need for the Governor in Council to receive a formal report from the Minister under subsection 10(1). Rather, a simple notice would suffice.

[73] The requirement that a report be prepared suggests that Parliament intended that the Governor in Council exercise a broader role. In the words of the applications Judge (at paragraph 35), “It is difficult to think of a purpose that would be served by a ministerial report to the [Governor in Council]” if the Minister were just a date-setter.

– III –

[74] The legislative context surrounding the Minister's report must also be considered. This is not any old report. This is a report that is the end product of a long and intricate process. Subsection 10(1) tells us that before the Minister can send the report to the Governor in Council, the affected person must receive notice and must have an opportunity to ask for a reference to the Federal Court. This suggests that the Minister's report should be shaped and influenced by the Federal Court's

sens des mots tel que nous l'offrent les dictionnaires. La disposition ne peut pas être interprétée isolément, sans tenir compte des autres dispositions du texte et d'autres lois applicables et sans tenir compte non plus de l'objet même du texte ou de l'intention du législateur. Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 23; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27.

[71] Ainsi que nous le verrons ci-dessous, l'examen du contexte et de l'économie de la *Loi sur la citoyenneté* confirme que le législateur a entendu reconnaître au gouverneur en conseil un rôle dépassant de beaucoup la simple tâche consistant à fixer la date de la révocation.

– II –

[72] Si, dans la tâche que lui confie le paragraphe 10(1), le gouverneur en conseil devait simplement fixer la date, il ne serait pas nécessaire pour lui de prendre connaissance du rapport officiel que le ministre lui transmet conformément au paragraphe 10(1). Un simple avis suffirait.

[73] L'obligation d'établir un rapport veut dire que le législateur a entendu confier au gouverneur en conseil un rôle plus large. Selon le juge des requêtes (au paragraphe 35), « On voit mal à quoi servirait le rapport du ministre au gouverneur en conseil » s'il devait simplement fixer une date.

– III –

[74] Le contexte législatif dans lequel s'inscrit le rapport du ministre doit également être pris en compte. Ce rapport n'est pas un rapport ordinaire, mais le fruit d'un processus long et assez complexe. Aux termes du paragraphe 10(1), avant que le rapport soit transmis au gouverneur en conseil, l'intéressé doit en être avisé et avoir la possibilité de demander que l'affaire soit renvoyée en Cour fédérale. Une telle démarche donne à penser que le rapport du ministre doit être fonction et

factual findings in the reference and other matters raised by the affected person.

[75] Does it make sense that Parliament would require that the Governor in Council receive such a report, shaped and influenced by information gathered after a long and intricate process, but then limit the Governor in Council to date-setting? I think not. Parliament would have to enact clearer words to achieve such a result.

– IV –

[76] In assessing the scope of a decision-maker's discretion, sometimes it is helpful to consider the nature of the body that is exercising the discretion. In subsection 10(1), Parliament has nominated the Governor in Council as the body to receive the report.

[77] The “Governor in Council” is the “Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen’s Privy Council for Canada”: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 35(1), and see also the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], sections 11 and 13. All the ministers of the Crown, not just the Minister, are active members of the Queen’s Privy Council for Canada. They meet in a body known as Cabinet. Cabinet is “to a unique degree the grand coordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation” and, by convention, it attempts to represent different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups: Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed. (Toronto: University of Toronto Press, 1987), at pages 203–204; Richard French, “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*,

tributaire des conclusions de fait auxquelles la Cour fédérale est parvenue dans le cadre du renvoi, ainsi que de diverses autres questions soulevées par l’intéressé.

[75] Peut-on raisonnablement croire que le législateur aurait prévu l’envoi au gouverneur en conseil d’un tel rapport, lequel est fonction et tributaire de renseignements recueillis dans le cadre de procédures longues et complexes, si la tâche du gouverneur en conseil ne devait alors consister qu’à fixer une date? Je ne le pense pas. Il aurait fallu, pour qu’il en soit ainsi, que le législateur l’exprime en termes plus clairs.

– IV –

[76] Pour préciser la portée d’un pouvoir discrétionnaire, il est parfois utile de se pencher sur la nature de l’entité à qui ce pouvoir discrétionnaire est reconnu. Aux termes du paragraphe 10(1), c’est au gouverneur en conseil que le législateur a confié le soin de recevoir le rapport.

[77] Selon le paragraphe 35(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, le « gouverneur en conseil » est le « gouverneur général du Canada agissant sur l’avis ou sur l’avis et avec le consentement du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou conjointement avec celui-ci ». Voir également la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], articles 11 et 13. Tous les ministres fédéraux, et non seulement le ministre de la Citoyenneté, sont membres en exercice du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Ils siègent au sein d’un organisme connu sous le nom de Cabinet. Le Cabinet est [TRADUCTION] « dans une mesure hors du commun, l’organe supérieur de coordination des intérêts provinciaux, régionaux, religieux, raciaux et autres propres à l’ensemble de la nation » et par convention, cet organisme tente d’assurer la représentation des divers groupes géographiques, linguistiques, religieux et ethniques : Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6<sup>e</sup> éd., Toronto, University of Toronto Press, 1987, aux pages 203 et 204; Richard

3rd ed. (Toronto: Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1979), at pages 363–394.

[78] In practical terms, then, a statute that vests decision making in the Governor in Council implicates the decision making of Cabinet, a body of diverse policy perspectives representing all constituencies within government.

[79] Did Parliament really intend in subsection 10(1) to restrict this body to a narrow date-setting function? Or did Parliament intend this body to review the entirety of the situation, as reflected in the Minister's report, and make a final substantive decision on whether citizenship should be revoked? In my view, the latter seems more plausible given the nature of this legislative scheme and the vesting of final authority in the Governor in Council.

– V –

[80] Revocation of citizenship is a most important matter. Citizenship of Canada gives Canadians certain rights. Some of these are so important that they are guaranteed under our Constitution. These include the right to vote under section 3 of 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]] and the right to enter, remain in, and move about in Canada under section 6 of the Charter. Given the consequences of revoking citizenship, it makes sense that Parliament would enact a scheme that provides for judicial fact-finding, a ministerial recommendation, and then a final level of full review by a broad body representing all constituencies and perspectives within government.

French, « The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making » dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak et John C. Terry, dir., *The Canadian Political Process*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto : Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1979, aux pages 363 à 394.

[78] En pratique, cela veut dire qu'une loi qui confère au gouverneur en conseil un pouvoir de décision suppose une décision du Cabinet, c'est-à-dire d'une entité au sein de laquelle la politique générale de l'État est débattue de multiples points de vue représentant les divers intérêts des groupes qui composent le gouvernement.

[79] Le législateur a-t-il vraiment voulu qu'aux termes du paragraphe 10(1), cet organisme ait uniquement pour tâche de fixer une date? Ou le législateur n'a-t-il pas entendu confier à cet organisme la tâche d'examiner l'ensemble de la situation, telle qu'exposée dans le rapport du ministre, et de se prononcer sur le fond en décidant de l'opportunité de révoquer la citoyenneté? Compte tenu de l'économie de la Loi en question, et du fait que c'est au gouverneur en conseil qu'appartient la décision finale, cette deuxième hypothèse me paraît plus vraisemblable.

– V –

[80] La révocation de la citoyenneté est une chose grave. La citoyenneté canadienne reconnaît aux Canadiens un certain nombre de droits, dont certains revêtent une importance telle qu'ils sont garantis par la Constitution. Citons, à cet égard, le droit de vote, garanti par l'article 3 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir, garanti par l'article 6 de la Charte. Compte tenu des conséquences d'une révocation de la citoyenneté, on comprend fort bien que le législateur ait opté pour un régime prévoyant une enquête factuelle confiée aux tribunaux, une recommandation formulée par le ministre, et puis, en fin de processus, un examen

approfondi mené par un organisme élargi représentant tous les groupes et tous les points de vue rassemblés dans le gouvernement.

– VI –

[81] It is fair to say that the point raised by the appellant concerning the interpretation of subsection 10(1) has never been put directly to this Court for decision. However, there are authorities that suggest that subsection 10(1) gives the Governor in Council a wide discretion to review the entire situation on all the facts and, if appropriate, to reject the Minister's recommendation:

(a) In *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395 [*Oberlander* (2009)], this Court remitted the matter back to the Governor in Council for consideration as to whether duress excused Oberlander's complicity in war crimes under Canada's war crimes policy. This Court held (at paragraph 39) that "it is critical that all relevant issues be considered and analysed." This supports the respondents' view that the Governor in Council's discretion under subsection 10(1) extends beyond date-setting to a broad consideration of whether, in all of the circumstances, the revocation of citizenship is warranted.

(b) In *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35, the Federal Court noted (at paragraph 18) that "[a]lthough the rights of the individual are at stake, there are elements of general policy involved in the decision to revoke the citizenship" and those elements are considered "by the highest political organ of the Canadian government", the Governor in Council. This Court reversed the Federal Court's decision, but did not disagree with its views on this point: 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3. However, as the motions Judge in the cases at bar has explained, this Court's decision was affected by a concession made

– VI –

[81] Rappelons que la Cour n'a jamais été directement saisie de la question soulevée par l'appelante quant à l'interprétation du paragraphe 10(1). Une certaine jurisprudence permet cependant de penser que le paragraphe 10(1) confère au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d'examiner l'ensemble de la situation que les faits exposent et de rejeter, s'il y a lieu, la recommandation du ministre :

a) Dans l'arrêt *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395 [*Oberlander* (2009)], la Cour a renvoyé au gouverneur en conseil pour examen la question de savoir si la contrainte permettait, aux termes de la politique du Canada en matière de crimes de guerre, de justifier le passé de M. Oberlander, à qui l'on reprochait de s'être rendu complice de crimes de guerre. Selon la Cour (au paragraphe 39), « il est essentiel que toutes les questions pertinentes soient examinées et analysées ». Cette conclusion va dans le sens de la thèse avancée par les intimés qui font valoir que le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur général par le paragraphe 10(1) ne se limite pas à la fixation de la date de la révocation, mais s'étend à un examen plus général de la question de savoir si, compte tenu des circonstances, la révocation de la citoyenneté est justifiée.

b) Dans la décision *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944, la Cour fédérale a signalé (au paragraphe 18) que « [b]ien que les droits d'une personne soient en jeu, il y a des éléments de politique générale en cause dans la décision d'annuler la citoyenneté », et qu'il doit donc être tenu compte de ces éléments « par le plus haut organe politique du gouvernement canadien », le gouverneur en conseil. Notre Cour a infirmé la décision de la Cour fédérale, mais n'a exprimé aucun désaccord sur ce point : 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3. Le juge des requêtes dans le cadre des affaires dont la Cour est saisie en l'espèce, a toutefois

by the Minister in argument: 2008 FCA 732, at paragraphs 40–44.

(c) In *Bogutin*, above, the Federal Court, acting in a reference, offered certain observations concerning the citizenship revocation process under the Act. It clearly contemplated a wide role for the Governor in Council (at paragraph 113):

The court in these proceedings is making findings of fact and making a report to the Minister. It does not follow that the Governor-in-Council is therefore compelled to revoke the citizenship of the respondent. The Minister has to consider a report and send it to the Governor-in-Council. The Governor-in-Council has to make a decision whether to revoke citizenship or not.

(d) This Court in *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.) described the Federal Court's role on a reference under the Act—determining whether there has been false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances—as “merely one stage of a proceeding which may or may not result in a final revocation of citizenship [at page 152].” The clear implication is that the Minister and the Governor in Council may take into account other matters. In the words of the applications Judge in the cases at bar (at paragraph 35), the statement of this Court in *Luitjens* “is difficult to reconcile with the proposition that the sole determinative issue for revoking citizenship is one already conclusively determined by the Federal Court.”

(e) The appellant has not cited to this Court any authorities that establish that the Governor in Council's role is limited to date-setting.

[82] For all of the foregoing reasons, I conclude that Parliament gave the Governor in Council a broad discretion under subsection 10(1) to decide whether a person's citizenship should be revoked. The Governor in Council is not forced to accept the Minister's recommendation

expliqué que la décision de la Cour a été influencée par une concession faite par le ministre lors de sa plaidoirie : 2008 CAF 732, aux paragraphes 40 à 44.

c) Dans la décision *Bogutin*, précitée, la Cour fédérale, se prononçant dans le cadre d'un renvoi, s'est livrée à un certain nombre d'observations concernant la révocation de la citoyenneté telle que prévue par la Loi. Il est clair qu'elle conçoit plus largement le rôle revenant au gouverneur en conseil (au paragraphe 113) :

En l'espèce, la Cour tire des conclusions de fait et fait rapport au ministre. Il ne s'ensuit pas que le gouverneur en conseil est de ce fait contraint d'annuler la citoyenneté de l'intimé. Le ministre doit examiner le rapport et le transmettre au gouverneur en conseil, qui doit décider s'il y a lieu ou non d'annuler la citoyenneté. En conséquence, j'applique la norme civile de preuve selon la prépondérance des probabilités, mais je dois examiner la preuve attentivement en raison des allégations graves qui doivent être établies par la preuve présentée.

d) Dans son arrêt *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1992] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL), la Cour a précisé que le rôle de la Cour fédérale dans le cadre d'un renvoi visé par la Loi — décider s'il y a eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels — consistait en « une étape d'une action qui peut aboutir ou non à la révocation définitive de la citoyenneté » [au paragraphe 8]. Ces précisions laissent clairement entendre qu'il est loisible au ministre et au gouverneur en conseil de prendre en compte d'autres éléments d'appréciation. Le juge des requêtes dans les présentes affaires (au paragraphe 35) s'est exprimé comme suit au sujet de l'explication de la Cour dans l'arrêt *Luitjens* : « Il est difficile de concilier cette idée avec la thèse que le seul facteur qui permet de révoquer la citoyenneté a déjà fait l'objet d'une décision définitive de la part de la Cour fédérale. »

e) L'appelante n'a pu citer devant la Cour aucune décision permettant d'affirmer que le rôle du gouverneur en conseil se bornerait à fixer une date.

[82] Pour l'ensemble des motifs exposés ci-dessus, je conclus que le législateur a, par le paragraphe 10(1), conféré au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider de l'opportunité de révoquer la citoyenneté d'un intéressé. Le

that the person's citizenship be revoked. The Governor in Council is not just a date-setter.

(3) Was the Governor in Council's decision reasonable?

[83] The applications Judge held that it should review the Governor in Council's decisions on the deferential standard of reasonableness. The applications Judge found that the decisions were reasonable (at paragraph 44).

[84] The appellant agrees that if the Governor in Council had the authority under subsection 10(1) of the Act not to revoke the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk, the standard of review is reasonableness. The appellant submits that the applications judge erred: the Governor in Council's decisions were not reasonable.

[85] Under the standard of reasonableness, our task is not to find facts, reweigh them, or substitute our decision for the Governor in Council. Rather, our task is to ask ourselves whether the decision of the Governor in Council fell within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. (See *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47.)

[86] In assessing what range of defensible outcomes was available to the Governor in Council, we must be mindful of the Governor in Council's task and what it involved. In this case, the Governor in Council's task was to consider the record presented to it in the form of the Minister's report and to consider whether citizenship revocation was warranted in the circumstances. Subsection 10(1) does not provide any specific criteria or formula for the Governor in Council to follow in carrying out this task. It leaves the Governor in Council free to act on the basis of policy, but those policies cannot conflict with the Act or its purposes: *Thamotharem*

gouverneur en conseil n'est pas tenu de retenir la recommandation du ministre de révoquer la citoyenneté. Le rôle du gouverneur en conseil ne se limite pas à fixer une date.

3) La décision du gouverneur en conseil était-elle raisonnable?

[83] Le juge des requêtes a estimé devoir se pencher sur la décision du gouverneur en conseil au regard de la norme déferente qu'est la raisonabilité. Selon le juge des requêtes, les décisions en cause sont raisonnables (au paragraphe 44).

[84] L'appelante convient que si le gouverneur en conseil pouvait, en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi, décider de ne pas révoquer la citoyenneté de MM. Odynsky et Katriuk, le critère de contrôle applicable à sa décision serait celui de la raisonabilité. Selon l'appelante, le juge des requêtes a commis une erreur, car les décisions du gouverneur en conseil n'étaient en fait pas raisonnables.

[85] Suivant la norme de la raisonabilité, il ne nous appartient pas de constater les faits, de les apprécier à nouveau ou de substituer notre propre décision à celle du gouverneur en conseil. Notre tâche consiste plutôt à nous demander si la décision du gouverneur en conseil fait partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47).

[86] Dans notre examen de l'éventail des décisions justifiables s'offrant au gouverneur en conseil, il nous faut tenir compte de la tâche du gouverneur en conseil et de tous les aspects de cette tâche. Sa tâche en l'occurrence consistait à examiner le dossier du ministre que celui-ci lui a présenté sous forme de rapport, et de décider si, compte tenu des circonstances, la révocation de la citoyenneté s'imposait. En cela, le paragraphe 10(1) ne propose au gouverneur en conseil aucun critère ni aucune formule à appliquer. La disposition en question laisse le gouverneur en conseil libre de faire intervenir des considérations de politique générale, mais ces

*v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385.

[87] In this case, the Government of Canada has developed a war crimes policy. None of the parties in this Court suggests that it was inappropriate or should not have been applied to these cases. Accordingly, in these cases, if the Governor in Council measured the facts contained in the Minister's report against the war crimes policy of the Government of Canada and reached a rationally defensible result in its decisions under subsection 10(1) of the Act, they should be regarded as reasonable. Put another way, in the circumstances of these cases, a rationally defensible application of a previously announced, unchallenged policy should be taken as a badge of reasonableness under *Dunsmuir*.

[88] In both Mr. Odynsky's case and Mr. Katriuk's case, the Minister described the Government of Canada's war crimes policy in its reports. None of the parties suggest that the description is inaccurate. The description is as follows:

The policy of the Canadian Government is unequivocal: Canada is not and will not become a safe haven for persons involved in war crimes, crimes against humanity or other reprehensible acts regardless of when or where they occurred.

The government pursues only those cases for which there is evidence of direct involvement or complicity in war crimes or crimes against humanity. A person may be considered complicit if the person is aware of the commission of war crimes or crimes against humanity and contributes directly or indirectly to their occurrence. Membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient to establish complicity if the organization in question is one with a limited brutal purpose, such as a death squad.

considérations ne doivent aller à l'encontre ni des dispositions de la Loi ni de son objet : *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385.

[87] En l'occurrence, le gouvernement du Canada a une politique en matière de crimes de guerre. Aucune des parties n'a fait valoir devant la Cour que cette politique était mauvaise ou qu'elle n'aurait pas dû être appliquée aux affaires en cause. Si, par conséquent, le gouverneur en conseil a évalué les faits exposés dans le rapport du ministre au regard de la politique du gouvernement du Canada en matière de crimes de guerre, et que les décisions prises par le gouverneur en conseil au titre du paragraphe 10(1) de la Loi sont justifiables d'un point de vue rationnel, elles doivent être tenues pour raisonnables. En d'autres termes, dans le contexte des présentes affaires, l'application rationnellement justifiable d'une politique qui était connue à l'avance et que nul n'avait contestée doit être caractéristique de la raisonnablement définie dans l'arrêt *Dunsmuir*.

[88] Tant dans son rapport concernant M. Odynsky, que dans son rapport concernant M. Katriuk, le ministre a rappelé quelle était la politique du gouvernement du Canada en matière de crimes de guerre. Aucune des parties n'affirme en l'espèce que l'exposé ainsi fait ne correspond pas à cette politique. Voici en quels termes le ministre a décrit la politique en question :

[TRADUCTION] La politique du gouvernement canadien est claire : le Canada ne deviendra pas un refuge pour les personnes qui ont commis un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou tout autre acte répréhensible, quel que soit le moment ou le lieu de leur commission.

Le gouvernement n'engage des poursuites que dans les cas où il possède une preuve de complicité ou de participation directe à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité. On peut considérer qu'une personne est complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité étaient commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration. Le fait d'être membre d'une organisation responsable d'atrocités peut, si l'organisation en question ne vise que la violence, comme un escadron de la mort, suffire pour que l'on considère qu'une personne est complice.

[89] In these cases, the Governor in Council's decisions not to revoke the citizenships of Mr. Odynsky and Mr. Katriuk are rationally defensible. It was open to the Governor in Council to find that the facts as found in the *Odynsky Reference* and the *Katriuk Reference* do not implicate any of the three main elements of Canada's war crimes policy:

(a) *Direct involvement or complicity*: The Federal Court did not find that Mr. Odynsky and Mr. Katriuk were directly involved or directly complicit in war crimes or crimes against humanity.

(b) *Awareness or contribution*: The Federal Court did not find that Mr. Odynsky and Mr. Katriuk were aware of the commission of war crimes or crimes against humanity, nor did it find that they contributed directly or indirectly to their occurrence.

(c) *Membership*: The policy, as summarized above, simply says, without elaboration, that membership in an organization with a "limited brutal purpose," such as a death squad, "can be sufficient" for revocation of citizenship. But the policy does not identify the circumstances when membership alone would suffice. Under subsection 10(1) of the Act, as interpreted above, that would be left for the Governor in Council to decide, guided by the purposes of the Act and any jurisprudence on point. In the latter regard, this Court has already decided that although membership in a limited brutal purpose organization creates a presumption of complicity, that presumption can be rebutted by evidence showing that the person had no knowledge of the purpose of the organization or direct or indirect involvement in its acts: *Oberlander* (2009), above, at paragraph 18. In my view, in light of the foregoing, the Governor in Council arrived at a rationally defensible outcome concerning the element of membership:

[89] En l'occurrence, la décision du gouverneur en conseil de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky et de M. Katriuk est rationnellement justifiable. Il était loisible au gouverneur en conseil de conclure que les faits tels qu'exposés dans le *Renvoi relatif à M. Odynsky* et dans le *Renvoi relatif à M. Katriuk* ne comportaient aucun des trois principaux éléments de la politique du Canada en matière de crimes de guerre :

a) Participation directe ou complicité directe : La Cour fédérale n'a pas jugé que M. Odynsky et M. Katriuk avaient directement participé à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité, ou s'en étaient rendus immédiatement complices.

b) Connaissance ou concours : La Cour fédérale n'a pas jugé que M. Odynsky et M. Katriuk savaient que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité étaient en train d'être perpétrés, et n'a pas jugé non plus qu'ils avaient concouru, directement ou indirectement, aux crimes en question.

c) Appartenance : La politique en vigueur, telle que résumée ci-dessus, prévoit simplement, sans davantage de précisions, que l'appartenance à une organisation qui « ne vise que la violence », tel qu'un escadron de la mort, « peut suffire » à entraîner la révocation de la citoyenneté. Cette politique ne précise pas davantage les circonstances dans lesquelles la seule appartenance suffit. Conformément au paragraphe 10(1) de la Loi, tel qu'interprété ci-dessus, la décision appartient au gouverneur en conseil qui doit se fonder sur l'objet de la Loi et la jurisprudence portant sur la question. À cet égard, la Cour a eu l'occasion de décider que bien que la simple appartenance à une organisation dont la mission consistait à perpétrer des actes de brutalité entraîne une présomption de complicité, cette présomption peut être réfutée par des preuves établissant que l'intéressé n'avait aucune connaissance des buts de l'organisation, et n'avait pas contribué, directement ou indirectement, aux crimes en question : *Oberlander* (2009), précité, au paragraphe 18. Compte tenu de ce qui précède, je considère que le gouverneur en conseil a tiré, sur la question de l'appartenance, une conclusion rationnellement justifiable :



(i) Mr. Odynsky was a member of a team of guards at Poniatowa. However, there was evidence upon which the Governor in Council could find that Mr. Odynsky's membership was involuntary, he was stationed at the Siedlung, he was in no way associated with those who carried out the massacre of 15 000 people, and he was specifically kept away from the camp on the day of the massacre. (See paragraphs 26–31, above.)

(ii) In Mr. Katriuk's case, he was an active member of his battalion and "must have participated in at least some of the operations". However, it is unclear exactly which operations he participated in, and the Federal Court specifically found that no witnesses could link Mr. Katriuk to atrocities committed against the civilian population. While his service was not involuntary in the way that Mr. Odynsky's service was, had he left his battalion he might have been found to have deserted and might have faced the firing squad. Finally, the Federal Court did not identify the organizations in which Mr. Katriuk served as having a "limited brutal purpose". (See paragraphs 38–41, above.)

[90] Another way of measuring the Governor in Council's decisions against the deferential standard of review of reasonableness is to review the submissions of the parties that were contained in the reports the Minister sent to the Governor in Council. These submissions reveal sharp divisions on the weight to be given to certain facts, how the policy should be applied to those facts, and how the Governor in Council should exercise its discretion. These are cases where, in the words of the Supreme Court in *Dunsmuir*, above, at paragraph 47, the questions for decision "do not lend themselves to one specific, particular result" but instead "give rise to a number of possible, reasonable conclusions."

[91] Under the deferential standard of review of reasonableness, it is not our job to reweigh the evidence that the Governor in Council weighed, grapple with interpretative issues concerning the war crimes policy, and then replace the Governor in Council's discretionary,

i) M. Odynsky était affecté, à Poniatowa, à un peloton de gardes. Or, selon certains éléments de preuve, le gouverneur en conseil a pu conclure que l'appartenance de M. Odynsky à cette troupe n'était pas volontaire, qu'il était posté à la Siedlung, qu'il n'avait rien à voir avec ceux qui ont massacré 15 000 personnes, et qu'on l'avait notamment tenu éloigné du camp le jour où a été perpétré ce massacre. (Voir les paragraphes 26 à 31, ci-dessus.)

ii) M. Katriuk était, pour sa part, membre à part entière de son bataillon et « doit au moins avoir participé à certaines opérations ». On ne sait pas très bien, cependant, à quelles opérations il aurait participé au juste et la Cour fédérale a relevé qu'aucun témoin n'avait pu établir de rapprochement entre M. Katriuk et les atrocités commises contre la population civile. Certes, son service dans cette unité n'était pas, comme l'avait été le service de M. Odynsky, involontaire, mais s'il avait quitté son bataillon, il aurait pu être condamné pour désertion et aurait peut-être été fusillé. De plus, la Cour fédérale n'a pas qualifié les organisations dans lesquelles avait été versé M. Katriuk, d'organisations qui « ne vise[nt] que la violence ». (Voir les paragraphes 38 à 41, ci-dessus.)

[90] Une autre manière d'évaluer les décisions du gouverneur en conseil au regard de la norme déférente de la raisonabilité consiste à examiner les observations des parties, reprises à l'intention du gouverneur en conseil dans les rapports du ministre. Leur lecture permet de constater des divergences très marquées quant au poids à accorder à certains faits, quant à la manière dont la politique en vigueur devrait leur être appliquée et quant à la manière dont le gouverneur en conseil devait exercer son pouvoir discrétionnaire. Il s'agit en l'espèce d'affaires où, selon les termes employés par la Cour suprême dans l'affaire *Dunsmuir*, précitée, au paragraphe 47, les questions qui se posent « n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables ».

[91] Selon la norme déférente du caractère raisonnable, il ne nous appartient pas d'évaluer à nouveau la preuve examinée par le gouverneur en conseil, de débattre des questions d'interprétation soulevées au sujet de la politique en matière de crimes de guerre et

fact-based conclusions with our own conclusions. On the available facts, law and policy, the Governor in Council's decisions not to revoke the citizenships of Mr. Odynsky and Mr. Katriuk under subsection 10(1) of the Act are defensible.

- (4) Should the Governor in Council have received the submissions that the appellant had made to the Minister?

[92] The appellant submits that, as a matter of procedural fairness, the Governor in Council should have received the submissions that the appellant had made to the Minister. It complains that submissions of the Ukrainian Canadian Congress to the Minister were included in the Minister's reports and made their way to the Governor in Council. But the appellant's submissions were not included.

[93] Owing to the importance of the decisions to Messrs. Odynsky and Katriuk, the Minister appropriately invited them to make submissions. Counsel for Mr. Odynsky included submissions of the Ukrainian Canadian Congress amongst his submissions to the Minister. The Minister appropriately included all of the submissions of Messrs. Odynsky and Katriuk in the reports in order to assist the Governor in Council in making its decisions. The Minister chose not to include any of the appellant's submissions in the reports. As a result, the submissions of the Ukrainian Canadian Congress ended up before the Governor in Council, but those of the appellant did not.

[94] However, a reading of the Minister's reports, especially the Minister's covering memorandum, shows that the Minister robustly put to the Governor in Council many of the viewpoints and perspectives that the appellant had advanced to the Minister. Further, in response to a question during oral argument in this Court, counsel

substituer ensuite nos propres conclusions à celles qu'a tirées, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le gouverneur en conseil après l'examen des faits. Les décisions du gouverneur en conseil, de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky et de M. Katriuk sur le fondement du paragraphe 10(1) de la Loi sont justifiables au regard des faits, du droit et de la politique générale.

- 4) Le gouverneur en conseil aurait-il dû prendre connaissance des observations que l'appelante avait transmises au ministre?

[92] Selon l'appelante, l'équité procédurale commandait que le gouverneur en conseil prenne connaissance des observations qu'elle avait transmises au ministre. L'appelante dénonce le fait que le gouverneur en conseil a pu prendre connaissance des observations présentées au ministre par le Congrès ukrainien canadien parce que celles-ci étaient reprises dans les rapports du ministre, alors que les observations de l'appelante n'y étaient pas reprises.

[93] Étant donné l'importance des décisions pour M. Odynsky et pour M. Katriuk, c'est à bon droit que le ministre les avait invités à présenter leurs observations. Dans les observations qu'il a transmises au ministre, le conseil de M. Odynsky a fait figurer les observations du Congrès ukrainien canadien. C'est à juste titre que dans les rapports qu'il a établis, le ministre a repris l'ensemble des observations formulées au nom de MM. Odynsky et Katriuk afin d'aider le gouverneur en conseil à se prononcer. Dans les rapports en question, le ministre n'a fait figurer aucune des observations que lui avait fait parvenir l'appelante. Le gouverneur en conseil a par conséquent eu connaissance des observations du Congrès ukrainien canadien, mais il n'a pas été mis au courant de celles formulées par l'appelante.

[94] On constate, cependant, à la lecture des rapports du ministre, et plus particulièrement à la lecture de la note d'accompagnement, que le ministre a exposé au gouverneur en conseil bon nombre des points de vue et des considérations que l'appelante avait fait valoir au ministre. En réponse à une question qui lui était posée

for the appellant confirmed that the appellant's real concern about procedural fairness was that the Governor in Council did not have the appellant's legal submissions concerning how subsection 10(1) should be interpreted. To the extent that that worked any prejudice, that prejudice has now been cured: both the applications Judge and this Court have carefully considered the appellant's legal submissions and have passed judgment upon them.

[95] In any event, given the nature of the issues before the Governor in Council, procedural fairness obligations in favour of the appellant did not arise on these facts under this legislative regime. At common law, the Governor in Council is not subject to procedural fairness obligations where it is deciding matters with significant policy content that affect a wide range of constituencies: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 670; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at page 504; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735. On the other hand, there may be some scope for the imposition of procedural fairness obligations where the rights and privileges of an individual or a relatively discrete group of individuals are being directly affected on the basis of provisions that impose objective standards and criteria: David Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at page 165 and see also *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653. As mentioned in paragraphs 57–58, above, in the context of the appellant's submissions on direct standing, the Governor in Council's decisions did not directly affect the rights and privileges of the appellant. Also as mentioned in paragraphs 63–79, above, subsection 10(1) of the Act does not impose objective standards and criteria on the Governor in Council. Rather, it empowers the Governor in Council to exercise a broad discretion that, as we have seen, is guided by a war crimes policy established by the Government of Canada.

dans le cadre des plaidoiries, le conseil de l'appelante a par ailleurs confirmé que pour ce qui est de l'équité procédurale, le principal souci de l'appelante était que le gouverneur en conseil n'avait pas eu connaissance des arguments juridiques développés par l'appelante au sujet de l'interprétation qu'il convenait de donner au paragraphe 10(1). Si tant est que cela ait porté préjudice à l'appelante, le tort a été réparé car le juge des requêtes et la Cour ont examiné avec attention les arguments avancés par l'appelante et se sont prononcés à leur égard.

[95] Quoiqu'il en soit, compte tenu des questions qui étaient soumises au gouverneur en conseil, l'appelante ne saurait en l'espèce invoquer à son égard une obligation d'équité procédurale découlant du régime législatif applicable aux faits dont est saisie la Cour. Selon la common law, le gouverneur en conseil n'est pas visé par l'obligation d'équité procédurale lorsqu'il est appelé à se prononcer sur des questions faisant appel à d'importantes considérations de politique générale affectant un vaste éventail d'intérêts : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 670; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, à la page 504; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735. Cela dit, il se peut que l'on puisse imposer une obligation d'équité procédurale lorsque les dispositions fixant des normes et des critères objectifs touchent directement les droits et privilèges d'une personne ou d'un groupe de personnes relativement restreint : David Mullan, *Administrative Law*, Toronto : Irwin Law, 2001, à la page 165; voir aussi *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653. Ainsi que nous l'avons vu aux paragraphes 57 et 58, ci-dessus, dans le contexte des arguments développés par l'appelante sur la question de l'intérêt direct, les décisions du gouverneur en conseil ne touchent pas directement les droits et privilèges de l'appelante. Comme nous l'avons également vu aux paragraphes 63 à 79, ci-dessus, le paragraphe 10(1) de la Loi n'impose pas au gouverneur en conseil une norme ou un critère objectif.

Cette disposition laisse plutôt au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire dont l'exercice, comme nous l'avons vu, s'inspire de la politique définie par le gouvernement du Canada en matière de crimes de guerre.

D. Disposition

[96] The respondents, the Attorney General of Canada and Vladimir Katriuk, do not seek their costs. The respondent, Wasyl Odynsky, seeks his costs in his appeal. In my view, costs should follow the outcome of that appeal.

[97] Therefore, I would dismiss the appeals, with costs to the respondent, Wasyl Odynsky, in file A-365-09.

SHARLOW J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

D. Décision

[96] Les intimés, le procureur général du Canada et Vladimir Katriuk, n'ont pas demandé que leur soient adjugés les dépens. L'intimé, Wasyl Odynsky, demande à la Cour de lui adjuger les dépens. J'estime que les dépens devraient suivre l'issue de son appel.

[97] Je rejeterais par conséquent les appels, adjugeant les dépens en ce qui concerne le dossier A-365-09 à l'intimé, Wasyl Odynsky.

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

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

IMM-1091-10  
2010 FC 1196

IMM-1091-10  
2010 CF 1196

**Aref Memari** (*Applicant*)

**Aref Memari** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Crampton J.—Toronto, November 17;  
Ottawa, November 26, 2010.

Cour fédérale, juge Crampton—Toronto, 17 novembre;  
Ottawa, 26 novembre 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board rejecting applicant's claim for refugee protection — Applicant citizen of Iran of Sunni Kurdish ethnicity claiming to have fled Iran to escape torture, persecution experienced because of political beliefs, activities — Inconsistencies, significant implausibility in applicant's testimony leading Board to conclude applicant's evidence not credible — Applicant submitting principles of natural justice breached as result of counsel's incompetence — Immigration and Refugee Protection Act, s. 167(1) providing statutory right to representation by counsel before Board — However, incompetence constituting breach of natural justice only in most extraordinary cases — In case at bar, claims of incompetence sufficiently specific, exceptional, clearly supported by evidence to meet performance component established in case law — Taken in isolation, each individual action, omission of counsel did not satisfy prejudice component of case law — However, combined effect of actions, omissions in question sufficient to result in miscarriage of justice — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire visant la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur — Le demandeur est un citoyen de l'Iran d'origine kurde sunnite qui prétendait avoir quitté l'Iran pour fuir la torture et la persécution subie en raison de ses croyances et activités politiques — Des incohérences et une invraisemblance importante dans le témoignage du demandeur ont amené la Commission à conclure que la preuve présentée n'était pas crédible — Le demandeur soutenait que les principes de justice naturelle avaient été violés par suite de l'incompétence de son avocat — L'art. 167(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés reconnaît le droit d'être représenté par un avocat devant la Commission — Toutefois, l'incompétence de l'avocat ne constituera un manquement aux principes de justice naturelle que dans les cas les plus extraordinaires — En l'espèce, les allégations d'incompétence étaient suffisamment précises, exceptionnelles et étayées par la preuve pour répondre au critère fondé sur l'examen du travail de l'avocat établi dans la jurisprudence — Pris isolément, chacun des actes et omissions reprochés à l'avocate n'aurait pas satisfait au critère du volet « appréciation du préjudice » établi par la jurisprudence — Cependant, l'effet combiné de ces actes et omissions était suffisant pour donner lieu à une erreur judiciaire — Demande accueillie.*

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

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

The applicant is a citizen of Iran of Sunni Kurdish ethnicity. He claimed to have fled Iran to escape torture and persecution that he experienced at the hands of the Iranian

Le demandeur est un citoyen de l'Iran d'origine kurde sunnite. Il prétendait qu'il avait quitté l'Iran pour fuir la torture et la persécution que le gouvernement iranien lui avait

government because of his political beliefs and activities. Inconsistencies and one significant implausibility in the applicant's testimony led the Board to conclude that the applicant's evidence, on the whole, was not credible and to rule that the applicant would not face a risk contemplated by section 96 or 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (the IRPA).

The applicant submitted that the principles of natural justice had been breached as a result of his counsel's incompetence in representing him.

The main issue was whether the principles of natural justice were breached as a result of his former counsel's incompetence.

*Held*, the application should be allowed.

Subsection 167(1) of the IRPA provides a statutory right to be represented by counsel before the Board. In proceedings under the IRPA, the incompetence of counsel will only constitute a breach of natural justice in the most extraordinary cases. With respect to the performance component, the incompetence or negligence of the applicant's representative must be sufficiently specific and clearly supported by the evidence. With respect to the prejudice component, the Court must be satisfied that a miscarriage of justice resulted. Consistent with the extraordinary nature of this ground of challenge, the performance component must be exceptional and the miscarriage of justice component must be manifested in procedural unfairness, the reliability of the trial result having been compromised, or another readily apparent form.

The Board recognized counsel's shortcomings in its decision. Counsel herself volunteered that she had not provided adequate representation for the applicant and elaborated upon these shortcomings in her written submissions to the Board and in an affidavit sworn in support of the application for judicial review. The applicant has also made a detailed complaint to The Law Society of Upper Canada. This evidence was all internally consistent. It was also consistent with the balance of the record.

In this case, the claims of incompetence were sufficiently specific, exceptional and clearly supported by the evidence to meet the performance component established in the case law.

On the particular facts of this case, the cumulative impact of the prejudice suffered by the applicant as a result of counsel's inadequate representation of him was sufficiently serious to compromise the reliability of the Board's decision. Taken

fait subir en raison de ses croyances et activités politiques. Des incohérences et une invraisemblance importante dans le témoignage du demandeur ont amené la Commission à conclure que la preuve présentée n'était pas crédible dans l'ensemble et à statuer que le demandeur ne serait pas exposé à un des risques prévus aux articles 96 ou 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR).

Le demandeur soutenait que les principes de justice naturelle avaient été violés par suite de l'incompétence dont a fait preuve son avocate en le représentant.

Le principal point litigieux en l'espèce était celui de savoir s'il y avait eu manquement aux principes de justice naturelle par suite de l'incompétence de l'ancienne avocate du demandeur.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le paragraphe 167(1) de la LIPR reconnaît aux intéressés le droit d'être représentés par un avocat devant la Commission. Dans les instances tenues en vertu de la LIPR, l'incompétence de l'avocat ne constituera un manquement aux principes de justice naturelle que dans les cas les plus extraordinaires. En ce qui concerne le volet « examen du travail », l'incompétence ou la négligence du représentant doit ressortir de la preuve de façon suffisamment claire et précise. Quant au volet « appréciation du préjudice », la Cour doit être convaincue qu'une erreur judiciaire en a résulté. Compte tenu de la nature extraordinaire de ce motif de contestation, le travail doit être exceptionnel et l'erreur judiciaire doit prendre la forme d'un manquement à l'équité procédurale — la fiabilité de l'issue du procès ayant été compromise — ou toute autre forme évidente.

La Commission a reconnu dans sa décision les erreurs commises par l'avocate. L'avocate a elle-même avoué qu'elle n'avait pas représenté adéquatement le demandeur et a expliqué ces erreurs dans des observations écrites soumises à la Commission ainsi que dans un affidavit à l'appui de la demande de contrôle judiciaire. Le demandeur a également produit une plainte détaillée auprès du Barreau du Haut-Canada. Cette preuve était cohérente en soi et l'était également avec le reste du dossier.

En l'espèce, les allégations d'incompétence étaient suffisamment précises, exceptionnelles et étayées par la preuve pour répondre au critère fondé sur l'examen du travail de l'avocat établi dans la jurisprudence.

Vu les faits particuliers de l'espèce, l'effet cumulatif des préjudices subis par le demandeur parce que l'avocate ne l'a pas représenté adéquatement était suffisamment grave pour compromettre le bien-fondé de la décision de la Commission.

in isolation, each of the individual actions and omissions on the part of counsel would not have satisfied the prejudice component of the jurisprudence. However, the combined effect of these actions and omissions was sufficient to result in a miscarriage of justice. Taken as a whole, counsel's representation of the applicant was not adequate or reasonable.

The particular facts of this case differed significantly from the typical case in which the various omissions alleged against the applicant's former counsel are not such that they would undermine the confidence of a reasonably informed objective person regarding the outcome of the applicant's appeal.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97, 167(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, 261 A.R. 1, 185 D.L.R. (4th) 577; *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51, (1993), 71 F.T.R. 136, 22 Imm. L.R. (2d) 220 (T.D.); *Huynh v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11, 21 Imm. L.R. (2d) 18 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Dukuzumuremyi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 278.

##### 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; *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; *Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1200, 47 Admin. L.R. (3d) 87, 225 F.T.R. 248.

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

Pris isolément, chacun des actes et omissions reprochés à l'avocate n'aurait pas satisfait au critère du volet « appréciation du préjudice » établi par la jurisprudence. Cependant, l'effet combiné de ces actes et omissions était suffisant pour donner lieu à une erreur judiciaire. Considérée dans son ensemble, la représentation assurée par l'avocate au demandeur n'était ni adéquate ni raisonnable.

Les faits particuliers de l'espèce différaient considérablement du cas typique où les diverses omissions reprochées à l'ancienne représentante du demandeur ne sont pas de la nature à miner la confiance qu'une personne objective raisonnablement informée peut entretenir quant à l'issue de l'appel du demandeur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97, 167(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1<sup>re</sup> inst.); *Huynh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 642 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Dukuzumuremyi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 278.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1200.

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

## APPEARANCES

*Angus G. Grant* for applicant.  
*Kareena R. Wilding* for respondent.

## ONT COMPARU

*Angus G. Grant* pour le demandeur.  
*Kareena R. Wilding* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Law Offices of Catherine Bruce*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Law Offices of Catherine Bruce*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] CRAMPTON J.: Mr. Aref Memari is a citizen of Iran. He is of Sunni Kurdish ethnicity. He claims to have fled Iran to escape torture and persecution that he experienced at the hands of the Iranian government because of his political beliefs and activities. He arrived in Canada in May 2007 and claimed refugee protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[1] LE JUGE CRAMPTON : M. Aref Memari est un citoyen de l'Iran. Il est d'origine kurde sunnite. Il prétend qu'il a quitté l'Iran pour fuir la torture et la persécution que le gouvernement iranien lui a fait subir en raison de ses croyances et activités politiques. Il est arrivé au Canada en mai 2007 et a demandé l'asile en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] In February 2010, the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) rejected his claim for refugee protection.

[2] En février 2010, la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté sa demande d'asile.

[3] The applicant seeks to have the decision set aside on the basis that:

[3] Le demandeur demande l'annulation de la décision pour les motifs suivants :

i. the principles of natural justice were breached as a result of his former counsel's incompetence;

i. il y a eu manquement aux principes de justice naturelle par suite de l'incompétence de son ancienne avocate;

ii. comments made by the Board subsequent to its decision gave rise to a reasonable apprehension of bias; and

ii. les commentaires faits par la Commission à la suite de sa décision ont donné lieu à une crainte raisonnable de partialité;

iii. the Board's analysis of the evidence was unreasonable.

iii. l'analyse de la preuve par la Commission était déraisonnable.

[4] For the reasons that follow, this application is allowed.

[4] Pour les motifs qui suivent, la présente demande est accueillie.



## I. Background

[5] In an addendum to the Personal Information Form (PIF) filed in support of his application for refugee status, the applicant states that he was politically involved with a clandestine student group that defended Kurdish rights and advocated an end to the discrimination and persecution of Kurds. In 1996, after students and local teachers at the University of Sanandaj were humiliated and persecuted for being Kurds and Sunnis, he became seriously involved with that group. Among other things, the group distributed flyers, held meetings on a clandestine basis and held peaceful rallies. The applicant also was a supporter of the leftist Hekmatiye political movement.

[6] After an Iranian Kurd was arrested and killed by Iranian security forces in 2005, the applicant participated in a peaceful protest. He claims that this protest was raided and that he was arrested. He further claims that he was then detained, beaten, lashed on numerous occasions and interrogated for 15 days, before being released 5 days later.

[7] He claims that he did not return to his political activity until after the Nowruz (Iranian New Year) holiday in 2006, when he was asked by one of the members of the student group to attend a meeting and speak about his experience. He renewed his involvement with the group and began photocopying flyers that were distributed by other members of the group.

[8] The applicant claims that he was then arrested a second time, on January 15, 2007. He states that he was again beaten, seriously tortured and interrogated about his activities. After being detained for over two weeks, he was forced to sign an undertaking stating that he would not tell anyone about his detention and was threatened with death if he violated this undertaking.

[9] The applicant claims that a few weeks later, on February 4, 2007, he was taken to the outskirts of the city and left there. He states that he immediately went into hiding for three nights until he could meet with a

## I. Les faits

[5] Dans une annexe du formulaire de renseignements personnels (FRP) produit à l'appui de sa demande d'asile, le demandeur indique qu'il a joué un rôle politique actif au sein d'un groupe d'étudiants clandestins qui défendaient les droits des Kurdes et qui préconisaient la fin de la discrimination et de la persécution envers ceux-ci. En 1996, après que les étudiants et les professeurs locaux de l'Université de Sanandaj aient été humiliés et persécutés du fait de leur origine kurde sunnite, il s'est sérieusement engagé auprès de ce groupe. Entre autres, le groupe a distribué des circulaires, a tenu des réunions clandestines et a organisé des rassemblements pacifiques. Le demandeur était également un sympathisant du mouvement politique gauchiste Hekmatiye.

[6] Après qu'un Kurde iranien ait été arrêté et tué par les forces de sécurité iraniennes en 2005, le demandeur a participé à une protestation pacifique. Il soutient que cette protestation a fait l'objet d'une descente et qu'il a été mis en état d'arrestation. Il prétend de plus qu'il a ensuite été détenu, battu et roué de coups de fouet à de nombreuses reprises, et qu'il a été interrogé pendant 15 jours avant d'être relâché 5 jours plus tard.

[7] Il soutient qu'il n'a repris ses activités politiques qu'après le Nowruz (Nouvel An iranien) en 2006, lorsque l'un des membres du groupe d'étudiants lui a demandé d'assister à une rencontre et de parler de son expérience. Il a renouvelé sa participation au sein du groupe et a commencé à photocopier les circulaires qui étaient distribuées par d'autres membres du groupe.

[8] Le demandeur soutient qu'il a été arrêté une seconde fois, soit le 15 janvier 2007. Il déclare qu'il a été une fois de plus battu, gravement torturé et interrogé sur ses activités. Après avoir été détenu pendant plus de deux semaines, il a été forcé de signer un engagement indiquant qu'il ne parlerait à personne de sa détention et il a été menacé de mort s'il violait cet engagement.

[9] Le demandeur prétend que quelques semaines plus tard, le 4 février 2007, il a été emmené en banlieue de la ville et a été laissé à cet endroit. Il affirme qu'il s'est immédiatement caché pendant trois nuits jusqu'à ce

smuggler. He spent five days hiding with the smuggler before departing for Turkey on February 11, 2007. He stayed in Turkey until he departed for Canada, where he arrived on May 22, 2007.

[10] Since fleeing Iran, the applicant claims that his house has been raided and that his parents, brother, wife and neighbours have been interrogated. In addition, his wife was dismissed from her job, was forced to sign an undertaking stating that she would report the applicant, and has been required to report to the Sepah (a branch of Iran's military) every other month.

[11] In his PIF, the applicant added that that his family was opposed to the revolution in Iran, that their home was raided and searched, and that his father was arrested and detained in an undisclosed location for four months, where he was severely tortured. He was finally released when the applicant's mother posted the deed to her property as bond. Due to the injuries he suffered as a result of his torture, he has been unable to work since that time. In addition, he was dismissed from the military and is prohibited from leaving the country.

## II. The Decision under Review

[12] At the outset of its decision, the Board identified the applicant's credibility as the determinative issue in its decision.

[13] Before addressing the substance of the applicant's claim, and after acknowledging that the applicant's counsel at the time, Ms. Anita Leggett, was known to the Board as a capable and conscientious refugee lawyer, the Board noted that there were "issues with her performance". The Board noted that the hearing was originally scheduled for November 24, 2009, but was adjourned to January 27, 2010, because Ms. Leggett submitted a revised narrative on the morning of the hearing. The Board noted that the document was dated March 2009. It also noted that Ms. Leggett took responsibility for

qu'il rencontre un passeur de clandestins. Il s'est caché pendant cinq jours avec celui-ci avant de partir pour la Turquie le 11 février 2007. Il est demeuré en Turquie jusqu'à son départ pour le Canada, où il est arrivé le 22 mai 2007.

[10] Depuis qu'il a fui l'Iran, le demandeur soutient que sa maison a fait l'objet d'une descente et que ses parents, son frère, son épouse et ses voisins ont été interrogés. En outre, son épouse a perdu son emploi, elle a été forcée de signer un engagement indiquant qu'elle allait dénoncer le demandeur, et elle a été requise de se présenter au Sepah (une branche de l'armée iranienne) tous les deux mois.

[11] Dans son FRP, le demandeur a ajouté que sa famille s'opposait à la révolution en Iran, que la maison familiale avait fait l'objet d'une descente et d'une fouille, et que son père avait été arrêté et détenu dans un endroit qui n'avait pas été divulgué pendant quatre mois et où il a été gravement torturé. Il a finalement été relâché lorsque sa mère a déposé l'acte de propriété de sa maison à titre de caution. En raison des blessures qu'il a subies par suite de la torture, il n'a pas été en mesure de travailler depuis ce temps-là. De plus, il a été renvoyé de l'armée et il lui est interdit de quitter le pays.

## II. La décision contestée

[12] Dès le début de sa décision, la Commission a jugé que la crédibilité du demandeur était la question déterminante.

[13] Avant d'aborder le fond de la revendication du demandeur, la Commission a dit, à propos de l'avocate du demandeur à ce moment-là, M<sup>e</sup> Anita Leggett, après avoir reconnu que celle-ci était une avocate compétente et consciencieuse, spécialisée en droit des réfugiés, qu'il y avait « des problèmes relativement à son rendement ». La Commission a fait remarquer que l'audience avait été fixée à l'origine au 24 novembre 2009, mais avait été remise au 27 janvier 2010, car M<sup>e</sup> Leggett avait produit un exposé circonstancié révisé le matin même de l'audience. La Commission a souligné que le

this late submission, “citing both illness and simply not getting around to it”.

[14] The Board then observed that, at the hearing on January 27, 2010, Ms. Leggett indicated that she was ill and had not been feeling well. The Board also noted that she submitted at that time a detailed psychological report that she claimed to have just received.

[15] The Board then noted that once the hearing commenced and an issue arose about the applicant’s claimed dates of detention in Iran, Ms. Leggett approached the panel and showed it her copy of the PIF, on which she had marked some different dates than what appeared in the document. At that time, she claimed that she had intended to amend the PIF before the hearing, but forgot, due to her illness.

[16] The Board further noted that Ms. Leggett subsequently volunteered that she had not provided adequate representation for the applicant, and that she had apologized. The Board stated that the applicant would not be penalized for any alleged errors made by Ms. Leggett. It added that it had been very careful to fairly consider the implications of such alleged errors. However, it maintained that there was still insufficient credible evidence to justify a positive determination.

[17] The Board then addressed various inconsistencies that it found in the applicant’s evidence. It stated that, cumulatively, those inconsistencies and one significant implausibility led it to conclude that the applicant’s evidence, on the whole, was not credible.

[18] The first inconsistency identified by the Board concerned the number of times the applicant claimed to have been detained. The Board noted that in his PIF and

document était daté de mars 2009. Elle a également fait observer que M<sup>e</sup> Leggett a avoué être responsable du retard à produire ces observations « expliquant qu’elle avait été malade et qu’elle n’avait simplement pas trouvé le temps de le faire ».

[14] La Commission a noté ensuite que, lors de l’audience du 27 janvier 2010, M<sup>e</sup> Leggett a indiqué qu’elle était malade et qu’elle ne se sentait pas bien. La Commission a indiqué également que M<sup>e</sup> Leggett avait produit à ce moment-là un rapport psychologique détaillé qu’elle venait tout juste de recevoir, selon ce qu’elle a prétendu.

[15] La Commission a fait remarquer également qu’après le début de l’audience et après qu’une question ait été soulevée quant aux prétendues dates de détention du demandeur en Iran, M<sup>e</sup> Leggett s’est approchée du tribunal et lui a montré une copie du FRP, sur lequel elle avait indiqué quelques dates différentes de celles qui figuraient sur le document. Elle a alors déclaré qu’elle voulait modifier le FRP avant l’audience, mais qu’elle avait oublié de le faire en raison de sa maladie.

[16] La Commission a noté de plus que M<sup>e</sup> Leggett a spontanément indiqué par la suite qu’elle n’avait pas bien représenté le demandeur, et qu’elle s’en était excusée. La Commission a indiqué que le demandeur ne serait pas pénalisé pour toute erreur commise par M<sup>e</sup> Leggett, ajoutant avoir fait très attention d’évaluer de façon impartiale les conséquences de toute erreur. Cependant, la Commission a maintenu qu’il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve crédibles pour justifier une décision favorable.

[17] Par la suite, la Commission s’est intéressée aux nombreuses divergences qu’elle avait relevées dans le témoignage du demandeur. Elle a indiqué que, prises ensemble, ces incohérences et une invraisemblance importante l’avaient amenée à conclure que la preuve présentée par le demandeur n’était pas crédible dans l’ensemble.

[18] La première incohérence relevée par la Commission concernait le nombre de fois où le demandeur a soutenu avoir été détenu. La Commission a noté que,

in his testimony, the applicant stated that he had been detained twice. However, the Board noted that in a declaration that he signed at his port of entry, he only mentioned one detention. The Board did not accept the applicant's explanations that (i) he was told by the immigration officer at the port of entry to keep his story short, and (ii) the proximate cause of his departure from Iran was his second detention. Instead, it concluded that his claim to having been detained on another occasion was an embellishment. It therefore made a negative inference as to his credibility.

[19] The second inconsistency identified by the Board related to the difficulties that the applicant claimed to have had with the interpreter during his point of entry interview. The applicant alleged at the hearing that he had difficulties understanding the interpreter on several occasions because (i) the interpreter was Afghani, who speaks Dari (which is similar to Farsi) and Iranians (who speak Farsi) don't understand much of the terminology used by Afghans, and (ii) the interpreter was interpreting over a speaker telephone that did not transmit clearly. The applicant further claimed to have requested a Kurdish interpreter, but was told that none was available, and claimed to have requested that various questions posed during the interview be repeated several times.

[20] The Board rejected the applicant's claims after noting that:

- the officer told the applicant to let him know if a question was unclear or if he did not understand, and the applicant did not do so;
- there was no record in the interview notes of the applicant having complained about the interpretation, having requested that questions be repeated, or having requested a Kurdish interpreter;
- at the end of his declaration, the applicant thanked immigration personnel for their help and did not express any complaints about the interview process;

tant dans son FRP que dans son témoignage, le demandeur a indiqué qu'il avait été détenu à deux occasions. Cependant, la Commission a fait observer que dans une déclaration qu'il avait signée au point d'entrée, il n'avait fait allusion qu'à une seule détention. La Commission n'a pas accepté les explications du demandeur voulant i) que l'agent d'immigration lui ait dit au point d'entrée de rédiger une histoire courte, et ii) que la cause immédiate de son départ de l'Iran ait été sa seconde détention. Elle a plutôt conclu que sa prétention selon laquelle il avait été détenu une seconde fois avait pour but d'embellir son histoire. Elle a par conséquent tiré une conclusion défavorable quant à sa crédibilité.

[19] La deuxième incohérence relevée par la Commission était liée aux difficultés que le demandeur prétend avoir eues avec l'interprète durant son entrevue effectuée au point d'entrée. Le demandeur a allégué à l'audience qu'il avait eu des difficultés à comprendre l'interprète à plusieurs reprises, car i) l'interprète était Afghani et parlait le dari (qui est similaire au farsi) et les Iraniens (qui parlent le farsi) ne comprennent pas vraiment la terminologie utilisée par les Afghans, et ii) l'interprète traduisait à partir d'un téléphone à mains libres qui ne transmettait pas clairement la communication. Le demandeur a soutenu de plus avoir demandé un interprète kurde, mais on lui a dit qu'aucun n'était disponible, et a soutenu avoir demandé que les différentes questions posées durant l'entrevue soient répétées plusieurs fois.

[20] La Commission a rejeté les prétentions du demandeur après avoir noté les éléments suivants :

- l'agent a dit au demandeur de lui faire savoir si une question n'était pas claire ou s'il ne la comprenait pas, ce que le demandeur n'a pas fait;
- aucune note prise durant l'entrevue n'indiquait que le demandeur s'était plaint de l'interprétation, qu'il avait demandé que les questions soient répétées ou qu'il souhaitait un interprète kurde;
- à la fin de sa déclaration, le demandeur a remercié le personnel de l'immigration pour son aide et ne s'est aucunement plaint du processus d'entrevue;

- the applicant signed the written record of the interview, to confirm that what was contained therein was true;
  - the interpreter had signed a declaration stating that he had interpreted the contents of that record to the applicant and the applicant had informed him that he had understood that record;
  - the applicant indicated at the hearing that he is just as fluent in Farsi as he is in Kurdish, and requested a Farsi, rather than a Kurdish, interpreter;
  - the applicant's declaration was done free-hand with no interpretation, and was done in Farsi; and
  - as a university graduate, the applicant would not have simply signed a form because he was told to do so, and an immigration officer would not have requested him to sign something that he knew or ought to have known not to be true, since there is a presumption that CIC [Citizenship and Immigration Canada] deals fairly, which was not rebutted.
- le demandeur a signé le compte-rendu écrit de l'entrevue, pour confirmer la véracité de son contenu;
  - l'interprète avait signé une déclaration indiquant qu'il avait interprété le contenu de ce compte-rendu pour le demandeur et que le demandeur l'avait informé qu'il en avait compris la teneur;
  - le demandeur a indiqué à l'audience qu'il parlait aussi bien le farsi que le kurde et qu'il avait demandé un interprète parlant le farsi, plutôt qu'un interprète kurde;
  - la déclaration du demandeur a été faite librement, sans aucune interprétation, et en farsi;
  - en tant que titulaire d'un diplôme universitaire, le demandeur n'aurait pas signé un formulaire simplement parce qu'on lui avait dit de le faire, et un agent d'immigration ne lui aurait pas demandé de signer un document qui, comme il le savait ou aurait dû le savoir, était inexact, étant donné la présomption selon laquelle CIC [Citoyenneté et Immigration Canada] agit équitablement, qui n'a pas été réfutée.

[21] The third inconsistency was identified as involving the dates of the applicant's first detention. The Board noted that there were differences between the applicant's testimony and his PIF on this matter. In his testimony, the Board stated that he identified those dates to be August 3, 2005 to August 24, 2005, and that when he was asked if he was sure about those dates, he replied in the affirmative. However, in his PIF, the Board stated that the dates of his first detention were identified as being from September 3, 2005 to October 3, 2005.

[21] La troisième incohérence concernait les dates de la première détention du demandeur. En effet, la Commission a constaté qu'il y avait des différences entre le témoignage du demandeur et son FRP sur cette question. En ce qui a trait à son témoignage, la Commission a dit qu'il avait indiqué que sa première détention avait eu lieu du 3 août au 24 août 2005, et, lorsqu'on lui a demandé s'il était certain de l'exactitude de ces dates, il a répondu par l'affirmative. Cependant, la Commission a indiqué que les dates de sa première détention qui figurent dans son FRP sont du 3 septembre au 3 octobre 2005.

[22] The Board observed that, at the beginning of the hearing, he had sworn to the accuracy of his PIF, yet he alleged later in the hearing that it was not accurate in this respect. It then noted that he suggested that the interpreter at Ms. Leggett's office may have copied the dates from the interview record. The Board did not accept this explanation because there was nothing in the interview record indicating that he had been

[22] La Commission a souligné qu'au début de l'audience, le demandeur avait témoigné sous serment de l'exactitude de son FRP, et pourtant, il a allégué, plus tard durant l'audience, que celui-ci n'était pas exact à cet égard. Elle a ensuite fait remarquer qu'il avait laissé entendre que l'interprète, qui se trouvait alors dans le bureau de M<sup>e</sup> Leggett, avait pu copier les dates du compte-rendu de l'entrevue. La Commission n'a pas

detained on the dates set forth in his PIF (September 3, 2005 to October 3, 2005), and thus the interpreter at Ms. Leggett's office could not have copied the dates wrong.

[23] The Board also noted that Ms. Leggett had showed the panel her copy of the PIF, which appeared to indicate some changes in pen or pencil. The Board observed that Ms. Leggett had indicated that this was evidence that she had intended to change that section of the PIF before the applicant swore to it at the hearing, but she forgot to do so due to her illness. The Board acknowledged that Ms. Leggett correctly indicated that the revised narrative set forth in the addendum to the applicant's PIF indicated that the applicant was arrested on August 3, 2005.

[24] However, the Board found that the fact that the applicant, apparently incorrectly, blamed this on the interpreter and also, apparently incorrectly, indicated that the interpreter had taken the wrong information from the interview record, would tend to indicate that his explanations should not be accepted. The Board therefore made a negative inference as to credibility, although it noted that this was partially mitigated by Ms. Leggett's explanation.

[25] The fourth inconsistency concerned the dates of the applicant's alleged second detention. The Board noted that the dates set forth in the interview record and the applicant's PIF were different. In the interview record, the dates were stated to be October 25, 2006 to November 15, 2006. However, in his PIF, the applicant stated that he was released from custody, and escaped from Iran in February 2007.

[26] When asked to explain the apparent inconsistency, the applicant claimed that they resulted from errors made by the interpreter in converting the Persian calendar to the Gregorian calendar. Since the Board did not accept the applicant's allegations regarding poor

accepté cette explication, car rien dans le compte-rendu de l'entrevue n'indiquait qu'il avait été détenu aux dates énoncées dans son FRP (soit du 3 septembre au 3 octobre 2005), et par conséquent l'interprète, qui se trouvait au bureau de M<sup>e</sup> Leggett, n'aurait pas pu reproduire ces dates incorrectement.

[23] La Commission a également fait observer que M<sup>e</sup> Leggett lui avait montré sa copie du FRP, sur laquelle quelques modifications semblaient avoir été apportées au crayon ou au stylo. La Commission a souligné que M<sup>e</sup> Leggett avait indiqué qu'il s'agissait là de la preuve qu'elle avait eu l'intention de modifier cette section du FRP avant que le demandeur ne prête serment à l'audience, mais qu'elle avait oublié de le faire en raison de sa maladie. La Commission a reconnu que M<sup>e</sup> Leggett avait affirmé à juste titre que l'exposé circonstancié révisé figurant à l'annexe du FRP du demandeur indiquait que ce dernier avait été arrêté le 3 août 2005.

[24] Cependant, la Commission a conclu que le fait que le demandeur, apparemment à tort, avait attribué cette faute à l'interprète et qu'il avait affirmé, encore là à tort, que l'interprète avait tiré les mauvais renseignements du compte-rendu de l'entrevue, semblait indiquer que ses explications ne devraient pas être acceptées. La Commission a, par conséquent, tiré une conclusion négative quant à sa crédibilité, bien qu'elle ait mentionné que cette conclusion était en partie atténuée par l'explication de M<sup>e</sup> Leggett.

[25] La quatrième incohérence porte sur les dates de la seconde détention du demandeur. La Commission a noté qu'il y avait divergence entre les dates indiquées dans le compte-rendu de l'entrevue et celles qui figurent dans le FRP du demandeur. Dans le compte-rendu de l'entrevue, les dates indiquées sont du 25 octobre au 15 novembre 2006, alors que dans son FRP, le demandeur a déclaré qu'il a été relâché et qu'il a fui l'Iran en février 2007.

[26] Lorsqu'on lui a demandé d'expliquer cette incohérence manifeste, le demandeur a soutenu qu'elle découlait d'erreurs commises par l'interprète dans sa conversion du calendrier perse au calendrier grégorien. Étant donné que la Commission n'a pas accepté les

interpretation at the interview, the Board did not accept this explanation.

[27] The fifth “inconsistency” concerned the applicant’s response to a question regarding the location where Mansour Hekmat, the head of the party the applicant claimed to support, died. The applicant stated that he died in Iran or Iraq. It was only after the applicant was asked how the leader of an anti-regime party would be allowed to live in Iran that the applicant corrected himself and stated that he died in London. The Board found that this indicated that the applicant had little knowledge of the party he claimed to support. It therefore made a further negative inference regarding the applicant’s credibility.

[28] Finally, the Board found a significant implausibility in the applicant’s claim. The applicant indicated that although his wife has been interrogated frequently since he left, she had not disclosed to the authorities that he had fled to Canada. The Board found it implausible that the applicant’s wife would not have been forced to reveal this fact, particularly if the regime were targeting the applicant to the extent that he claimed.

[29] Based on the foregoing, the Board concluded that the applicant’s evidence was, on the whole, not credible. Accordingly, it found that he would not face a risk contemplated by section 96 or 97 of the IRPA.

### III. Standard of Review

[30] The issues of procedural fairness and natural justice raised by the applicant are reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 55, 60 and 79; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43).

allégations du demandeur quant aux mauvais services d’interprétation dont il a bénéficié durant l’entrevue, elle n’a pas accepté cette explication.

[27] La cinquième « incohérence » avait trait à la réponse du demandeur à la question relative à l’endroit où Mansour Hekmat, le chef du parti que le demandeur prétendait appuyer, était mort. Le demandeur a indiqué que le chef du parti était mort en Iran ou en Iraq. Ce n’est qu’après qu’on lui eut demandé comment le chef d’un parti anti-régime aurait été autorisé à vivre en Iran qu’il s’est ravisé et a indiqué qu’il était mort à Londres. La Commission a conclu que cela indiquait que le demandeur connaissait peu le parti qu’il prétendait appuyer. Elle a par conséquent tiré une autre conclusion défavorable en ce qui a trait à la crédibilité du demandeur.

[28] Enfin, la Commission a conclu qu’il y avait une invraisemblance significative dans la prétention du demandeur. Le demandeur a indiqué que, bien que son épouse ait été interrogée à plusieurs reprises depuis qu’il a fui l’Iran, elle n’a pas déclaré aux autorités qu’il s’était enfui au Canada. La Commission a jugé peu vraisemblable que l’épouse du demandeur n’ait pas été contrainte de révéler ce fait, surtout si le régime avait ciblé le demandeur dans la mesure où il l’a prétendu.

[29] Compte tenu de ce qui précède, la Commission a conclu que le témoignage du demandeur n’était pas, dans l’ensemble, crédible. Par conséquent, elle a statué qu’il ne serait pas exposé à un des risques prévus aux articles 96 ou 97 de la LIPR.

### III. Norme de contrôle

[30] Les questions liées à l’équité procédurale et à la justice naturelle soulevées par le demandeur sont contrôlées d’après la norme de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 55, 60 et 79; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43).

[31] The issue regarding the Board's analysis of the evidence is reviewable on a standard of reasonableness (*Dunsmuir*, above, at paragraphs 51–56).

#### IV. Analysis

A. *Were the principles of natural justice breached as a result of his former counsel's incompetence?*

[32] The applicant submits that the principles of natural justice were breached as a result of Ms. Leggett's incompetence in representing him. I agree.

[33] In *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at paragraph 26, the Supreme Court of Canada stated that for this ground of challenge to succeed, "it must be established, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted." The Court elaborated as follows (at paragraphs 27–29):

Incompetence is determined by a reasonableness standard. The analysis proceeds upon a strong presumption that counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that are alleged not to have been the result of reasonable professional judgment. The wisdom of hindsight has no place in this assessment.

Miscarriages of justice may take many forms in this context. In some instances, counsel's performance may have resulted in procedural unfairness. In others, the reliability of the trial's result may have been compromised.

In those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. The object of an ineffectiveness claim is not to grade counsel's performance or professional conduct. The latter is left to the profession's self-governing body.

[31] La norme de contrôle applicable à la question concernant l'analyse de la preuve par la Commission est celle de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, ci-dessus, aux paragraphes 51 et 56).

#### IV. Analyse

A. *Y a-t-il eu manquement aux principes de justice naturelle par suite de l'incompétence de l'ancienne avocate du demandeur?*

[32] Le demandeur soutient que les principes de justice naturelle ont été violés par suite de l'incompétence dont a fait preuve M<sup>e</sup> Leggett en le représentant. Je suis d'accord.

[33] Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, au paragraphe 26, la Cour suprême du Canada a affirmé que, pour que ce recours soit accueilli, « il faut démontrer, dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté ». La Cour précise (aux paragraphes 27 à 29) :

L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de l'assistance professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. La sagesse rétrospective n'a pas sa place dans cette appréciation.

Les erreurs judiciaires peuvent prendre plusieurs formes dans ce contexte. Dans certains cas, le travail de l'avocat peut avoir compromis l'équité procédurale, alors que dans d'autres, c'est la fiabilité de l'issue du procès qui peut avoir été compromise.

Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. L'objet d'une allégation de représentation non effective n'est pas d'attribuer une note au travail ou à la conduite professionnelle de l'avocat. Ce dernier aspect est laissé à l'appréciation de l'organisme d'autoréglementation de la profession.



[34] Although *G.D.B.* was a criminal case and the Supreme Court's analysis of the issue of the right to effective counsel was focused on persons charged with a felony, this Court has recognized this right in the refugee context (see, for example, *Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1200, 47 Admin. L.R. (3d) 87; *Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 51 (T.D.), at pages 60–64).

[35] It may also be noted that subsection 167(1) of the IRPA provides a statutory right to be represented by counsel, to persons who are the subject of Board proceedings.

[36] However, in proceedings under the IRPA, the incompetence of counsel will only constitute a breach of natural justice in “the most extraordinary case” (*Huynh v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11 (F.C.T.D.), at page 15). With respect to the performance component, at a minimum, “the incompetence or negligence of the applicant’s representative [must be] sufficiently specific and clearly supported by the evidence” (*Shirwa*, above, at page 60). With respect to the prejudice component, the Court must be satisfied that a miscarriage of justice resulted. Consistent with the extraordinary nature of this ground of challenge, the performance component must be exceptional and the miscarriage of justice component must be manifested in procedural unfairness, the reliability of the trial result having been compromised, or another readily apparent form.

(i) *The performance component*

[37] As noted in Part II above, the Board acknowledged in its decision that there were “issues with [Ms. Leggett’s] performance”. In this regard, the Board mentioned that:

- the hearing originally scheduled for November 24, 2009, was adjourned to January 27, 2010 after Ms. Leggett submitted a revised narrative, dated March 2009, on the morning of the hearing;

[34] Bien que l’arrêt *G.D.B.* ait été une cause pénale et que l’analyse par la Cour suprême de la question du droit à l’assistance effective d’un avocat ait été axée sur des personnes accusées d’acte délictueux grave, la Cour a reconnu ce droit dans le contexte des réfugiés (voir, par exemple, *Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 1200; *Shirwa c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 2 C.F. 51 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 60 à 64).

[35] Il importe également de souligner que le paragraphe 167(1) de la LIPR reconnaît aux intéressés le droit d’être représentés par un avocat devant la Commission.

[36] Cependant, dans les instances tenues en vertu de la LIPR, l’incompétence de l’avocat ne constituera un manquement aux principes de justice naturelle que dans les « cas le[s] plus extraordinaire[s] » (*Huynh c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 642 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 23. En ce qui concerne le volet « examen du travail », « l’incompétence ou la négligence du représentant [doit ressortir] de la preuve de façon suffisamment claire et précise » (*Shirwa*, ci-dessus, aux pages 60 et 61). Quant au volet « appréciation du préjudice », la Cour doit être convaincue qu’une erreur judiciaire en a résulté. Compte tenu de la nature extraordinaire de ce motif de contestation, le « travail » doit être exceptionnel et « l’erreur judiciaire » doit prendre la forme d’un manquement à l’équité procédurale — la fiabilité de l’issue du procès ayant été compromise — ou toute autre forme évidente.

i) *Le volet « examen du travail »*

[37] Comme nous l’avons mentionné à la partie II ci-dessus, la Commission a reconnu dans sa décision qu’il y avait des « problèmes relativement à son rendement [de M<sup>e</sup> Leggett] ». À cet égard, la Commission a mentionné ce qui suit :

- l’audience, officiellement fixée au 24 novembre 2009, a été reportée au 27 janvier 2010 après que M<sup>e</sup> Leggett eut produit un exposé circonstancié révisé, daté de mars 2009, le matin même de l’audience;

- when issues arose during the hearing on January 27, 2010, regarding the applicant's claimed dates of detention in Iran, Ms. Leggett approached the panel and displayed a marked-up copy of the applicant's PIF and claimed that she had intended to amend the PIF prior to the hearing, but forgot, due to her illness; and

- Ms. Leggett had volunteered that she had not provided adequate representation for the applicant, and apologized for her shortcomings.

[38] The applicant submits that Ms. Leggett's incompetence was not confined to his hearing before the Board, but was evident throughout her representation of him. In addition to the foregoing, additional examples identified by the applicant include her failure to:

- cross-examine the port of entry interpreter and immigration officer;
- notice and correct errors of the interpreter;
- adduce evidence regarding the conversion of the Persian calendar to the Gregorian calendar;
- obtain a medical report to confirm that the scars on his body were consistent with his having been tortured; and
- withdraw from the record given the severity of her health condition.

[39] The applicant also claims that Ms. Leggett was responsible for his poorly prepared PIF narrative.

[40] In addition to acknowledging and apologizing for her shortcomings before the Board, Ms. Leggett swore an affidavit in support of this application. In that affidavit, she stated that it was very clear to her that the Afghani interpreter who assisted with the applicant's port of entry interview had incorrectly translated the dates provided by the applicant with respect to his second detention. She added that "due to illness", only

- lorsque des questions ont été soulevées à l'audience du 27 janvier 2010, quant aux dates de détention du demandeur en Iran, M<sup>e</sup> Leggett s'est approchée du tribunal pour lui montrer une copie corrigée du FRP du demandeur, et a soutenu qu'elle avait eu l'intention de modifier le FRP avant la tenue de l'audience, mais qu'elle avait oublié, en raison de sa maladie;

- M<sup>e</sup> Leggett a avoué par la suite qu'elle n'avait pas représenté adéquatement le demandeur, et elle s'en était excusée.

[38] Le demandeur prétend que l'incompétence de M<sup>e</sup> Leggett ne s'est pas limitée à l'audience devant la Commission, mais ressortait clairement tout au long de sa représentation. En plus de ce qui précède, le demandeur a fourni d'autres exemples, notamment que M<sup>e</sup> Leggett n'a pas fait ce qui suit :

- contre-interrogé l'interprète et l'agent d'immigration au point d'entrée;
- relevé et corrigé les erreurs commises par l'interprète;
- produit une preuve quant à la conversion du calendrier perse au calendrier grégorien;
- obtenu un rapport médical pour confirmer que les cicatrices sur le corps du demandeur laissaient croire qu'il avait été torturé;
- s'être retirée du dossier compte tenu de la gravité de sa maladie.

[39] Le demandeur prétend également que M<sup>e</sup> Leggett était responsable de la mauvaise préparation de l'exposé circonstancié de son FRP.

[40] En plus de reconnaître ses erreurs et de s'en excuser devant la Commission, M<sup>e</sup> Leggett a produit sous serment un affidavit à l'appui de la présente demande. Dans cet affidavit, elle a indiqué qu'il était évident pour elle que l'interprète afghan qui a assisté le demandeur lors de son entrevue au point d'entrée a incorrectement traduit les dates fournies par le demandeur en ce qui a trait à sa seconde détention. Elle a ajouté qu'« en raison

a brief PIF narrative was submitted, that she intended to expand on this narrative before the hearing, and that in the rush to get the PIF submitted on time, the interpreter she used made some mistakes in converting calendar dates from the Persian calendar to the Gregorian calendar.

[41] In her affidavit, Ms. Leggett also stated the following:

8. Just prior to the hearing, I did provide an addendum to the PIF narrative. The refugee claim was originally scheduled to be heard in November, 2009. At the time, I had become seriously ill with a medical condition that was initially misdiagnosed by medical practitioners. On the morning of the hearing, I was feeling very dizzy and unwell. When I arrived at the hearing, I learned that the presiding Board Member – Michael Sterlin – had not received the revised PIF narrative. Because I was also feeling sick, the hearing was postponed. While the postponement was in no way the fault of Mr. Memari, the member set the next hearing date as peremptory.
9. As it turned out, I had contracted a serious virus and the drugs that were prescribed to me made the situation worse. I have permanently lost hearing in one ear and the medication seriously impeded by mental faculties.
10. While I was still seriously ill, I nevertheless went to the resumption of Mr. Memari's hearing on January 27, 2010 because I knew that it would go ahead regardless of my condition. I told the member at the beginning of the hearing that I was not feeling well and that I had lost hearing in my right ear. I told him that I was on medication which was making me very sick, and did not permit me to think or reason, and at times understand what was being said. Nevertheless, the member insisted that the hearing proceed.

[42] The foregoing is consistent with the following extract from the first page of Ms. Leggett's written submissions to Board member Michael Sterlin, dated January 31, 2010, a few days after the Board's hearing

de sa maladie », seul un très bref exposé circonstancié du FRP avait été produit, qu'elle avait eu l'intention de fournir des précisions sur cet exposé avant l'audience, et que, dans la hâte de produire le FRP à temps, l'interprète auquel elle a eu recours a commis certaines erreurs dans la conversion des dates du calendrier perse au calendrier grégorien.

[41] Dans son affidavit, M<sup>e</sup> Leggett a également indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

8. Tout juste avant l'audience, j'ai fourni une annexe à l'exposé circonstancié du FRP. L'audience relative à la demande d'asile avait été à l'origine fixée en novembre 2009. À ce moment-là, j'étais devenue gravement malade, mon état de santé ayant été initialement mal diagnostiqué par les médecins. Le matin même de l'audience, j'ai été prise d'étourdissements et je ne me sentais pas bien. Lorsque je suis arrivée à l'audience, j'ai appris que le commissaire président le tribunal, Michael Sterlin, n'avait pas reçu l'exposé circonstancié révisé du FRP. De plus, comme j'étais malade, l'audience a été reportée. Bien que cette remise ne puisse être reprochée à M. Memari, le commissaire a précisé que la date de l'audience suivante était péremptoire.
9. Il s'est avéré que j'avais contracté un virus grave et que les médicaments qui m'ont été prescrits n'ont fait qu'aggraver la situation. J'ai définitivement perdu l'ouïe dans une oreille et les médicaments ont sérieusement entravé mes facultés mentales.
10. Alors que j'étais encore gravement malade, j'ai quand même assisté à la reprise de l'audience de M. Memari, le 27 janvier 2010, parce que je savais que cette audience aurait lieu quel que soit mon état. J'ai dit au commissaire au début de l'audience que je ne me sentais pas bien et que j'avais perdu l'audition de mon oreille droite. Je lui ai dit que je prenais des médicaments qui me rendaient très malade, et qui ne me permettaient pas de penser ou de raisonner, et parfois, de comprendre ce qui se disait. Néanmoins, le commissaire a insisté pour que l'audience ait lieu.

[42] Ce qui précède est conforme à l'extrait suivant tiré de la première page des observations écrites de M<sup>e</sup> Leggett soumises au commissaire Michael Sterlin et datées du 31 janvier 2010, soit quelques jours après

in this matter, and after Ms. Leggett claims to have ceased taking her medication:

On the sitting of November 24, 2009, I wanted to request a postponement, as I was not feeling well, was feeling dizzy, and mentioned it to you at the beginning of the hearing. As you mentioned, you felt sorry I was not feeling well, but you would have proceeded if all the material submitted had been on time.

You adjourned the matter as the extensive addendum to the narrative was filed on November 23, 2009, despite the fact that the letter I wrote and the addendum were written on March 1, 2009. The addendum came to your attention on the day of the hearing. You did not have time to read it.

You insisted on making the next sitting, January 27, 2010, peremptory, irrespective of any illness of counsel.

Since November 24, 2009, I have been quite unwell, as I mentioned to you at the sitting of January 27, 2010, with a condition that was misdiagnosed by the medical professional, with serious and maybe permanent consequences. As I mentioned to you on January 27, 2010, I was not well: - I was under the influence of some strong medication, and it was very difficult for me to function. Despite that, we did proceed.

You also had not received the psychiatric report which was filed on the Monday, January 25, 2010, as the psychiatrist did not have time to see the claimant prior to January 11, 2010, despite the fact that I made the referral immediately after the November 23, 2009 adjournment. I did not receive the psychiatric report until the Thursday prior, on January 21, 2010, and there was no one at the office to file the report on Friday, January 22, 2010.

At the conclusion of the hearing on January 27, 2010, you asked me if I wanted to make submissions. I did not understand your question. Then I indicated that I did want to make submissions, and I made them orally, despite the fact that I could hardly function due to the medication I was on, and the medical condition I have. I also felt you had made up your mind irrespective of my submissions.

[43] The foregoing is also consistent with the complaint that the applicant filed with The Law Society of

l'audition de l'affaire par la Commission, et après que M<sup>e</sup> Leggett eut prétendu qu'elle avait cessé de prendre ses médicaments :

[TRADUCTION] Lors de l'audience du 24 novembre 2009, je voulais demander une remise, étant donné que je ne me sentais pas bien, que j'étais prise d'étourdissements et que je vous l'avais mentionné au début de l'audience. Comme vous l'avez dit, vous étiez désolé que je ne me sente pas bien, mais vous auriez procédé si tous les documents avaient été produits à temps.

Vous avez ajourné l'affaire, car l'annexe détaillée de l'exposé circonstancié avait été produite le 23 novembre 2009, en dépit du fait que la lettre que j'avais moi-même écrite et l'annexe étaient datées du 1<sup>er</sup> mars 2009. L'annexe a été portée à votre attention le jour même de l'audience. Vous n'avez pas eu le temps de la lire.

Vous avez insisté sur le caractère péremptoire de l'audience suivante, soit le 27 janvier 2010, sans égard à la maladie d'un avocat.

Depuis le 24 novembre 2009, j'ai été très malade, comme je vous l'ai mentionné à l'audience du 27 janvier 2010, ma maladie ayant été mal diagnostiquée par le professionnel de la santé, ce qui a entraîné des conséquences graves et peut-être permanentes. Comme je vous l'ai dit le 27 janvier 2010, je n'étais pas bien : j'étais sous l'influence de certains médicaments puissants, et il était très difficile pour moi de fonctionner. Malgré cela, nous avons pourtant procédé.

Vous n'avez également pas reçu le rapport psychiatrique qui a été déposé le lundi 25 janvier 2010, puisque le psychiatre n'avait pas eu le temps de voir le demandeur d'asile avant le 11 janvier 2010, bien que j'aie fait la recommandation immédiatement après l'ajournement du 23 novembre 2009. Je n'ai pas reçu le rapport psychiatrique avant le jeudi précédent, soit le 21 janvier 2010, et il n'y avait personne au bureau pour produire le rapport le vendredi 22 janvier 2010.

À l'issue de l'audience du 27 janvier 2010, vous m'avez demandé si je voulais faire des observations. Je n'ai pas compris votre question. Ensuite, j'ai indiqué que je voulais faire des observations, et je les ai faites de vive voix, malgré le fait que je ne pouvais à peine fonctionner à cause des médicaments que je prenais et de mon état de santé. J'ai aussi eu l'impression que vous aviez pris votre décision, indépendamment de mes observations.

[43] Le texte qui précède est également conforme à la plainte que le demandeur a déposée auprès du Barreau

Upper Canada. In that complaint, the applicant elaborated as follows with respect to the various ways in which Ms. Leggett's illness and inattention to his file adversely impacted upon his case before the Board:

Ms. Leggett prepared my initial refugee claim forms poorly, partly because she was ill and partly because she was out of the country. The forms were prepared in haste, and were inaccurate. After the forms were sent in, I tried to contact her on numerous occasions, at least ten times. On every occasion, I was told that there was no need to come in to see her, that everything was OK and that there was nothing to be done. I later found out that this was wrong. I was only able to meet up with her a matter of days before my hearing was scheduled to take place. At that point over two years had passed since I first retained Ms. Leggett's services. At that time, it became clear to me, that substantial changes were needed to be done to the papers (known as the Personal Information Form). We made the changes, but Ms. Leggett only sent them to the Refugee Board a day before the hearing. The Board Member had not received these changes on the day of the hearing, so it had to be adjourned. It also had to be adjourned because Ms. Leggett was sick. The next hearing date was made peremptory even though I wasn't at fault for the postponement. At the next hearing, despite the fact that I told Ms. Leggett that there were other corrections that needed to be made, she forgot to inform the Board Member of the amendments. This led the Member to disbelieve my story. I attach to this complaint a copy of the Refugee Board decision that discusses the problems that my lawyer had. I learned at the second hearing that she was still very sick, and was not feeling lucid. She was not competent during the hearing. I am sympathetic that she was sick, but she should never have come to the hearing. She should have told me and withdrawn from the record if she was not able to represent me competently. I honestly feel that my life is at stake, and I feel that she did not represent me adequately, despite what might have been her good intentions. In addition, her interpreter made numerous errors, which I was told not to worry about and could be fixed later. These mistakes were never corrected.

[44] In summary, the Board itself recognized and devoted five paragraphs of its decision to discussing Ms. Leggett's shortcomings. Ms. Leggett herself volunteered to the Board that she had not provided adequate representation for the applicant and then apologized to the Board. She subsequently elaborated upon these shortcomings in her written submissions to

du Haut-Canada. Dans cette plainte, le demandeur a fourni les détails suivants en ce qui a trait aux différentes façons dont la maladie de M<sup>e</sup> Leggett et le peu d'attention portée à son dossier ont eu une incidence défavorable sur sa cause devant la Commission :

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> Leggett a mal préparé ma demande d'asile initiale, en partie parce qu'elle était malade et en partie parce qu'elle était à l'étranger. Les formulaires ont été préparés à la hâte, et étaient inexacts. Une fois que les formulaires ont été envoyés, j'ai essayé de communiquer avec elle à plusieurs reprises, au moins dix fois. À chaque occasion, on m'a dit qu'il n'était pas nécessaire de venir la voir, que tout était correct et qu'il n'y avait rien à faire. Plus tard, j'ai découvert que c'était faux. Je n'ai pu la rencontrer que quelques jours à peine avant la tenue de mon audience. À ce moment-là, plus de deux ans s'étaient écoulés depuis que j'avais retenu les services de M<sup>e</sup> Leggett. À cette époque, il était devenu clair pour moi que des changements substantiels devaient être apportés aux documents (connus sous le nom de « formulaire de renseignements personnels »). Nous avons fait les changements nécessaires, mais M<sup>e</sup> Leggett ne les a envoyés à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qu'une journée avant l'audience. Le commissaire n'avait pas reçu ces changements le jour de l'audience, et celle-ci a dû être ajournée. Elle a également dû être ajournée parce que M<sup>e</sup> Leggett était malade. L'audience suivante a été déclarée péremptoire même si je n'étais pas responsable de cette remise. À l'audience suivante, même si j'ai dit à M<sup>e</sup> Leggett que d'autres corrections devaient être faites, elle a oublié d'en informer le commissaire. Cela a amené le commissaire à mettre en doute mon récit. Je joins à la présente plainte une copie de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui traite des problèmes de mon avocate. J'ai appris à la deuxième audience qu'elle était encore très malade, et qu'elle n'avait pas tous ses esprits. Elle n'a pas fait preuve de compétence durant l'audience. Je comprends qu'elle était malade, mais elle n'aurait jamais dû venir à l'audience. Elle aurait dû me le dire et se retirer du dossier si elle n'était pas en mesure de me représenter de façon compétente. Je crois sincèrement que ma vie est en jeu, et je sens qu'elle ne m'a pas représenté adéquatement, en dépit de ce qu'auraient pu être ses bonnes intentions. En outre, son interprète a fait de nombreuses erreurs, et on m'a dit de ne pas m'en inquiéter et qu'elles pouvaient être corrigées ultérieurement. Ces erreurs n'ont jamais été corrigées.

[44] En résumé, la Commission a elle-même reconnu les erreurs commises par M<sup>e</sup> Leggett et y a consacré cinq paragraphes de sa décision. M<sup>e</sup> Leggett a elle-même avoué à la Commission qu'elle n'avait pas assuré une représentation adéquate du demandeur et elle s'en est excusée par la suite auprès de la Commission. Elle a ensuite expliqué en détail ces erreurs dans les

the Board and in an affidavit sworn in support of this application. The applicant has also made a detailed complaint to The Law Society of Upper Canada. This evidence is all internally consistent. It is also consistent with the balance of the record.

[45] I am satisfied that the particular claims of incompetence set forth above are sufficiently specific, exceptional and clearly supported by the evidence to meet the performance component established in the jurisprudence discussed above.

(ii) *The prejudice component*

[46] In its decision, the Board stated that the applicant would not be penalized for any alleged errors made by Ms. Leggett. However, after considering the implications of the alleged errors, it concluded that there was still insufficient credible evidence to justify a positive determination.

[47] In my view, it is readily apparent that the reliability of this conclusion by the Board was compromised by Ms. Leggett's representation of the applicant, and that therefore there has been a miscarriage of justice.

[48] The Board dismissed the applicant's claim for refugee protection on the basis that his evidence, "on the whole, was not credible". As discussed in Part II above, the Board identified five "inconsistencies" which, cumulatively, and together with one implausibility finding, led the Board to conclude that the applicant was not credible. In my view, Ms. Leggett's representation of the applicant adversely impacted on three of those alleged "inconsistencies".

[49] With respect to the other two inconsistencies, one was relatively minor. It occurred when the applicant quickly corrected himself regarding the place where the leader of the anti-regime party he supported died. The negative inference for the applicant's credibility that was drawn from this inconsistency was explicitly made having regard to "the other concerns regarding the claimant's credibility". Similarly, the implausibility finding also appears to have been minor, in relation to

observations écrites qu'elle a soumises à la Commission et dans un affidavit souscrit à l'appui de la présente demande. Le demandeur a également produit une plainte détaillée auprès du Barreau du Haut-Canada. Cette preuve est cohérente en soi et l'est également avec le reste du dossier.

[45] Je suis convaincu que les allégations d'incompétence susmentionnées sont suffisamment précises, exceptionnelles et étayées par la preuve pour répondre au critère fondé sur l'examen du travail de l'avocat établi dans la jurisprudence ci-devant analysée.

ii) *Le volet « appréciation du préjudice »*

[46] Dans sa décision, la Commission a indiqué que le demandeur ne serait pas pénalisé pour les erreurs commises par M<sup>e</sup> Leggett. Or, après avoir examiné les incidences de ces erreurs, elle a conclu qu'il n'y avait toujours pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour justifier une décision favorable.

[47] À mon avis, il appert d'emblée que le bien-fondé de cette conclusion de la Commission est compromis par la représentation que M<sup>e</sup> Leggett a assurée au demandeur, et qu'il y a donc eu erreur judiciaire.

[48] La Commission a rejeté la demande d'asile du demandeur au motif que son témoignage « n'est pas crédible dans l'ensemble ». Comme nous l'avons vu dans la partie II ci-dessus, la Commission a relevé cinq « incohérences » qui, cumulativement et jumelées à une conclusion d'invraisemblance, l'ont amenée à conclure que le demandeur n'était pas crédible. Selon moi, la façon dont M<sup>e</sup> Leggett a représenté le demandeur a eu une incidence défavorable sur trois de ces « incohérences ».

[49] En ce qui a trait aux deux autres incohérences, l'une d'entre elles était relativement mineure. Il s'agit de la fois où le demandeur s'est rapidement ravisé en ce qui concerne l'endroit où le chef du parti anti-régime qu'il avait appuyé est décédé. La Commission a tiré de cette incohérence une conclusion négative sur la crédibilité du demandeur en tenant compte expressément des « autres préoccupations exprimées quant à la crédibilité du demandeur d'asile ». De même, la conclusion fondée

the other concerns identified by the Board. The remaining inconsistency involved the applicant's failure to disclose, in his port of entry interview and in his port of entry declaration that he had been detained twice. He was not represented by counsel at that time.

[50] There is no question that that the cumulative impact of these latter two inconsistencies and the implausibility finding is significantly less than the cumulative impact of all five of the inconsistencies and the implausibility finding that provided the basis for the Board's rejection of the applicant's claim for refugee protection.

[51] The other three inconsistencies involved interpretation issues, the most important of which concerned the dates of the applicant's two alleged detentions and beatings. These inconsistencies appear to have played a central role in the Board's finding that the applicant's evidence was, "on the whole, not credible".

[52] With respect to the dates of his first detention, the Board noted in its decision that there was a "very significant" inconsistency between the dates he provided in his initial PIF narrative and the dates he provided to the Board during its hearing. At the hearing, and in the more detailed PIF statement that he filed as an addendum, he stated that the dates were from August 3, 2005 to August 24, 2005. However, in his initial PIF, the dates were stated to be from September 3, 2005 to October 3, 2005. The applicant attributed this inconsistency to the interpreter retained by Ms. Leggett.

[53] As previously noted, Ms. Leggett acknowledged during the hearing that she had meant to change this, but forgot due to her illness.

[54] Another one of the inconsistencies identified by the Board as having been "very significant" involved the dates of the applicant's second detention. The port of entry interview record indicated that he stated that he

sur l'in vraisemblance semble avoir été également mineure par rapport aux autres préoccupations soulevées par la Commission. La dernière incohérence portait sur le défaut du demandeur de divulguer, lors de l'entrevue et dans la déclaration au point d'entrée, qu'il avait été détenu à deux reprises. Il n'était pas représenté par un avocat à ce moment-là.

[50] Il ne fait aucun doute que l'effet cumulatif de ces deux dernières incohérences et de la conclusion fondée sur l'in vraisemblance est beaucoup moins important que l'effet cumulatif de l'ensemble des cinq incohérences et de la décision d'in vraisemblance sur lesquelles la Commission s'est basée pour rejeter la demande d'asile du demandeur.

[51] S'agissant des trois autres incohérences, qui portaient sur des questions d'interprétation, la plus importante concernait les dates fournies par le demandeur quant à ses deux détentions et aux agressions physiques qu'il a subies. Ces incohérences semblent avoir joué un rôle central dans la conclusion de la Commission selon laquelle le témoignage du demandeur n'était pas « crédible dans l'ensemble ».

[52] Pour ce qui concerne les dates de la première détention, la Commission a précisé dans sa décision qu'elle avait relevé des incohérences « très importantes » entre les dates figurant dans l'exposé circonstancié du FRP initial et les dates qui lui avaient été fournies au cours de l'audience. À l'audience et dans la déclaration détaillée du FRP produite en annexe par le demandeur, celui-ci a indiqué les dates du 3 août au 24 août 2005. Or, dans son FRP initial, ce sont les dates du 3 septembre au 3 octobre 2005 qui figuraient. Le demandeur a attribué cette incohérence à l'interprète retenu par M<sup>e</sup> Leggett.

[53] Comme nous l'avons antérieurement souligné, M<sup>e</sup> Leggett a reconnu durant l'audience qu'elle avait eu l'intention de corriger cette erreur, mais qu'elle avait oublié de le faire en raison de sa maladie.

[54] Une autre des incohérences qualifiées de « très importantes » par la Commission concernait les dates de la seconde détention du demandeur. Le compte-rendu de l'entrevue effectuée au point d'entrée indique que le

had been detained from October 25, 2006 to November 15, 2006. However, in his PIF, he stated that he escaped from Iran upon his release from detention, in February 2007. Once again, the applicant attributed the inconsistency to poor interpretation, this time on the part of the interpreter who assisted with his port of entry interview. The Board rejected this explanation.

[55] The nature of the applicant's problems with the translation of the dates from the Persian calendar to the Gregorian calendar is revealed in the transcript of his hearing with the Board (at page 30). His exchange with the Board member regarding the dates of his second detention, as set forth in the port of entry interview record, went as follows:

**CLAIMANT:** That's not a complete document. I stated on the 15th of 11 month and they, the Interpreter thought the 11 month is the — according to Western calendar.

**MEMBER:** M'hm.

**CLAIMANT:** But 11 month in the Persian calendar is sometime in February.

**MEMBER:** Okay. So, you're telling me that —

**COUNSEL:** So, I detected that and I can always refer to the Persian version of my declaration.

**MEMBER:** Okay. Let me see that — so, let me see that declaration, please. Let me get it back. Okay.

**CLAIMANT:** Thanks.

**MEMBER:** Yeah. Okay. So, you're saying this is right? It's February, not November?

**CLAIMANT:** In our calendar, it's the 11th month. I left, fled from Sanandaj.

**MEMBER:** I see it. It's 11th. It's 11 Persian month and it came out with the 11th Gregorian month, November. I see what you're saying (emphasis added).

demandeur a déclaré avoir été détenu du 25 octobre au 15 novembre 2006. Cependant, dans son FRP, il a indiqué qu'il avait fui l'Iran après sa remise en liberté, en février 2007. Encore là, le demandeur a attribué cette incohérence à une mauvaise interprétation, mais cette fois il l'a imputée à l'interprète qui l'a assisté lors de son entrevue au point d'entrée. La Commission a rejeté cette explication.

[55] La nature des problèmes du demandeur avec la conversion des dates du calendrier perse au calendrier grégorien est révélée dans la transcription de son audience devant la Commission (à la page 30). Sa discussion avec le commissaire en ce qui a trait aux dates de sa seconde détention qui figurent dans le compte-rendu de l'entrevue effectuée au point d'entrée s'est déroulée ainsi :

[TRADUCTION]

**DEMANDEUR :** Ce n'est pas un document complet. Je l'ai dit le 15<sup>e</sup> jour du 11<sup>e</sup> mois et ils, l'interprète a pensé que le 11<sup>e</sup> mois faisait référence — était selon le calendrier occidental.

**COMMISSAIRE :** Hum.

**DEMANDEUR :** Mais le 11<sup>e</sup> mois dans le calendrier perse se situe quelque part en février.

**COMMISSAIRE :** Bien. Donc, vous me dites que —

**AVOCATE :** J'ai constaté cela et il m'est toujours possible de consulter la version perse de ma déclaration.

**COMMISSAIRE :** Bien. Laissez-moi voir — laissez-moi donc voir cette déclaration, s'il vous plaît. Laissez-moi la récupérer. D'accord.

**DEMANDEUR :** Merci.

**COMMISSAIRE :** Oui. Bien. Donc, vous dites que c'est correct? Qu'il s'agit de février, et non de novembre?

**DEMANDEUR :** Dans notre calendrier, il s'agit du 11<sup>e</sup> mois. Je suis parti, j'ai fui Sanandaj.

**COMMISSAIRE :** Je le vois. C'est le 11<sup>e</sup> mois. Il s'agit du 11<sup>e</sup> mois perse, qui a été présenté comme étant le 11<sup>e</sup> mois du calendrier grégorien, novembre. Je vois ce que vous voulez dire.



**CLAIMANT:** Exactly. And that's what I detected as well.

**MEMBER:** What do you mean you detected it?

**CLAIMANT:** Because — because there — the same mistake was made in another place.

**MEMBER:** So, if you detected it, why didn't you have him correct the error, then?

**CLAIMANT:** Later, after I left the airport, later, I found out.

[56] Notwithstanding that the Board member seemed to understand the applicant's explanation, he nevertheless made a negative inference regarding the applicant's credibility. As with the inconsistency regarding the dates of his first detention, the applicant was clearly prejudiced by this unfortunate error, which Ms. Leggett failed to draw to the Board's attention back in March 2009, when she first learned of it. During the hearing, when the Board asked for an explanation of why there was so much time between when the initial PIF was filed and when the more detailed PIF addendum was filed, Ms. Leggett replied that she thought it had been filed previously. She added: "But when I opened the file, I found that it had not been, just before the hearing" (transcript, at page 34).

[57] Elsewhere during the hearing, the Board identified additional inconsistencies in the record that involved dates. For example, at page 31 of the transcript, the following exchange took place:

**MEMBER:** Okay. So, I'm looking at your PIF, not the narrative. PIF, section 7, it says you worked, okay, 'til January 2007. That would make — right. Section 11 of your PIF says you lived in Sanandaj until May '07. How can that be?

**CLAIMANT:** It's not possible at all. In 2007 I was already in Canada.

**MEMBER:** So, why did you put it?

**CLAIMANT:** I didn't put it there.

**DEMANDEUR :** Exactement. Et c'est ce que j'ai constaté également.

**COMMISSAIRE :** C'est ce que vous avez constaté? Que voulez-vous dire?

**DEMANDEUR :** Parce que — parce que là — la même erreur a été commise ailleurs.

**COMMISSAIRE :** Donc, si vous l'avez constatée, pourquoi ne l'avez-vous pas fait corriger à ce moment-là?

**DEMANDEUR :** Plus tard, après avoir quitté l'aéroport, c'est plus tard que j'ai découvert l'erreur.

[56] Bien que le commissaire ait semblé comprendre l'explication du demandeur, il a néanmoins tiré une conclusion négative quant à sa crédibilité. Quant aux incohérences relatives aux dates de sa première détention, le demandeur a manifestement subi un préjudice en raison de cette malencontreuse erreur, que M<sup>e</sup> Leggett a fait défaut de porter à l'attention de la Commission en mars 2009 alors qu'elle en a pris connaissance. Durant l'audience, lorsque la Commission a demandé d'expliquer pourquoi il s'était écoulé autant de temps entre la date où le FRP initial a été produit et la date où l'annexe détaillée du FRP a été produite, M<sup>e</sup> Leggett a répondu qu'elle croyait qu'elle avait été produite antérieurement. Elle a ajouté : [TRADUCTION] « Mais lorsque j'ai ouvert le dossier, j'ai découvert que ça ne l'avait pas été, tout juste avant l'audience » (transcription, à la page 34).

[57] Durant l'audience, la Commission a relevé d'autres incohérences dans le dossier qui concernaient les dates. Par exemple, à la page 31 de la transcription, les propos suivants ont été échangés :

**COMMISSAIRE :** Bien. Donc, je regarde votre FRP, et non l'exposé circonstancié. Dans le FRP, à la section 7, on dit que vous avez travaillé jusqu'en janvier 2007. Cela ferait — d'accord. La section 11 de votre FRP dit que vous avez vécu à Sanandaj jusqu'en mai 2007. Comment cela se fait-il?

**DEMANDEUR :** Ce n'est pas possible du tout. En 2007, j'étais déjà au Canada.

**COMMISSAIRE :** Donc, pourquoi avez-vous mis cela?

**DEMANDEUR :** Je n'ai pas mis cela.

**MEMBER:** Who did?

**CLAIMANT:** My interpreter put it there.

**MEMBER:** Okay. You said the PIF was read back to you and you understood it.

**CLAIMANT:** Yes, when it was read to me in Persian, in Farsi, I understood what I — the statements I made in Farsi, I understand, because the interpreter, my interpreter, interpreted everything in Farsi for me.

[58] Once again, the applicant was prejudiced by errors made by the interpreter retained by Ms. Leggett, who failed to review the English version of the applicant's PIF with him before it was filed by her.

[59] The applicant appears to have been consistent from the outset with respect to the dates, according to the Persian calendar, of his detentions and his escape from Iran. However, he was unable to read the English translation of those dates into the Gregorian calendar, or to verify the accuracy of the translated dates as they were interpreted to him at the port of entry and in his counsel's office. He therefore had to rely on Ms. Leggett in that regard. He was clearly prejudiced by her failure to adequately represent him in relation to those critical aspects of his claims.

[60] In addition to the foregoing, the applicant also may have been prejudiced by Ms. Leggett's failure to obtain a medical report to corroborate his claims of torture. Had she obtained such a report, it may very well have buttressed the applicant's credibility in the eyes of the Board. During the hearing before the Board, member Sterlin expressed, on four occasions, his displeasure with the fact that a medical report had not been provided with respect to the injuries the applicant claimed to have suffered from having been tortured (transcript, at pages 9 and 22). He also expressed unhappiness with Ms. Leggett's failure to submit a psychiatric report before the date of the rescheduled hearing, on January 27, 2010 (transcript, at pages 10–11).

**COMMISSAIRE :** Alors qui a fait cela?

**DEMANDEUR :** C'est mon interprète.

**COMMISSAIRE :** Bien. Vous avez dit que le FRP a été relu pour vous et que vous l'avez compris.

**DEMANDEUR :** Oui, on me l'a lu en perse, en farsi, j'ai compris ce que je — les déclarations que j'ai faites en farsi, je comprends, car l'interprète, mon interprète, a interprété tout en farsi pour moi.

[58] Encore là, le demandeur a subi un préjudice en raison des erreurs commises par l'interprète dont les services avaient été retenus par M<sup>e</sup> Leggett, qui a fait défaut d'examiner la version anglaise du FRP du demandeur avec lui avant de la produire.

[59] Le demandeur semble avoir été cohérent depuis le début en ce qui a trait aux dates de ses détentions et de son départ de l'Iran, selon le calendrier perse. Cependant, il n'était pas en mesure de lire la traduction anglaise de ces dates selon le calendrier grégorien, ou de vérifier l'exactitude des dates traduites comme elles lui ont été interprétées au point d'entrée et dans le bureau de son avocate. Par conséquent, il a dû se fier à M<sup>e</sup> Leggett à cet égard. Il a de toute évidence subi un préjudice du fait que celle-ci ne l'a pas représenté adéquatement pour ce qui concerne les aspects critiques de sa demande.

[60] Outre ce qui précède, le demandeur pourrait également avoir subi un préjudice parce que M<sup>e</sup> Leggett n'a pas obtenu de rapport médical pour corroborer ses prétentions selon lesquelles il aurait subi de la torture. Un tel rapport, si elle l'avait obtenu, aurait très bien pu étayer la crédibilité du demandeur aux yeux de la Commission. Durant l'audience devant la Commission, le commissaire Sterlin a exprimé son mécontentement relativement au fait qu'un rapport médical n'avait pas été fourni quant aux blessures que le demandeur prétend avoir subies après avoir été soumis à la torture (transcription, aux pages 9 et 22). Il s'est également dit contrarié par le défaut de M<sup>e</sup> Leggett de produire un rapport psychiatrique avant la date de la nouvelle audience, le 27 janvier 2010 (transcription, aux pages 10 et 11).

[61] I have little doubt that the Board may very well have reached a different overall conclusion with respect to the applicant's credibility, had he not been prejudiced by Ms. Leggett's inadequate representation. Indeed, the Board also may have been more positively predisposed to accept the explanation that he provided with respect to the only other significant inconsistency that it identified in its decision, namely, his failure to mention his initial detention during his port of entry interview, before he retained Ms. Leggett.

[62] I am also satisfied that the applicant was further prejudiced by Ms. Leggett's illness in the weeks leading up to the hearing, and in the hearing itself, when it appears that she was medicated and not lucid. For example, at the initial hearing on November 24, 2009, Ms. Leggett acknowledged that she had not been feeling well for the past four to five weeks, and had to cancel meetings that had been scheduled with the applicant "practically every day". In addition, it is clear that her failure to submit, prior to the day before the initially scheduled hearing date, the applicant's revised narrative, which had been prepared in March of that year, led the panel to adjourn the hearing to January 27, 2010 and to inform the applicant that it intended to proceed with the hearing on the latter date whether or not Ms. Leggett was able to proceed on that date. This left the applicant in the very difficult position of having to retain new counsel on short notice or stay with Ms. Leggett. While the choice to stay with Ms. Leggett was his, he could not have anticipated that she would arrive for the rescheduled hearing in a state where, according to her own subsequent submission to the Board: "I could hardly function due to the medication I was on, and the medical condition I have".

[63] Moreover, Ms. Leggett's failure to withdraw from the matter well before the initially scheduled hearing date deprived the applicant of the opportunity to retain competent counsel in time to properly prepare for his hearing.

[61] Je ne doute guère que la Commission aurait très bien pu arriver à une conclusion générale différente quant à la crédibilité du demandeur, n'eût été du fait que ce dernier a subi un préjudice en raison du défaut de M<sup>e</sup> Leggett de le représenter adéquatement. En effet, la Commission aurait été davantage disposée à accepter l'explication que le demandeur a fournie quant à la seule autre incohérence importante qu'elle a indiquée dans sa décision, soit son défaut de mentionner sa détention initiale au cours de son entrevue au point d'entrée, avant de retenir les services de M<sup>e</sup> Leggett.

[62] J'estime du même coup que le demandeur a été également lésé par la maladie de M<sup>e</sup> Leggett au cours des semaines qui ont précédé l'audience, et lors de l'audience elle-même, alors qu'il appert qu'elle était sous médication et qu'elle n'avait pas tous ses esprits. Par exemple, lors de l'audience initiale du 24 novembre 2009, M<sup>e</sup> Leggett a reconnu qu'elle ne s'était pas sentie bien au cours des quatre à cinq semaines précédentes, et qu'elle avait dû annuler des rencontres avec le demandeur [TRADUCTION] « pratiquement chaque jour ». En outre, il est clair que son défaut de produire, avant le jour précédant la date d'audience initialement convenue, l'exposé circonstancié révisé du demandeur, qui avait été préparé au mois de mars de la même année, a amené le tribunal à reporter l'audience au 27 janvier 2010 et à informer le demandeur de son intention de procéder à l'audition de la cause à cette date, peu importe si M<sup>e</sup> Leggett était en mesure de se présenter ce jour-là. Le demandeur s'est donc retrouvé dans la fâcheuse position de devoir retenir les services d'un nouvel avocat à court préavis ou de poursuivre la cause avec M<sup>e</sup> Leggett. Bien qu'il ait fait lui-même le choix de conserver les services de M<sup>e</sup> Leggett, il ne pouvait pas s'attendre à ce qu'elle se présente à la nouvelle audience dans un état qui, selon les observations qu'elle a elle-même formulées devant la Commission par la suite, faisait en sorte : [TRADUCTION] « [qu'elle] ne pouvai[t] à peine fonctionner à cause des médicaments [qu'elle] prenai[t], et de [son] état de santé ».

[63] De plus, le défaut de M<sup>e</sup> Leggett de se retirer du dossier bien avant la date de la nouvelle audience a privé le demandeur de la possibilité de retenir les services d'un avocat compétent en temps opportun pour se préparer adéquatement en vue de l'audience.

[64] In my view, on the particular facts of this case, the cumulative impact of the prejudice suffered by the applicant as a result of Ms. Leggett's inadequate representation of him was sufficiently serious to compromise the reliability of the Board's decision. Taken in isolation, each of the individual actions and omissions on the part of Ms. Leggett addressed above would not have satisfied the prejudice component of the jurisprudence set forth above. However, I am satisfied that the combined effect of these actions and omissions was sufficient to result in a miscarriage of justice. Taken as a whole, Ms. Leggett's representation of the applicant was not adequate or reasonable.

[65] The particular facts of this case differ significantly from the typical case in which "the various omissions alleged against the applicant's former counsel are not such that they would undermine the confidence of a reasonably informed objective person regarding the outcome of the applicant's appeal" (*Dukuzumuremyi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 278, at paragraph 20).

[66] Accordingly, this application will be granted.

[67] Given my conclusion on this issue, it is not necessary to address the remaining issues that have been raised by the applicant.

## V. Conclusion

[68] The application for judicial review is allowed. The Board's decision is set aside, and the matter is referred back to the Board for redetermination by a differently constituted panel.

[69] There is no question for certification.

## JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUGES that this application for judicial review is allowed.

[64] À mon avis, vu les faits particuliers de l'espèce, l'effet cumulatif des préjudices subis par le demandeur parce que M<sup>e</sup> Leggett ne l'a pas représenté adéquatement était suffisamment grave pour compromettre le bien-fondé de la décision de la Commission. Pris isolément, chacun des actes et omissions reprochés à M<sup>e</sup> Leggett dont il est question ci-dessus n'aurait pas satisfait au critère du volet « appréciation du préjudice » établi par la jurisprudence susmentionnée. Cependant, je suis convaincu que l'effet combiné de ces actes et omissions était suffisant pour donner lieu à une erreur judiciaire. Considérée dans son ensemble, la représentation assurée par M<sup>e</sup> Leggett au demandeur n'était ni adéquate ni raisonnable.

[65] Les faits particuliers de l'espèce diffèrent considérablement du cas typique où « les diverses omissions reprochées à l'ancienne représentante du demandeur ne sont pas de la nature à miner la confiance qu'une personne objective raisonnablement informée peut entretenir quant à l'issue de l'appel du demandeur » (*Dukuzumuremyi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 278, au paragraphe 20).

[66] Par conséquent, la présente demande sera accordée.

[67] Étant donné ma conclusion sur cette question, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres questions soulevées par le demandeur.

## V. Conclusion

[68] La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la Commission est infirmée et l'affaire est renvoyée à la Commission afin qu'elle soit examinée à nouveau par un tribunal différemment constitué.

[69] Aucune question n'est certifiée.

## JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie.

2010 FCA 309 A-419-09	2010 CAF 309 A-419-09
<b>St. Michael Trust Corp., as Trustee of the Fundy Settlement</b> ( <i>Appellant</i> )	<b>St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire du Fundy Settlement</b> ( <i>appelante</i> )
v.	c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
A-420-09	A-420-09
<b>St. Michael Trust Corp., as Trustee of the Summersby Settlement</b> ( <i>Appellant</i> )	<b>St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire du Summersby Settlement</b> ( <i>appelante</i> )
v.	c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
<b>INDEXED AS: FUNDY SETTLEMENT v. CANADA</b>	<b>RÉPERTORIÉ : FUNDY SETTLEMENT c. CANADA</b>
Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Stratas J.J.A.—Ottawa, September 30 and November 17, 2010.	Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 30 septembre et 17 novembre 2010.

*Income Tax — Trusts — Residence — Appeals from Tax Court of Canada decision dismissing appeals from assessments directed against St. Michael Trust Corp. as trustee — Assessed tax arising from capital gains realized by Fundy Settlement, Summersby Settlement (Trusts) on disposition of shares of two Canadian holding corporations — St. Michael Trust Corp. incorporated in Barbados — PMPL Holdings Inc. (PMPL) Canadian holding corporation for two Canadian operating corporations — Structurally reorganized to benefit Trusts — After Trusts acquiring shares of two new holding corporations, holding corporations acquiring new shares of PMPL — PMPL eventually sold — Main issue involving residence of Trusts for tax purposes — Judge-made test of residence established for corporations should also apply to trusts with appropriate modifications — Analysis of residence of trust for tax purposes fact-driven — Tax Court not erring in concluding that, at time of sale of shares of new holding corporations, management, control of Trusts residing in Canada; that Trusts therefore resident in Canada when capital gains realized — Appeals dismissed.*

*Impôt sur le revenu — Fiducies — Résidence — Appels visant une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté des appels à l'encontre de cotisations établies à l'égard de St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire — L'impôt était réclamé au titre des gains en capital réalisés par Fundy Settlement et Summersby Settlement (les fiducies) lors de la disposition d'actions de deux sociétés canadiennes — St. Michael Trust Corp. a été constituée à la Barbade — PMPL Holdings Inc. (PMPL) est la société canadienne qui détient les actions de deux sociétés canadiennes en exploitation — La structure du capital social de PMPL a été modifiée au profit des fiducies — Après que les fiducies ont acquis les actions des deux nouvelles sociétés, celles-ci ont acquis les nouvelles actions de PMPL — PMPL a fini par être vendue — Il s'agissait principalement de trancher la question de la résidence des fiducies aux fins de l'impôt — Le critère judiciaire de la résidence qui a été établi pour les sociétés doit également s'appliquer aux fiducies, avec les modifications qui s'imposent — L'analyse de la résidence aux fins de l'impôt repose sur les faits — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en concluant que lors de la vente des actions des nouvelles sociétés, le centre de gestion et de contrôle des fiducies était situé au Canada et que les fiducies résidaient donc au Canada lorsqu'elles ont réalisé les gains en capital — Appels rejetés.*

*Construction of Statutes — Tax assessed as result of capital gains realized by Fundy Settlement, Summersby Settlement (Trusts) on disposition of shares of two Canadian holding corporations — Interpretation of Income Tax Act, s. 94(1)(b) considered in obiter — Tax Court misinterpreting Act, s. 94(1)(b) in determining whether property transferred “directly or indirectly in any manner whatever” to Trusts — Parliament choosing words “directly or indirectly in any manner whatever” in Act, s. 94(1)(b) deliberately to capture every possible means by which wealth, income-earning potential represented by shares of Canadian corporation can move to non-resident trust from Canadian resident beneficiary of trust or person related thereto.*

These were appeals from a Tax Court of Canada decision dismissing appeals from assessments directed against St. Michael Trust Corp. in its capacity as trustee of the Fundy Settlement and the Summersby Settlement (Trusts). The assessed tax arose from capital gains realized by the Trusts, on the disposition of the shares of two Canadian holding corporations. St. Michael Trust Corp. was incorporated in Barbados.

PMPL Holdings Inc. (PMPL) is a Canadian corporation, which holds the shares of two Canadian operating corporations. The PMPL group was originally owned by Mr. Garron and members of his family. Mr. Dunin became involved with one of those corporations and contributed substantially to PMPL's financial success. In 1998, the ownership structure of PMPL was changed whereby PMPL's existing common shares were cancelled and replaced with three new classes of shares.

The Trusts were settled in Barbados for the benefit of Messrs. Garron and Dunin respectively and their families. The Fundy Settlement acquired the shares of 1287333 Ontario Ltd. (New Garron Co), a newly incorporated Ontario corporation, while the Summersby Settlement acquired the shares of 1287325 (New Dunin Co), another newly incorporated Ontario corporation, both at nominal costs. Both of these newly incorporated corporations in turn acquired, in particular, the New Common Shares of the newly structured PMPL for nominal amounts. Through these transactions, the Summersby Settlement obtained the benefit of an increase in the value of PMPL shares while further increases in PMPL's value were to be shared equally by the Trusts.

Eventually, substantially all of PMPL's indirect interests were sold. The sales by the Trusts of the shares of New Garron Co and New Dunin Co respectively resulted in

*Interprétation des lois — L'impôt était réclamé au titre des gains en capital réalisés par Fundy Settlement et Summersby Settlement (les fiducies) lors de la disposition d'actions de deux sociétés canadiennes — L'interprétation de l'art. 94(1)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu a été prise en compte dans le cadre d'un obiter — La Cour de l'impôt a mal interprété l'art. 94(1)(b) lorsqu'elle a tranché la question de savoir si les biens avaient été transférés « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » aux fiducies — Le législateur a de propos délibéré choisi la formule « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » de l'art. 94(1)(b) afin de couvrir tous les moyens permettant de faire passer la richesse et les revenus potentiels que représentent les actions d'une société canadienne d'un bénéficiaire qui réside au Canada ou d'une personne liée à ce bénéficiaire à une fiducie non résidente.*

Il s'agissait d'appels visant une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté des appels à l'encontre de cotisations établies relativement à St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire du Fundy Settlement et du Summersby Settlement (les fiducies). L'impôt qui lui était réclamé était au titre des gains en capital réalisés par les fiducies lors de la disposition d'actions de deux sociétés canadiennes. St. Michael Trust Corp. a été constituée à la Barbade.

PMPL Holdings Inc. (PMPL) est une société canadienne qui détient les actions de deux sociétés canadiennes en exploitation. À l'origine, le groupe de sociétés PMPL appartenait à M. Garron et à des membres de sa famille. M. Dunin est entré au service de l'une de ces sociétés et a contribué sensiblement au succès financier de PMPL. En 1998, la structure du capital social de PMPL a été modifiée de sorte que les actions ordinaires existantes de PMPL ont été annulées et remplacées par trois nouvelles catégories d'actions.

Les fiducies ont été constituées à la Barbade au profit de MM. Garron et Dunin respectivement et de leur famille. Le Fundy Settlement a acquis les actions d'une société ontarienne nouvellement constituée, 1287333 Ontario Ltd. (la nouvelle société Garron), et le Summersby Settlement a acquis les actions d'une autre société ontarienne nouvellement constituée, 1287325 Ontario Ltd. (la nouvelle société Dunin), les deux à peu de frais. Ces deux sociétés nouvellement constituées ont, elles, acquis les nouvelles actions ordinaires du nouveau capital social de PMPL à peu de frais. Grâce à ces opérations, le Summersby Settlement a eu droit à l'augmentation de la valeur des actions de PMPL et les nouvelles augmentations de la valeur de PMPL ont été réparties à parts égales entre les fiducies.

La quasi-totalité des participations indirectes de PMPL a fini par être vendue. Les ventes par les fiducies des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin,

the capital gains that were the subject of the income tax assessments under appeal. The capital gains were determined for Canadian income tax purposes to be approximately \$217 million for the Fundy Settlement and \$240 million for the Summersby Settlement. St. Michael Trust Corp.'s position was that because the Trusts were residents of Barbados for purposes of the *Agreement between Canada and Barbados for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Barbados Tax Treaty), their capital gains were exempt from income tax in Canada pursuant to that Treaty. St. Michael Trust Corp. filed income tax returns for the Trusts, disclosing therein the capital gains realized and asserting claims for a treaty exemption. The claims for exemption were rejected and St. Michael Trust Corp. was assessed accordingly.

The main issue was whether the Tax Court erred in concluding that, for the purposes of the *Income Tax Act*, the Trusts were resident in Canada in 2000. The following issues, although not necessary to determine the appeal, were also addressed: whether the Tax Court erred in concluding that the deemed residence rule in subsection 94(1) of the Act did not apply to the Trusts in 2000; that, if the Trusts were deemed to be resident in Canada under subsection 94(1), they were nevertheless residents of Barbados for the purposes of the Barbados Tax Treaty; and, if it did not err on those issues, in concluding that the general anti-avoidance rule under section 245 of the Act justified the assessments under appeal.

*Held*, the appeals should be dismissed.

There is very little jurisprudence relating to the determination of the residence of a trust for tax purposes. The Tax Court correctly concluded that there is no case law establishing a single test for determining the residence of a trust. It also correctly concluded that the judge-made test of residence established for corporations should also apply to trusts with the appropriate modifications. The determination of residence for tax purposes is fundamentally a question of fact. Therefore, where a question arises as to the residence of a trust for tax purposes, it is appropriate to undertake a fact-driven analysis with a view to determine the place where the central management and control of the trust is actually exercised. The Tax Court did not err in concluding that, at the relevant time in 2000, and in particular at the time of the sale of the shares of New Garron Co and New Dunin Co, the management and control of the Garron Trust and the Dunin Trust

respectivement, ont produit les gains en capital visés par les cotisations d'impôt dont il est fait appel en l'espèce. Le montant des gains en capital a été, aux fins de l'impôt canadien sur le revenu, évalué à environ 217 millions de dollars pour le Fundy Settlement et à quelque 240 millions de dollars pour le Summersby Settlement. St. Michael Trust Corp. a fait valoir que comme les fiducies étaient, aux fins de l'*Accord conclu entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune* (l'Accord fiscal avec la Barbade), des résidentes de la Barbade, leurs gains en capital étaient exonérés d'impôt au Canada au titre de cet accord. St. Michael Trust Corp. a rempli, pour les fiducies, des déclarations d'impôt sur le revenu. Ces déclarations faisaient état des gains en capital réalisés et invoquaient l'exonération fiscale prévue dans l'Accord. Les demandes d'exonération ont été rejetées et une cotisation a été établie en conséquence à l'égard de St. Michael Trust Corp.

La principale question à trancher était celle de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* les fiducies étaient des résidentes du Canada en 2000. Les questions suivantes, bien qu'elles ne soient pas nécessaires pour trancher l'appel, ont aussi été examinées, soit la question de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur en concluant que la règle de la résidence réputée que prévoit le paragraphe 94(1) de la Loi ne s'appliquait pas en 2000 aux fiducies; si les fiducies étaient, en vertu du paragraphe 94(1), réputées résider au Canada, étaient-elles néanmoins des résidentes de la Barbade aux fins de l'Accord fiscal avec la Barbade; et, si elle n'a pas commis d'erreur à ces égards, a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la Loi justifiait les cotisations en cause.

*Arrêt* : les appels doivent être rejetés.

La jurisprudence est rare sur la question de la détermination, aux fins de l'impôt, du lieu de résidence d'une fiducie. La Cour de l'impôt a conclu, à bon droit, à l'absence de jurisprudence établissant un critère unique qui permette de décider du lieu de résidence d'une fiducie. Elle a conclu en outre que le critère judiciaire de la résidence qui a été établi pour les sociétés doit également s'appliquer aux fiducies, avec les modifications qui s'imposent. La détermination du lieu de résidence aux fins de l'impôt est essentiellement une question de fait. Par conséquent, lorsque se pose, aux fins de l'impôt, la question de la résidence d'une fiducie, il faut procéder à une analyse des faits afin de décider où est effectivement situé le centre de gestion et de contrôle de la fiducie. La Cour de l'impôt n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a conclu qu'en 2000, à l'époque en cause, et notamment lors de la vente des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société

resided in Canada with Mr. Garron and Mr. Dunin respectively. It thus correctly found that the Trusts were resident in Canada when they realized capital gains on the sale of the shares of New Garron Co and New Dunin Co. This was a sufficient basis upon which to dismiss the appeals. The parties' alternative arguments were nevertheless considered.

The Tax Court misinterpreted paragraph 94(1)(b) of the Act in determining whether property was transferred "directly or indirectly in any manner whatever" to the Fundy and Summersby Trusts. Once it is accepted that an indirect transfer of the shares of a corporation from shareholder A to shareholder B can be achieved by a corporate reorganization that shifts part of the value of the corporation from the class of shares owned by shareholder A to the class of shares owned by shareholder B, there is no principled basis for concluding that the same transaction cannot also be an indirect transfer of property "in any manner whatever" to the person that owns shareholder B. This merely recognizes the fact that any increase in the wealth of shareholder B will necessarily increase the wealth of whoever owns shareholder B. Parliament chose the words "directly or indirectly in any manner whatever" in paragraph 94(1)(b) deliberately to capture every possible means by which the wealth and income-earning potential represented by the shares of a Canadian corporation can move to a non-resident trust from a Canadian resident beneficiary of the trust or a person related to that beneficiary. Based on the facts of this case, the New Common Shares of PMPL were intended to enrich the Trusts, which was achieved by a series of interrelated and preordained transactions. On that basis, the contribution test in paragraph 94(1)(b) was met and therefore subsection 94(1) applied to the Trusts. It follows that paragraph 94(1)(c) applied to deem the Trusts to be resident in Canada for the purposes of Part I of the Act.

The Tax Court correctly concluded that the Trusts were entitled to the benefit of the exemption from Canadian tax in paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty. The deemed residence rule in section 94 is substantially limited and deems a foreign trust to be a person resident in Canada whose taxable income for the year is the total of its taxable income *earned in Canada* for the year, plus "foreign accrual property income" (FAPI). These limitations result in a foreign trust being deemed to be a person resident in Canada, not for all purposes of Part I but only for the purposes of Part I that

Dunin, le centre de gestion et de contrôle de la fiducie Garron et de la fiducie Dunin était situé au Canada, là où résidaient M. Garron et M. Dunin. C'est donc à bon droit qu'elle a conclu que les fiducies résidaient au Canada au moment où elles ont réalisé les gains en capital dus à la vente des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin. C'était là un motif suffisant pour rejeter les présents appels. Les arguments subsidiaires des parties ont néanmoins été examinés.

La Cour de l'impôt a mal interprété l'alinéa 94(1)b) de la Loi lorsqu'elle s'est penchée sur la question de savoir si des biens avaient été transférés « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » aux fiducies Fundy et Summersby. À partir du moment où l'on admet qu'il peut y avoir transfert indirect des actions d'une société, de l'actionnaire A à l'actionnaire B, par le truchement d'une réorganisation de la société qui fait passer une partie de la valeur de l'entreprise de la catégorie d'actions détenues par l'actionnaire A à la catégorie d'actions détenues par l'actionnaire B, il n'y a aucune raison de conclure que la même opération ne pourrait pas en même temps constituer un transfert indirect de biens « de quelque manière que ce soit » à la personne propriétaire de l'actionnaire B. Cela reconnaît simplement que toute augmentation de la richesse de l'actionnaire B va nécessairement accroître la richesse de celui qui est propriétaire de l'actionnaire B. Le législateur a de propos délibéré choisi la formule « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » de l'alinéa 94(1)b) afin de couvrir tous les moyens permettant de faire passer la richesse et les revenus potentiels que représentent les actions d'une société canadienne d'un bénéficiaire qui réside au Canada ou d'une personne liée à ce bénéficiaire à une fiducie non résidente. Selon les faits de la présente affaire, les nouvelles actions ordinaires de PMPL visaient à enrichir les fiducies. Cet objectif a été atteint par une série d'opérations étroitement reliées entre elles et conçues à l'avance. Pour cette raison, les conditions que suppose le critère de la contribution énoncées à l'alinéa 94(1)b) sont réunies et, par conséquent, le paragraphe 94(1) s'applique aux fiducies. Cela étant, aux termes de l'alinéa 94(1)c), les fiducies sont réputées résider au Canada aux fins de la partie I de la Loi.

La Cour de l'impôt a conclu à juste titre que les fiducies avaient le droit d'être exonérées d'impôt au Canada en vertu du paragraphe 4 de l'article XIV de l'Accord fiscal avec la Barbade. La règle de la résidence réputée de l'article 94 est sensiblement limitée, car une fiducie étrangère est réputée être une personne résidant au Canada dont le revenu imposable dans une année donnée correspond à l'intégralité de son revenu imposable *gagné au Canada* dans l'année, plus le « revenu étranger accumulé, tiré de biens » (le REATB). Compte tenu des limites ainsi posées, une fiducie étrangère



are relevant to the determination of its Canadian source income and its FAPI. It follows that, if the central management and control test did not apply, then the Trusts would have been entitled to the benefit of the Barbados Tax Treaty and would be exempt from Canadian tax on the capital gain they realized in 2000 on the sale of the shares of New Garron Co and New Dunin Co.

The Tax Court correctly concluded that, if the residence of the Trusts was to be determined on the basis of the residence of St. Michael Trust Corp. as trustee and therefore the Trusts were resident in Canada, the assessments under appeal could not be justified by the general anti-avoidance rule in section 245 of the Act. The series of transactions that resulted in the Trusts becoming entitled to the treaty exemption in the face of section 94 was not a misuse or abuse of the Barbados Tax Treaty. In that situation, the Trusts would not have avoided section 94 of the Act but would have fallen squarely into it.

est réputée être une personne résidant au Canada, mais pas à toutes fins de la partie I, seulement aux fins de la partie I qui concerne la détermination de ses revenus de source canadienne ainsi que son REATB. Par conséquent, si le critère du centre de gestion et de contrôle ne s'appliquait pas, les fiducies pourraient invoquer à leur profit l'Accord fiscal avec la Barbade et seraient exonérées de tout impôt canadien sur les gains en capital réalisés en 2000 lors de la vente des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin.

La Cour de l'impôt a conclu à bon droit que si la résidence des fiducies était fonction de la résidence de St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire, et que les fiducies étaient donc des résidentes du Canada, les cotisations en cause en l'espèce ne pourraient pas se justifier au regard de la disposition générale anti-évitement inscrite à l'article 245 de la Loi. La série d'opérations qui a ouvert aux fiducies le droit de se prévaloir de l'exonération prévue dans l'accord malgré les dispositions de l'article 94 ne constituait pas un détournement ou un abus de l'Accord fiscal avec la Barbade. Dans cette situation, les fiducies ne se seraient pas soustraites à l'article 94 de la Loi; elles seraient plutôt tombées nettement sous le coup de cette disposition.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada-Barbados Income Tax Agreement Act, 1980*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Part IX.
- Financial Institutions Act*, L.R.O. 1997, c. 324A (Barbados).
- Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 2(1),(3), 3 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 1), 85(1) (as am. *idem*, s. 64; Sch. VIII, s. 35; 1995, c. 3, s. 22; c. 21, s. 53), 94(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 72), 104(1) (as am. *idem*, s. 78), (2), 110(1)(f)(i) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 78), 115(1) (as am. *idem*, Sch. VIII, s. 50; 1999, c. 22, s. 29; 2001, c. 17, s. 90; 2005, c. 19, s. 21; 2009, c. 2, s. 31), 116 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 133; 2001, c. 17, ss. 91, 212), 233.3 (as enacted by S.C. 1997, c. 25, s. 69; 2001, c. 17, s. 184), 233.4 (as enacted by S.C. 1997, c. 25, s. 69), 245 (as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52), 248(1) "taxable Canadian property" (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 188; 2007, c. 35, s. 68), "treaty-protected property" (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 80).
- Trustee Act*, L.R.O. 1985, c. 250 (Barbados).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement between Canada and Barbados for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Financial Institutions Act*, L.R.O. 1997, ch. 324A (Barbade).
- Loi de 1980 sur l'Accord Canada-Barbade en matière d'impôt sur le revenu*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, partie IX.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 2(1),(3), 3 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 1), 85(1) (mod., *idem*, art. 64; ann. VIII, art. 35; 1995, ch. 3, art. 22; ch. 21, art. 53), 94(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 72), 104(1) (mod., *idem*, art. 78), (2), 110(1)(f)(i) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 78), 115(1) (mod., *idem*, ann. VIII, art. 50; 1999, ch. 22, art. 29; 2001, ch. 17, art. 90; 2005, ch. 19, art. 21; 2009, ch. 2, art. 31), 116 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 133; 2001, ch. 17, art. 91, 212), 233.3 (édicte par L.C. 1997, ch. 25, art. 69; 2001, ch. 17, art. 184), 233.4 (édicte par L.C. 1997, ch. 25, art. 69), 245 (mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52), 248(1) « bien canadien imposable » (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 188; 2007, ch. 35, art. 68), « bien protégé par traité » (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 80).
- Trustee Act*, L.R.O. 1985, ch. 250 (Barbade).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale*

*of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. IX, Arts. III, IV, XIV.

*Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, S.C. 1984, Sch. I.

## CASES CITED

## APPLIED:

*De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.).

## CONSIDERED:

*Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, (1995), 125 D.L.R. (4th) 485, [1995] 2 C.T.C. 64; *Thibodeau Family Trust v. The Queen*, [1978] C.T.C. 539, (1978), 3 E.T.R. 168, 78 DTC 6376 (F.C.T.D.); *Canada v. Kieboom*, [1992] 3 F.C. 488, [1992] 2 C.T.C. 59, (1992), 92 DTC 6382 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock (Inspector of Taxes)*, [1960] A.C. 351 (H.L.).

## AUTHORS CITED

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Income Tax Law*. Toronto: Carswell, 2009.

APPEALS from a Tax Court of Canada decision (*Garron Family Trust et al. v. The Queen*, 2009 TCC 450, [2010] 2 C.T.C. 2346, 2009 DTC 1287, 50 E.T.R. (3d) 241) dismissing appeals from assessments made pursuant to the *Income Tax Act* and directed against St. Michael Trust Corp. in its capacity as trustee of the Fundy Settlement and the Summersby Settlement. Appeals dismissed.

## APPEARANCES

*Douglas H. Mathew, Matthew G. Williams and Mark A. Barbour* for appellant.

*Elizabeth D. Chasson, Erin Strashin and Margaret J. Nott* for respondent.

*en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. IX, art. III, IV, XIV.

*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1984, ann. I.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Thibodeau (Fiducie de la famille) c. La Reine*, [1978] A.C.F. n° 607 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada c. Kieboom*, [1992] 3 C.F. 488 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE :

*Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock (Inspector of Taxes)*, [1960] A.C. 351 (H.L.).

## DOCTRINE CITÉE

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Income Tax Law*. Toronto : Carswell, 2009.

APPELS à l'encontre d'une décision (*Garron (Fiducie familiale) c. La Reine*, 2009 CCI 450) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté des appels à l'encontre de cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement à St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire du Fundy Settlement et du Summersby Settlement. Appels rejetés.

## ONT COMPARU

*Douglas H. Mathew, Matthew G. Williams et Mark A. Barbour* pour l'appelante.

*Elizabeth D. Chasson, Erin Strashin et Margaret J. Nott* pour l'intimée.

## SOLICITORS OF RECORD

*Thorsteinssons LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: St. Michael Trust Corp., in its capacity as the trustee of the Fundy Settlement and the Summersby Settlement (the Trusts), has been assessed under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for the 2000 taxation year. The assessed tax arises from capital gains realized by the Trusts on the disposition of the shares of two Canadian corporations at a time when, according to the Crown, the Trusts were resident in Canada. St. Michael Trust Corp. appealed the assessments to the Tax Court of Canada. The appeals were dismissed by Justice Woods (2009 TCC 450, [2010] 2 C.T.C. 2346) [*Garron Family Trust v. The Queen*]. St. Michael Trust Corp. now appeals to this Court. For the reasons that follow, I have concluded that these appeals should be dismissed with costs.

Relevant provisions of the *Income Tax Act*

[2] Subsection 2(1) of the *Income Tax Act* imposes tax on the taxable income for a year of every person who is resident in Canada at any time in the year. By virtue of the formula in section 3 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 1] of the *Income Tax Act*, taxable income includes the taxable portion of any capital gain realized in the year. In 2000, the taxable portion of a capital gain was 2/3.

[3] By the combined operation of subsections 2(3) and 115(1) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 50; 1999, c. 22, s. 29; 2001, c. 17, s. 90; 2005, c. 19, s. 21; 2009, c. 2, s. 31] of the *Income Tax Act*, a person who is not

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Thorsteinssons LLP*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire du Fundy Settlement et du Summersby Settlement (les fiducies), a fait l'objet d'une cotisation en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, pour l'année d'imposition 2000. L'impôt qui lui est réclamé est au titre des gains en capital réalisés par les fiducies lors de la disposition d'actions de deux sociétés canadiennes à une époque où, selon la Couronne, ces fiducies résidaient au Canada. St. Michael Trust Corp. a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt. Les appels ont été rejetés par la juge Woods (2009 CCI 450) [*Garron (Fiducie familiale) c. La Reine*]. St. Michael Trust Corp. interjette maintenant appel devant notre Cour. Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime que ces appels devraient être rejetés avec dépens.

Dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* applicables en l'espèce

[2] Aux termes du paragraphe 2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'impôt doit être acquitté sur le revenu imposable de l'année de toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours de l'année. Selon la formule prévue à l'article 3 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 1] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le revenu imposable comprend la partie imposable de tout gain en capital réalisé au cours de l'année. En 2000, la part imposable d'un gain en capital correspondait aux deux tiers.

[3] Par le jeu combiné des paragraphes 2(3) et 115(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 50; 1999, ch. 22, art. 29; 2001, ch. 17, art. 90; 2005, ch. 19, art. 21; 2009, ch. 2, art. 31] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le

resident in Canada is outside the scope of subsection 2(1) but nevertheless is subject to tax on certain Canadian source income, including the taxable portion of a capital gain realized by the person on the disposition of property that meets the definition of “taxable Canadian property” [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 188; 2007, c. 35, s. 68], unless the property also meets the definition of “treaty-protected property” [as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 80] in subsection 248(1).

[4] Generally, property is treaty-protected if a capital gain realized on its disposition is exempt from Canadian income tax because of an international tax treaty to which Canada is a party. The exemption operates through subparagraph 110(1)(f)(i) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 78] of the *Income Tax Act* which provides that, in computing taxable income, a person is entitled to a deduction equal to any amount that is included in taxable income but exempt from Canadian tax because of an international tax treaty.

[5] For purposes of the *Income Tax Act*, a taxpayer may be an individual, a corporation or a trust. Although a trust is not a person as a matter of law, the *Income Tax Act* treats the trust for income tax purposes as though it were an individual. Conceptually, the trust is embodied in the trustee as the person who generally has legal title to the trust property, and who has the powers and discretions granted by the trust documents and the law, concerning the trust property. It is the trustee who is required on behalf of the trust to comply with all filing and reporting requirements under the *Income Tax Act*, to whom all assessments and other official notifications are sent, who has the legal status to object to assessments and to appeal, and who is responsible for paying the tax debts of the trust. That is the result of subsections 104(1) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 78] and (2) of the *Income Tax Act*, which read in relevant part as follows:

paragraphe 2(1) ne s’applique pas à une personne qui ne réside pas au Canada, mais celle-ci est néanmoins assujettie à l’impôt sur certains revenus de source canadienne, y compris sur la partie imposable de gains en capitaux réalisés lors de la disposition de biens répondant à la définition de « bien canadien imposable » [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 188; 2007, ch. 35, art. 68], à moins que ces biens ne correspondent à la définition de « bien protégé par traité » [mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 80] au paragraphe 248(1).

[4] D’une manière générale, un bien est protégé par traité si le gain en capital réalisé lors de sa disposition n’est pas assujéti à l’impôt canadien sur le revenu en raison d’une convention fiscale internationale à laquelle est partie le Canada. Cette exonération est due au sous-alinéa 110(1)f(i) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 78] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, selon lequel, dans le calcul de son revenu imposable, une personne est admise à déduire une somme égale à tout montant inclus dans son revenu imposable, mais exonéré de l’impôt canadien au titre d’une convention fiscale internationale.

[5] Aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le contribuable peut être un individu, une société ou une fiducie. Bien qu’une fiducie ne constitue pas une personne en droit, la *Loi de l’impôt sur le revenu* considère les fiducies comme des personnes aux fins de l’impôt sur le revenu. Conceptuellement, la fiducie s’incarne dans la personne du fiduciaire qui, généralement, détient les titres de propriété des biens appartenant à la fiducie. Il est investi d’un certain nombre de pouvoirs discrétionnaires que lui reconnaissent à l’égard des biens de la fiducie l’acte constitutif et la loi. Le fiduciaire est tenu, au nom de la fiducie, de remplir, en matière de déclarations et de dépôt de documents, toutes les obligations prescrites par la *Loi de l’impôt sur le revenu*. C’est à lui que sont envoyés les cotisations et autres avis officiels. C’est lui qui a qualité pour s’opposer aux cotisations et pour interjeter appel, et à qui incombe la responsabilité de s’acquitter des dettes fiscales de la fiducie. C’est ce qui ressort des paragraphes 104(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 78] et (2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, dont les passages pertinents en l’espèce sont les suivants :

Reference to trust or estate

**104.** (1) In this Act, a reference to a trust or estate (in this subdivision referred to as a “trust”) shall, unless the context otherwise requires, be read to include a reference to the trustee, executor, administrator, liquidator of a succession, heir or other legal representative having ownership or control of the trust property . . . .

...

Taxed as individual

(2) A trust shall, for the purposes of this Act, and without affecting the liability of the trustee or legal representative for that person’s own income tax, be deemed to be in respect of the trust property an individual,

[6] Subsection 94(1) [as am. *idem*, s. 72] of the *Income Tax Act* is a special provision relating to trusts that are not resident in Canada. Broadly speaking, it applies when certain conditions are met as to the identity of the beneficiaries of the trust (the “beneficiary test”, paragraph 94(1)(a)) and the manner in which the trust has acquired property (the “contribution test”, paragraph 94(1)(b)). Those two provisions read in relevant part as follows:

Application of certain provisions to trusts not resident in Canada

**94.** (1) Where,

(a) at any time in a taxation year of a trust that is not resident in Canada or that, but for paragraph (c), would not be so resident, a person beneficially interested in the trust (in this section referred to as a “beneficiary”) was

(i) a person resident in Canada,

...

(b) at any time in or before the taxation year of the trust,

(i) the trust . . . has . . . acquired property, directly or indirectly in any manner whatever, from

(A) a particular person who

**104.** (1) Dans la présente loi, la mention d’une fiducie ou d’une succession (appelées « fiducie » à la présente sous-section) vaut également mention, sauf indication contraire du contexte, du fiduciaire, de l’exécuteur testamentaire, de l’administrateur successoral, du liquidateur de succession, de l’héritier ou d’un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie [...]

[...]

(2) Pour l’application de la présente loi, et sans que l’assujettissement du fiduciaire ou des représentants légaux à leur propre impôt sur le revenu en soit atteint, une fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie;

[6] Le paragraphe 94(1) [mod., *idem*, art. 72] de la *Loi de l’impôt sur le revenu* concerne spécialement les fiducies qui ne résident pas au Canada. Cette disposition s’applique, de manière générale, aux cas réunissant certaines conditions quant à l’identité des bénéficiaires de la fiducie (c’est le « critère du bénéficiaire », alinéa 94(1)a), et quant à la manière dont la fiducie a acquis les biens en question (c’est le « critère de la contribution », alinéa 94(1)b)). Voici ce que prévoient les parties de cet article pertinentes en l’occurrence :

**94.** (1) Lorsque :

a) d’une part, à un moment donné d’une année d’imposition d’une fiducie qui ne réside pas au Canada, ou qui, sans l’alinéa c), n’y résiderait pas, une personne ayant un droit de bénéficiaire sur la fiducie (appelé un « bénéficiaire » au présent article) était :

(i) une personne résidant au Canada,

[...]

b) d’autre part, à un moment donné avant la fin de l’année d’imposition de la fiducie :

(i) soit la fiducie [...] a acquis des biens, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit [...] auprès :

(A) ou bien d’une personne donnée qui remplit les conditions suivantes :

Fiducie ou succession

Impôt à titre de particulier

Application de certaines dispositions aux fiducies ne résidant pas au Canada

(I) was the beneficiary referred to in paragraph (a), was related to that beneficiary or was the uncle, aunt, nephew or niece of that beneficiary,

(I) elle était le bénéficiaire visé à l'alinéa a), elle était liée à ce bénéficiaire ou elle était l'oncle, la tante, le neveu ou la nièce de ce bénéficiaire,

...

[...]

the following rules apply for that taxation year of the trust:

les règles suivantes s'appliquent pour cette année d'imposition de la fiducie :

[7] It is undisputed in this case that the beneficiary test is met for both Trusts because they both have beneficiaries who are resident in Canada.

[7] Nul ne conteste en l'espèce que les deux fiducies ont des bénéficiaires résidant au Canada, condition qui satisfait au critère du bénéficiaire.

[8] There is a dispute as to whether the contribution test is met in this case. The contribution test may be satisfied in a number of ways. For the purposes of this case it is enough to say that it would be met if the Trusts acquired property, directly or indirectly in any manner whatever, from a Canadian-resident person who is either a beneficiary or a person related to a beneficiary.

[8] Il y a désaccord, cependant, sur la question de savoir si la situation en cause répond au critère de la contribution. Il y a plusieurs manières de satisfaire à ce critère. Il suffit de dire que les conditions prévues par le critère de la contribution sont réunies si les fiducies ont acquis des biens, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit d'une personne résidant au Canada qui est soit un bénéficiaire, soit une personne liée à un bénéficiaire.

[9] If the beneficiary and contribution tests are met, and the trust is a discretionary trust (as the Trusts are), then paragraph 94(1)(c) deems the trust to be a person resident in Canada for the purposes of Part I of the *Income Tax Act* and certain provisions in Part XIV imposing reporting requirements (sections 233.3 [as enacted by S.C. 1997, c. 25, s. 69; 2001, c. 17, s. 184] and 233.4 [as enacted by S.C. 1997, c. 25, s. 69]). Part I of the *Income Tax Act* contains the main charging provisions of the *Income Tax Act*, including section 2, the provision that imposes on every person resident in Canada a tax on income from any source in the world. Paragraph 94(1)(c) reads in relevant part as follows:

[9] Si les conditions répondant aux critères du bénéficiaire et de la contribution sont réunies et qu'il s'agit d'une fiducie à pouvoir discrétionnaire (comme le sont effectivement les fiducies en cause), aux termes de l'alinéa 94(1)c), la fiducie est réputée être une personne résidant au Canada aux fins de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de diverses dispositions de la partie XIV imposant certaines obligations en matière de déclarations (articles 233.3 [édicte par L.C. 1997, ch. 25, art. 69; 2001, c. 17, art. 184] et 233.4 [édicte par L.C. 1997, ch. 25, art. 69]). C'est à la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que se trouvent les principales dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* imposant des responsabilités, y compris l'article 2, selon lequel toute personne résidant au Canada est imposée sur ses revenus quelle qu'en soit l'origine géographique. Voici ce que prévoit la partie de l'alinéa 94(1)c) qui nous concerne en l'occurrence :

Application of certain provisions to trusts not resident in Canada

**94. (1) ...**

(c) where the amount of the income or capital of the trust to be distributed at any time to any beneficiary of the trust depends on the exercise

**94. (1) [...]**

c) lorsque le montant du revenu ou du capital de la fiducie à attribuer à un moment donné à un bénéficiaire de la fiducie est fonction de

Application de certaines dispositions aux fiducies ne résidant pas au Canada

by any person of, or the failure by any person to exercise, any discretionary power,

(i) the trust is deemed for the purposes of this Part and sections 233.3 and 233.4 to be a person resident in Canada no part of whose taxable income is exempt because of section 149 from tax under this Part and whose taxable income for the year is the amount, if any, by which the total of [Rules for computing taxable income omitted.]

[10] The remainder of paragraph 94(1)(c) sets out special rules for the computation of the taxable income of a trust to which section 94 applies. The rules are complex, but for the purposes of this case the parties agree that under paragraph 94(1)(c), the taxable income of a discretionary trust includes all income of the trust except income from an active business outside Canada.

[11] The assessments under appeal in this case are based in the alternative on the general anti-avoidance rule [GAAR] in section 245 of the *Income Tax Act*. Broadly speaking, subsection 245(2) may apply to justify an assessment, regardless of any other statutory provision, where a transaction is undertaken to avoid tax and the transaction is abusive within the meaning of subsection 245(4) [as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52]. Section 245 reads in relevant part as follows:

245. . . .

General anti-avoidance provision

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

Avoidance transaction

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the

l'exercice ou de l'absence d'exercice, par une personne, d'un pouvoir discrétionnaire :

(i) la fiducie est réputée, pour l'application de la présente partie et des articles 233.3 et 233.4, être une personne résidant au Canada dont aucune partie du revenu imposable n'est exonérée, par l'effet de l'article 149, de l'impôt prévu à la présente partie et dont le revenu imposable pour l'année correspond à l'excédent éventuel de la somme des montants suivants : [Règles applicables au calcul du revenu imposable omises.]

[10] Le reste de l'alinéa 94(1)(c) fixe les règles spéciales applicables au calcul du revenu imposable d'une fiducie relevant de l'article 94. Ces règles sont complexes, mais les parties conviennent en l'espèce qu'aux termes de l'alinéa 94(1)(c), le revenu imposable d'une fiducie discrétionnaire comprend la totalité des revenus de la fiducie hormis le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement hors du Canada.

[11] Les cotisations dont il est interjeté appel sont subsidiairement fondées sur la disposition générale anti-évitement [DGAE] prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 245(2) peut, de manière générale, et quoi que puisse prévoir une autre disposition de la Loi, être invoqué pour justifier une cotisation lorsqu'une opération est menée afin d'éviter l'impôt et que cette opération est jugée abusive au sens du paragraphe 245(4) [mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52]. Voici ce que prévoit, à cet égard, l'article 245 :

245. [. . .]

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

Disposition générale d'anti-évitement

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

Opération d'évitement

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement,

transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

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

Application  
of  
subsec-  
tion (2)

(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

(i) this Act,

(ii) the *Income Tax Regulations*,

(iii) the *Income Tax Application Rules*,

(iv) a tax treaty, or

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) la présente loi,

(ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,

(iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,

(iv) un traité fiscal,

(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

Application  
du par. (2)

#### Relevant provisions of the Barbados Tax Treaty

[12] The Canada-Barbados Income Tax Agreement (1980) (the Barbados Tax Treaty), formally titled “*Agreement between Canada and Barbados for the*

#### Dispositions pertinentes de l'Accord fiscal conclu avec la Barbade

[12] L'Accord Canada-Barbade en matière d'impôt sur le revenu (1980) (l'Accord fiscal avec la Barbade), qui portait le titre officiel de « *Accord conclu entre le*



*Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*” [S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. IX], was enacted as a federal law by S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Part IX [*Canada-Barbados Income Tax Act Agreement Act, 1980*]. For the purposes of these appeals, the following interpretive provisions in Article III (General Definitions) of the Barbados Tax Treaty are relevant:

1. In this Agreement, unless the context otherwise requires:

...

(c) the term “person” includes an individual, an estate, a trust, a company, a partnership and any other body of persons;

...

2. As regards the application of this Agreement by a Contracting State any term not otherwise defined shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws of that Contracting State relating to the taxes which are the subject of this Agreement.

[13] Broadly speaking, the Barbados Tax Treaty exempts the residents of one of the contracting states from income taxes imposed by the other on specified income and gains, subject to numerous conditions. For purposes of the Barbados Tax Treaty, residence is determined under Article IV (Fiscal Domicile), which reads in relevant part as follows:

1. For the purposes of this Agreement, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. The terms “resident of Canada” and “resident of Barbados” shall be construed accordingly.

...

3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then the competent authorities of the Contracting States

*Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune* » [S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. IX], a été édicté en tant que loi fédérale par L.C. 1980-81-82-83, ch. 44, partie IX [*Loi de 1980 sur l'Accord du Canada-Barbade en matière d'impôt sur le revenu*]. Aux fins des présents appels, voici les dispositions d'interprétation de l'article III (Définitions générales) de l'Accord fiscal avec la Barbade qui sont pertinentes :

1. Au sens du présent Accord, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente:

[...]

c) le terme «personne» comprend les personnes physiques, les successions (estates), les fiducies (trusts), les sociétés, les sociétés de personnes (partnerships) et tous autres groupements de personnes;

[...]

2. Pour l'application du présent Accord par un État contractant, toute expression qui n'est pas autrement définie a le sens qui lui est attribué par la législation dudit État régissant les impôts qui font l'objet du présent Accord, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente.

[13] De manière générale, et sous réserve de nombreuses conditions, l'Accord fiscal avec la Barbade exonère les résidents d'un des États contractants des impôts sur le revenu que l'autre partie contractante prélève sur certains revenus et gains. Aux fins de l'Accord fiscal avec la Barbade, la question de la résidence est tranchée par l'article IV (Domicile fiscal), qui, en sa partie pertinente, dispose :

1. Au sens du présent Accord, l'expression «résident d'un État contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation dudit État, est assujettie à l'impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue, et les expressions «résident du Canada» et «résident de la Barbade» ont le sens correspondant.

[...]

3. Lorsque, selon la disposition du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est considérée comme résident de chacun des États contractants, les autorités

shall by mutual agreement endeavour to settle the question and to determine the mode of application of the Agreement to such person.

[14] By virtue of paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty a person (including a trust) that meets the treaty definition of “resident of Barbados” but not the treaty definition of “resident of Canada” is entitled to an exemption from Canadian income tax on any capital gain realized on the disposition of shares of a corporation (subject to exceptions that are not relevant to this case). Article XIV (Gains from the Alienation of Property) reads in relevant part as follows:

1. Gains from the alienation of immovable property may be taxed in the Contracting State in which such property is situated.

2. Gains from the alienation of movable property forming part of the business property of a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State ... may be taxed in the other State....

3....

(a) Gains from the alienation of shares of a company, the property of which consists principally of immovable property situated in a Contracting State, may be taxed in that State.

...

4. Gains from the alienation of any property, other than those mentioned in paragraphs 1, 2 and 3 may be taxed only in the Contracting State of which the alienator is a resident.

### Facts

[15] I summarize as follows the facts relating to the transactions underlying the assessments under appeal.

[16] PMPL Holdings Inc. (PMPL) was incorporated in Canada in 1992 to hold the shares of two Canadian operating corporations, Progressive Moulded Products Inc. and Progressive Tools Limited. The PMPL corporate group was originally owned and controlled by Myron Garron and members of his family. In 1990, Mr. Andrew

compétentes des États contractants s’efforceront d’un commun accord de trancher la question et de déterminer les modalités d’application du présent Accord à ladite personne.

[14] Aux termes du paragraphe 4 de l’article XIV de l’Accord fiscal avec la Barbade, toute personne (y compris une fiducie) qui répond à la définition que l’Accord donne de « résident de la Barbade », mais pas à la définition que l’Accord donne de « résident du Canada » n’est pas imposée au Canada sur les gains en capital réalisés lors de la disposition d’actions d’une société (sous réserve de certaines exceptions qui ne s’appliquent pas en l’espèce). L’article XIV (Gains provenant de l’aliénation de biens) prévoit notamment :

1. Les gains provenant de l’aliénation de biens immobiliers sont imposables dans l’État contractant où ces biens sont situés.

2. Les gains provenant de l’aliénation de biens mobiliers faisant partie de l’actif d’un établissement stable qu’une entreprise d’un État contractant a dans l’autre État contractant [...] sont imposables dans cet autre État [...]

3. [...]

a) Les gains provenant de l’aliénation d’actions d’une société dont les biens sont constitués principalement de biens immobiliers situés dans un État contractant sont imposables dans cet État.

[...]

4. Les gains provenant de l’aliénation de tous biens autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 1, 2 et 3 ne sont imposables que dans l’État contractant dont le cédant est un résident.

### Les faits

[15] Voici, en résumé, les faits en rapport avec les opérations qui sont à l’origine des cotisations en cause.

[16] En 1992, la société PMPL Holdings Inc. (PMPL) est constituée en vue de détenir les actions de deux sociétés canadiennes en exploitation, Progressive Moulded Products Inc. et Progressive Tools Limited. À l’origine, le groupe de sociétés PMPL appartenait à Myron Garron et sa famille, qui en exerçait également le contrôle. En

Dunin, who is not related to the Garron family, became involved with Progressive Moulded Products Inc. He was promised the right to earn equity shares of PMPL, and in fact he contributed substantially to its financial success.

[17] By 1996, the common shares of PMPL were owned as to 50 percent by Mr. Dunin and as to 50 percent by a Canadian corporation, Garron Holdings Ltd. (Garron Holdings). The shares of Garron Holdings were owned by Myron Garron and his spouse Berna Garron, and a trust of which Mr. and Mrs. Garron were the trustees and their children and grandchildren were the beneficiaries. At all material times, Mr. Garron and his spouse and Mr. Dunin were resident in Canada.

[18] At some point early in 1998, a decision was made to change the ownership structure of PMPL. One objective of that change was to increase Mr. Dunin's share of PMPL in continued recognition of his contribution to its financial success. Another objective was to ensure that no Canadian tax would be payable on any capital gain that could result from an increase in the value of PMPL after the 1998 reorganization.

[19] The tax objective was intended to be achieved by attributing any post-reorganization increase in the value of PMPL to the common shares of a newly created corporation held by trusts that would not be resident in Canada but would, as residents of Barbados, be entitled to the benefit of the exemption from Canadian tax in paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty.

[20] The plan to restructure the ownership of PMPL required that the existing common shares of PMPL be cancelled and replaced with three new classes of shares, as follows:

*1000 Class A preference shares – the “Freeze Shares”*

- a. The Freeze Shares would be issued in exchange for the existing common shares. They would carry voting rights and be redeemable for an amount equal to the

1990, M. Andrew Dunin, qui n'est pas apparenté à la famille Garron, est entré à Progressive Moulded Products Inc. On lui a promis le droit d'obtenir des actions participatives de PMPL, et il a, de fait, contribué sensiblement au succès financier de l'entreprise.

[17] En 1996, les actions ordinaires de PMPL appartenaient à 50 p. 100 à M. Dunin et à 50 p. 100 à une société canadienne, Garron Holdings Ltd. (Garron Holdings). Les actions de Garron Holdings appartenaient à Myron Garron, à son épouse Berna Garron et à une fiducie dont les bénéficiaires étaient les enfants et petits-enfants de M. et M<sup>me</sup> Garron et les fiduciaires, M. et M<sup>me</sup> Garron. À toutes les époques en cause, M. Garron, son épouse et M. Dunin étaient des résidents du Canada.

[18] Au début de 1998, il fut décidé de modifier la structure du capital social de PMPL, en partie afin d'accroître la part de M. Dunin dans PMPL en raison de sa contribution au succès financier de l'entreprise. On souhaitait, en outre, faire en sorte que ne soient pas imposés au Canada les gains en capital dus à l'augmentation de la valeur de PMPL à la suite de sa réorganisation en 1998.

[19] Il s'agissait sur le plan fiscal d'attribuer toute augmentation de la valeur de PMPL due à sa réorganisation aux actions ordinaires d'une société nouvellement créée détenue par des fiducies qui ne seraient pas résidentes du Canada, mais qui, en tant que résidentes de la Barbade, seraient exonérées de tout impôt canadien aux termes du paragraphe 4 de l'article XIV de l'Accord fiscal avec la Barbade.

[20] Selon le plan de restructuration du capital social de PMPL, les actions ordinaires de PMPL devaient être annulées et remplacées par trois nouvelles catégories d'actions, à savoir :

*1 000 actions préférentielles de catégorie A – les « Actions gelées »*

- a. Les actions gelées devaient être échangées contre les actions ordinaires en circulation. Elles devaient comporter un droit de vote et être rachetables à la

fair market value of the existing common shares immediately before the reorganization took effect, which at the time the parties agreed was \$50 million. The Freeze Shares would not participate in dividends except on redemption, when dividends would be cumulative between the date of the request for redemption and the date of redemption.

*100 Class B shares – the “Special Value Shares”*

b. These shares would carry no voting rights or dividend entitlement. They would be retractable (that is, redeemable at the call of the holder) at an amount equal to 10 percent of the amount by which the fair market value of all shares of PMPL and Progressive Marketing, Inc. at the time of retraction exceeded \$50 million. They would be issued to Mr. Dunin or a corporation controlled by him, so that the economic benefit of the retraction amount of the Special Value Shares would accrue to Mr. Dunin.

*An unlimited number of Class C shares – the “New Common Shares”*

c. These were ordinary common shares. The economic benefit of the value of PMPL would accrue to the holders of the New Common Shares, except for the amount attributable to the retraction value of the Freeze Shares and the Special Value Shares. The New Common Shares would be issued to corporations controlled by two trusts resident in Barbados, one established for the benefit of Mr. Garron and his family, the other for the benefit of Mr. Dunin and his family.

[21] In March of 1998, Mr. Dunin caused Dunin Holdings Ltd. (Dunin Holdings) to be incorporated as an Ontario corporation. Mr. Dunin subscribed for the sole-issued common share. On April 1, 1998, Mr. Dunin transferred his common shares of PMPL to Dunin Holdings in exchange for 499 common shares of Dunin Holdings. An election was made under subsection 85(1)

juste valeur marchande des actions ordinaires en circulation immédiatement avant la réorganisation, les parties convenant à l’époque que la valeur de ces actions s’élevait à 50 millions de dollars. Les dividendes ne seraient versés sur les actions gelées que lors de leur rachat, le montant des dividendes s’accumulant entre la date à laquelle était demandé leur rachat et la date à laquelle le rachat avait effectivement lieu.

*100 actions de catégorie B – les « Actions à valeur spéciale »*

b. Ces actions ne devaient comporter aucun droit de vote et ne donner droit à aucun dividende. Elles seraient encaissables par anticipation (c.-à-d. remboursables au gré du détenteur) pour une somme correspondant à 10 p. 100 de l’écart entre la juste valeur marchande, au jour de leur encaissement, de l’ensemble des actions de PMPL et de Progressive Marketing, Inc. et 50 millions de dollars. Ces actions seraient émises à M. Dunin ou à une société contrôlée par lui, l’avantage financier procuré par l’encaissement des actions à valeur spéciale étant acquis à M. Dunin.

*Un nombre illimité d’actions de catégorie C – les « Nouvelles actions ordinaires »*

c. Ce sont des actions ordinaires classiques. L’avantage financier lié à la valeur de PMPL irait aux détenteurs de ces nouvelles actions ordinaires, sauf pour ce qui est des sommes correspondant à la valeur d’encaissement des actions gelées et des actions à valeur spéciale. Les nouvelles actions ordinaires seraient émises à des sociétés contrôlées par les deux fiducies qui résident à la Barbade, l’une créée au profit de M. Garron et de sa famille, et l’autre au profit de M. Dunin et de sa famille.

[21] En mars 1998, M. Dunin a fait constituer en société Dunin Holdings Ltd. (Dunin Holdings) sous le régime des lois de l’Ontario. M. Dunin a souscrit l’unique action ordinaire émise par cette nouvelle société. Le 1<sup>er</sup> avril 1998, M. Dunin a cédé ses actions ordinaires de PMPL à Dunin Holdings en contrepartie de 499 actions ordinaires de Dunin Holdings. En vertu

[as am by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 64; Sch. VIII, s. 35; 1995, c. 3, s. 22; c. 21, s. 53] of the *Income Tax Act* so that no capital gain arose on Mr. Dunin's disposition of the PMPL shares. At that point, the common shares of PMPL were owned as to 50 percent by Dunin Holdings and as to 50 percent by Garron Holdings.

[22] On April 2, 1998, Mr. Paul Ambrose, a resident of Kingstown, St. Vincent and a long-time friend of Mr. Garron, settled two trusts at the request of Mr. Garron and to accommodate him. One of the trusts was settled for the benefit of Mr. Garron and his family (the Fundy Settlement, which for ease of reference I will refer to as the "Garron Trust"). The other trust was settled for the benefit of Mr. Dunin and his family (the Summersby Settlement, which I will refer to as the "Dunin Trust"). The Crown has conceded that the Garron Trust and the Dunin Trust were validly constituted trusts in the sense that the "three certainties" required for a trust were present.

[23] The Garron Trust and the Dunin Trust were each settled with US\$100 of Mr. Ambrose's own funds, and he signed the trust indentures. Mr. Ambrose provided no input or instructions as to the content or terms of the trust indentures, but he reviewed them with a lawyer from St. Vincent and the Grenadines, Agnes E. Cato, who also witnessed his signature.

[24] It was planned that the Garron Trust would acquire the shares of a newly incorporated Ontario corporation, 1287333 Ontario Ltd. (New Garron Co) which in turn would acquire 800 of the New Common Shares of PMPL. The Dunin Trust would acquire the shares of another newly incorporated Ontario corporation, 1287325 Ontario Ltd. (New Dunin Co), which in turn would acquire 800 of the New Common Shares of PMPL as well as the 100 Special Value Shares of PMPL. As a result, the Dunin Trust (and thus Mr. Dunin and his family) would obtain the benefit of 10 percent of the increase in the value of PMPL in excess of the redemption value of the Freeze Shares, while any further increase in the value of PMPL would be shared equally

d'un choix effectué aux termes du paragraphe 85(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 64; ann. VIII, art. 35; 1995, ch. 3, art. 22; ch. 21, art. 53] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'aliénation, par M. Dunin, des actions de PMPL n'a donné lieu à aucun gain en capital. Dès lors, les actions ordinaires de PMPL appartenaient à 50 p. 100 à Dunin Holdings et à 50 p. 100 à Garron Holdings.

[22] Le 2 avril 1998, M. Paul Ambrose, résident de Kingstown (Saint-Vincent) et ami de longue date de M. Garron, a, à la demande de celui-ci et pour lui rendre service, constitué deux fiducies, l'une au profit de M. Garron et de sa famille (le Fundy Settlement, que, pour simplifier, je dénommerai la « fiducie Garron ») et l'autre au profit de M. Dunin et de sa famille (le Summersby Settlement, que je dénommerai la « fiducie Dunin »). La Couronne reconnaît que la fiducie Garron et la fiducie Dunin ont été valablement constituées, c'est-à-dire qu'étaient réunies les « trois certitudes » nécessaires à la constitution d'une fiducie.

[23] La fiducie Garron et la fiducie Dunin se sont chacune vu assigner la somme de 100 \$US, prélevée sur les fonds de M. Ambrose, qui a également signé les actes constitutifs de fiducie. M. Ambrose n'a aucunement participé à la rédaction des actes de fiducie, mais il les a examinés après coup avec une avocate de Saint-Vincent-et-les Grenadines, Agnes E. Cato, qui en outre a certifié la signature de M. Ambrose.

[24] Il était prévu que la fiducie Garron acquerrait les actions d'une société ontarienne nouvellement constituée, 1287333 Ontario Ltd. (la nouvelle société Garron) qui acquerrait, elle, 800 des nouvelles actions ordinaires de PMPL. La fiducie Dunin acquerrait les actions d'une autre société ontarienne nouvellement constituée, 1287325 Ontario Ltd. (la nouvelle société Dunin), qui, elle aussi acquerrait 800 des nouvelles actions ordinaires de PMPL ainsi que 100 actions à valeur spéciale de PMPL. Cela étant, la fiducie Dunin (donc M. Dunin et sa famille) aurait droit à 10 p. 100 de l'écart entre l'augmentation de la valeur de PMPL et la valeur de rachat des actions gelées, et toute nouvelle augmentation de la valeur de PMPL serait répartie à parts égales

by the Dunin Trust (benefiting Mr. Dunin and his family) and the Garron Trust (benefiting Mr. Garron and his family).

[25] The terms of the trust indentures that are relevant to these appeals are substantially the same except for the name of the trust and the identification of the beneficiaries. It is not necessary to recite all of the terms. A sufficiently accurate picture of the trust indentures emerges from the following summary:

a. The trustee was required to keep the trust property invested until the “division date” (any date chosen by the trustee or 80 years from the date of settlement, whichever occurred first), subject to the absolute discretion of the trustee to distribute some or all of the income to one or more beneficiaries, with any undistributed or unallocated income to be added to the capital.

b. The trustee had the absolute discretion to encroach on capital to or for the benefit of one or more of the beneficiaries, even to the extent of using all of the trust property.

c. On the division date, the property was to be divided and distributed as follows:

(i) in the case of the Garron Trust, equally among the children of Myron and Berna Garron or their children (subject to certain conditions relating to the age of the child at the division date); and

(ii) in the case of the Dunin Trust, to Mr. Dunin or, if he was not then living, equally to his children or their children (subject to certain conditions relating to the age of the child at the division date).

d. The trustee was precluded from distributing *in specie* the Class A shares of New Garron Co (in the case of the Garron Trust) or New Dunin Co (in the case of the Dunin Trust), but had the power at any time to convert those shares to cash or other property which could then

entre la fiducie Dunin (au profit de M. Dunin et sa famille) et la fiducie Garron (au profit de M. Garron et sa famille).

[25] Les conditions inscrites dans les actes constitutifs de fiducie qui nous intéressent en l’espèce sont essentiellement les mêmes dans les deux cas, à part le nom de la fiducie et celui des bénéficiaires. Il n’est pas nécessaire de les reprendre ici intégralement. Il suffit, pour bien faire comprendre la teneur des actes constitutifs, de les résumer de la manière suivante :

a. Le fiduciaire devait veiller à ce que les biens de la fiducie demeurent investis jusqu’à la « date de partage » (c.-à-d. la première des dates suivantes : soit toute date choisie par le fiduciaire, soit 80 ans après la date de constitution de la fiducie), le fiduciaire pouvant cependant, en vertu du pouvoir discrétionnaire absolu qui lui était reconnu, distribuer une partie ou la totalité du revenu à un ou plusieurs bénéficiaires, les sommes non distribuées ou non affectées venant s’ajouter au capital.

b. Le fiduciaire pouvait, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, effectuer des prélèvements sur le capital au profit de l’un ou de plusieurs bénéficiaires, voire utiliser l’intégralité des biens de la fiducie.

c. À la date de partage, les biens devaient être répartis de la manière suivante :

i) en ce qui concerne la fiducie Garron, à parts égales entre les enfants de Myron et Berna Garron ou leurs enfants (sous réserve de certaines conditions ayant trait à l’âge de l’enfant à la date de partage);

ii) en ce qui concerne la fiducie Dunin, à M. Dunin ou, s’il n’était plus en vie, à parts égales entre ses enfants ou leurs enfants (sous réserve de certaines conditions ayant trait à l’âge de l’enfant à la date de partage).

d. Le fiduciaire ne pouvait pas en soi distribuer les actions de catégorie A de la nouvelle société Garron (en ce qui concerne la fiducie Garron) ou de la nouvelle société Dunin (en ce qui concerne la fiducie Dunin), mais pouvait en tout temps les réaliser, en les vendant ou en les

be distributed in accordance with the general power of distribution.

e. Except for the specific prohibition relating to distribution *in specie* of the Class A shares of New Garron Co and New Dunin Co, the trustee was given broad powers to invest and to make payments and distributions in money or other property of the trust, and the power to retain or sell any property in any manner and on any terms.

f. The protector had the absolute discretion to remove a trustee and appoint a new trustee.

g. The protector could be removed and a new protector appointed by the majority of beneficiaries who had attained a specified age.

[26] As mentioned above, St. Michael Trust Corp. was the trustee of the Dunin Trust and the Garron Trust. St. Michael Trust Corp. was incorporated in Barbados and began its operations in 1987. At that time its shares were owned by the Barbados partners of the accounting firm Price Waterhouse, which later merged with Coopers & Lybrand. After the merger, the Barbados partners of the merged firm, PricewaterhouseCoopers, became the shareholders of St. Michael Trust Corp. Justice Woods referred to the Barbados partners of both the merged firm and its Price Waterhouse predecessor as “PwC-Barbados”, and I will do the same. The shares of St. Michael Trust Corp. were sold in 2002 and again in 2008, but those transactions are not relevant to any of the issues raised in this appeal.

[27] At all times relevant to this appeal, St. Michael Trust Corp. was licensed as a trustee under the *Financial Institutions Act* [L.R.O. 1997, c. 324A] of Barbados and regulated by the Central Bank of Barbados. It was subject to the *Trustee Act* [L.R.O. 1985, c. 250] of Barbados. Its sole business activity was the administration of trusts and acting as a trustee, which it carried on only in

échangeant contre d’autres biens qui pourraient alors être répartis en vertu de son pouvoir général de distribution.

e. Sauf en ce qui concerne l’interdiction précise concernant la distribution en soi des actions de catégorie A de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin, le fiduciaire était investi de larges pouvoirs lui permettant d’effectuer des placements, des versements et distributions d’argent ou d’autres biens de la fiducie, ainsi que de conserver ou de vendre tout bien de la manière et aux conditions laissées à son appréciation.

f. Le protecteur était investi d’un pouvoir discrétionnaire absolu en vertu duquel il pouvait destituer et remplacer le fiduciaire, et en nommer un nouveau.

g. Le protecteur pouvait lui-même être destitué et un nouveau protecteur nommé par une majorité des bénéficiaires ayant atteint l’âge prévu par les actes constitutifs.

[26] Nous avons vu que St. Michael Trust Corp. était fiduciaire des fiducies Dunin et Garron. St. Michael Trust Corp., société constituée sous le régime des lois de la Barbade, a été créée en 1987. À l’époque, ses actions étaient détenues par les associés barbadiens du cabinet de comptables Price Waterhouse, qui a plus tard fusionné avec Coopers & Lybrand. Après cette fusion, les associés barbadiens de la société née de cette fusion, PricewaterhouseCoopers, sont devenus actionnaires de St. Michael Trust Corp. La juge Woods a dénommé « PwC-Barbade » à la fois les associés barbadiens de la société issue de la fusion et Price Waterhouse, la société absorbée, et je ferais de même en l’espèce. Les actions de St. Michael Trust Corp. ont été vendues en 2002 et à nouveau en 2008, mais ces deux opérations n’ont rien à voir avec les questions soulevées dans le cadre du présent appel.

[27] Aux époques pertinentes en l’espèce, St. Michael Trust Corp. était autorisée à agir à titre de fiduciaire en vertu du *Financial Institutions Act* de la Barbade [L.R.O. 1997, ch. 324A], et soumise à la réglementation de la Banque centrale de la Barbade. Cette société était en outre soumise au *Trustee Act* de la Barbade [L.R.O. 1985, ch. 250]. Son unique activité commerciale était

Barbados. It had only one office, which was in Barbados. Its business records and the records of all of the trusts under its administration were in Barbados. Its board of directors met in Barbados.

[28] St. Michael Trust Corp. contends that at all relevant times, it was a resident of Barbados for purposes of the Barbados Tax Treaty. Justice Woods considered it unnecessary to reach a conclusion on that point and she declined to do so. However, there can be no doubt that, for the purposes of the Barbados Tax Treaty, St. Michael Trust Corp., in its own right and in relation to its own tax affairs, would be considered a resident of Barbados and not a resident of Canada. One of the issues raised in this appeal is whether, as a matter of law, the residence of St. Michael Trust Corp. is necessarily the same as the residence of the Garron Trust and the Dunin Trust. That point is addressed later in these reasons.

[29] At the time of the transactions in issue in this case, the acts of St. Michael Trust Corp. in its capacity as trustee of the Garron Trust and the Dunin Trust were fulfilled by Mr. Peter Jesson, a tax partner of PwC-Barbados and a director of St. Michael Trust Corp., and Mr. Jim Knott, the general manager of St. Michael Trust Corp. They had both retired by the time of the Tax Court hearing, and neither of them gave evidence.

[30] From 2003 until the time of the Tax Court hearing, the acts of St. Michael Trust Corp. in its capacity as trustee of the Garron Trust and the Dunin Trust were performed by Mr. Ian Hutchinson, the president and a director of St. Michael Trust Corp. Mr. Hutchinson's background was as an accountant with Coopers & Lybrand in Barbados. He moved to the trust division of PwC-Barbados in 1999 but until 2003, his involvement with the Trusts was limited to "investment recording". He gave evidence at the Tax Court hearing.

l'administration de fiducies et l'exercice de son rôle de fiduciaire, activité qu'elle n'exerçait qu'à la Barbade. Elle possédait un seul bureau, situé à la Barbade. Ses registres d'entreprise ainsi que les registres de toutes les fiducies qu'elle administrait se trouvaient à la Barbade, où se réunissait son conseil d'administration.

[28] St. Michael Trust Corp. soutient qu'aux époques en cause, elle était, aux fins de l'Accord fiscal avec la Barbade, résidente de la Barbade. La juge Woods a jugé superflu de se prononcer sur ce point, et elle s'est refusée à le faire. Il ne fait cependant aucun doute qu'aux fins de l'Accord fiscal avec la Barbade, St. Michael Trust Corp. est en soi, et pour ce qui est de sa propre situation fiscale, une résidente de la Barbade et non du Canada. Une des questions que soulève le présent appel est de savoir si, en droit, le lieu de résidence de St. Michael Trust Corp. est nécessairement le même que le lieu de résidence de la fiducie Garron et de la fiducie Dunin. Nous reviendrons ultérieurement sur la question.

[29] À l'époque où ont eu lieu les opérations qui retiennent ici l'attention de la Cour, les actes accomplis par St. Michael Trust Corp. en tant que fiduciaire des fiducies Garron et Dunin étaient le fait de M. Peter Jesson, associé fiscaliste de PwC-Barbade et l'un des administrateurs de St. Michael Trust Corp., et de M. Jim Knott, directeur général de St. Michael Trust Corp. À l'époque où l'affaire a été tranchée par la Cour de l'impôt, ils avaient déjà tous deux pris leur retraite et ni l'un ni l'autre n'a témoigné.

[30] Entre 2003 et la date de l'audition de la cause par la Cour de l'impôt, les actes accomplis par St. Michael Trust Corp., en sa qualité de fiduciaire de la fiducie Garron et de la fiducie Dunin, étaient le fait de M. Ian Hutchinson, président et l'un des administrateurs de St. Michael Trust Corp. M. Hutchinson avait avant cela été comptable au cabinet Coopers & Lybrand, à la Barbade. En 1999, il est passé à la division des fiducies de PwC-Barbade, mais jusqu'en 2003, son rôle en matière de fiducies ne consistait qu'à « enregistrer les placements ». Il a témoigné à l'audience devant la Cour de l'impôt.



[31] Mr. Jesson signed a memorandum dated April 9, 1998, with respect to the Garron Trust (the Fundy Settlement) that reads as follows:

It is the Trustee's intention, with respect to the Fundy Settlement (Trust) [the Garron Trust] as follows:

#### 1. Investment Policy

a. that the shares of 1287333 Ontario Limited [New Garron Co] be held until such time as the other shareholders of PMPL Holdings Inc., decide to sell their shares. At that time we will facilitate the sale of the shares of [New Garron Co];

b. any sale proceeds which arise from the sale of the shares of [New Garron Co] (and any other amounts received by the [Garron Trust] as a consequence of the realisation of any assets of [New Garron Co] or of any entity in which it has a direct or indirect interest) will be invested prudently with a view to the long term preservation of the capital of the [Garron Trust]; and

c. we will seek the investment advice of Myron Garron from time to time.

#### 2. Distribution Policy

a. that during the lifetime of Myron Garron the primary consideration in making distributions of income and capital should be the best interests of Myron Garron subject only to his wishes with respect to distributions to other beneficiaries;

b. if Myron Garron should die at a time we continue to hold assets under the terms of the [Garron Trust], distribution shall be made in view of the best interests of Myron Garron's widow during her lifetime, and thereafter the best interests of his issue, as defined in the [Garron Trust] deed.

[32] Mr. Jesson also signed a memorandum dated April 29, 1998, with respect to the Dunin Trust (the Summersby Settlement) which reads as follows:

#### 1. Investment Policy

a. the shares of 1287325 Ontario Limited [New Dunin Co] should be held until such time as the other shareholders of

[31] M. Jesson a apposé sa signature à une note, en date du 9 avril 1998, concernant la fiducie Garron (le Fundy Settlement) qui dit ceci :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le Fundy Settlement (la fiducie), l'intention du fiduciaire est la suivante :

#### 1. Politique de placement

a. les actions de 1287333 Ontario Limited [la nouvelle société Garron] seront détenues tant que les autres actionnaires de PMPL Holdings Inc. ne décideront pas de vendre leurs actions. À ce moment-là, nous faciliterons la vente des actions de [la nouvelle société Garron];

b. tout produit découlant de la vente des actions de [la nouvelle société Garron] (et tout autre montant reçu par la fiducie par suite de la réalisation de quelque actif de [la nouvelle société Garron] ou de quelque entité dans laquelle celle-ci a une participation directe ou indirecte) sera placé prudemment en vue de la préservation à long terme du capital de la fiducie;

c. nous demanderons de temps en temps des conseils à Myron Garron en matière de placement.

#### 2. Politique de distribution

a. durant la vie de Myron Garron, la principale considération, lorsque des montants seront distribués au titre du revenu et du capital, devrait consister à agir au mieux des intérêts de Myron Garron, sous réserve uniquement de ses vœux quant aux montants distribués à d'autres bénéficiaires;

b. dans l'éventualité où Myron Garron décéderait à un moment où nous détenons encore des actifs conformément aux conditions de la fiducie, les montants seront distribués au mieux des intérêts de la veuve de Myron Garron durant la vie de cette dernière et, par la suite, au mieux des intérêts des descendants de Myron Garron, conformément à la définition figurant dans l'acte de fiducie.

[32] M. Jesson a apposé sa signature à une note en date du 29 avril 1998 concernant la fiducie Dunin (le Summersby Settlement), qui prévoyait ceci :

[TRADUCTION]

#### 1. Politique de placement

a. Les actions de 1287325 Ontario Limited [la nouvelle société Dunin] seront détenues tant que les autres

PMPL Holdings Inc. decide to sell their shares. At that time, we, as the trustee, will facilitate the sale of our shares of [New Dunin Co];

b. any sale proceeds which arise from the sale of our shares of [New Dunin Co] (and any other amounts received by the [Dunin Trust] as a consequence of the realisation of any assets of [New Dunin Co] or of any entity in which it has a direct or indirect interest) will be invested prudently with a view to the long term preservation of the capital of the [Dunin Trust]; and

c. we, as trustee, may seek the investment advice of Andrew Dunin, from time to time.

## 2. Distribution Policy

During the lifetime of Andrew Dunin, the primary consideration in making distributions of income and capital should be the best interests of Andrew Dunin, subject only to his wishes with respect to distributions to other beneficiaries. If Andrew Dunin should die at a time when we, as trustee, continue to hold assets under the terms of the [Dunin Trust], distributions shall be made in view of the best interests of Andrew Dunin's widow during her lifetime, and thereafter the best interests of his issue (as defined in the Settlement Deed).

## 3. Power to Amend Trust

We, as trustee, will consult with Andrew Dunin each April (\*) to determine whether the provision of clauses 3.1(e)(iv) or 3.1(f) of the Settlement Deed should be amended to reflect any amendments which might have been made to the will of Andrew Dunin.

[33] On April 2, 1998, Mr. Julian Gill, another friend of Mr. Garron and the person named as the protector for the Trusts, lent each Trust US\$7 190. The terms of the loans stipulated a 10% rate of interest. The loan to the Dunin Trust was repayable upon the sale of its shares of New Dunin Co or the receipt of a dividend from New Dunin Co. The loan to the Garron Trust was repayable upon the sale of its shares of New Garron Co or the receipt of a dividend from New Garron Co. The events triggering the Trusts' obligations to repay the loans

actionnaires de PMPL Holdings Inc. ne décideront pas de vendre leurs actions. À ce moment-là, nous faciliterons, en notre qualité de fiduciaire, la vente des actions de [la nouvelle société Dunin];

b. tout produit découlant de la vente des actions de [la nouvelle société Dunin] (et tout autre montant reçu par la fiducie par suite de la réalisation de quelque actif de [la nouvelle société Dunin] ou de quelque entité dans laquelle celle-ci a une participation directe ou indirecte) sera placé prudemment en vue de la préservation à long terme du capital de la fiducie;

c. en notre qualité de fiduciaire, nous pourrions de temps en temps demander des conseils à Andrew Dunin en matière de placement.

## 2. Politique de distribution

Durant la vie d'Andrew Dunin, la principale considération, lorsque des montants seront distribués au titre du revenu et du capital, devrait consister à agir au mieux des intérêts d'Andrew Dunin, sous réserve uniquement de ses vœux quant aux montants distribués à d'autres bénéficiaires. Dans l'éventualité où Andrew Dunin décéderait à un moment où, en notre qualité de fiduciaire, nous détenons encore des actifs conformément aux conditions de [la fiducie Dunin], les montants seront distribués au mieux des intérêts de la veuve d'Andrew Dunin durant la vie de cette dernière et, par la suite, au mieux des intérêts des descendants d'Andrew Dunin (conformément à la définition figurant dans l'acte de fiducie).

## 3. Pouvoir de modification de la fiducie

En notre qualité de fiduciaire, nous consulterons Andrew Dunin au mois d'avril de chaque année (\*) en vue de décider si les clauses 3.1(e)(iv) ou 3.1(f) de l'acte de fiducie doivent être modifiées de façon à correspondre à toute modification apportée au testament d'Andrew Dunin.

[33] Le 2 avril 1998, M. Julian Gill, un autre ami de M. Garron, celui-là même qui a été nommé protecteur des fiducies, a accordé à chacune des deux fiducies un prêt de 7 190 \$US portant intérêt à 10 p. 100. Le prêt accordé à la fiducie Dunin était remboursable soit à la vente de ses actions à la nouvelle société Dunin, soit lorsque celle-ci verserait un dividende. Le prêt accordé à la fiducie Garron était remboursable à la vente de sections de la nouvelle société Garron ou lorsque celle-ci verserait un dividende. Les événements activant

(described below) occurred in August 2000, and the loans were repaid with interest at that time.

[34] On April 3, 1998, the Garron Trust acquired 1000 Class A and 1000 Class B shares of New Garron Co, and the Dunin Trust acquired 1000 Class A and 1000 Class B shares of New Dunin Co.

[35] On April 6, 1998, the following transactions occurred. The reorganization of the share capital of PMPL was completed as described above. 1000 Freeze Shares of PMPL were issued to replace the original common shares owned by Garron Holdings and Dunin Holdings, so that Garron Holdings and Dunin Holdings each became the owner of 500 Freeze Shares of PMPL. New Garron Co subscribed for 800 New Common Shares of PMPL for \$80. New Dunin Co subscribed for 100 Special Value Shares of PMPL for \$10 and 800 New Common Shares of PMPL for \$80.

[36] The value of the common shares of PMPL immediately before the April 6, 1998 reorganization was the subject of conflicting expert opinion in the Tax Court. For purposes of the reorganization the parties had valued them at \$50 million, based on a valuation opinion they obtained early in 1998. The Minister assumed, when reassessing the appellants, that the fair market value immediately before the reorganization was substantially more than \$50 million. The Crown's expert valued them at \$102 million.

[37] Justice Woods concluded, for reasons that are well explained, that the Minister's assumption had not been rebutted, but she did not consider it necessary to determine the value. Therefore, for purposes of this appeal, it must be taken as a fact that the pre-reorganization value was substantially more than \$50 million.

l'obligation pour les fiduciaires de rembourser ces deux prêts (décrits ci-dessous) sont survenus en août 2000, et les prêts ont alors été remboursés avec intérêts.

[34] Le 3 avril 1998, la fiducie Garron a acquis dans la nouvelle société Garron 1 000 actions de catégorie A et 1 000 actions de catégorie B, et la fiducie Dunin a acquis dans la nouvelle société Dunin 1 000 actions de catégorie A et 1 000 actions de catégorie B.

[35] Le 6 avril 1998, il a été procédé aux opérations suivantes. La réorganisation du capital social de PMPL, décrite plus haut, a été menée à bien. Mille actions gelées de PMPL ont été émises en remplacement des actions ordinaires que possédaient au départ Garron Holdings et Dunin Holdings, Garron Holdings et Dunin Holdings devenant chacune propriétaire de 500 actions gelées de PMPL. La nouvelle société Garron a souscrit 800 nouvelles actions ordinaires de PMPL au prix de 80 \$, alors que la nouvelle société Dunin a souscrit au prix de 10 \$, 100 actions à valeur spéciale de PMPL et au prix de 80 \$, 800 nouvelles actions ordinaires de PMPL.

[36] La valeur des actions ordinaires de PMPL juste avant la réorganisation du 6 avril 1998 a, devant la Cour de l'impôt, fait l'objet d'opinions divergentes de la part des experts. Aux fins de la réorganisation, les parties leur avaient attribué une valeur de 50 millions de dollars, conformément à une opinion sur l'appréciation de la valeur obtenue au début de 1998. Dans son calcul de la nouvelle cotisation des appelantes, le ministre s'est fondé sur l'hypothèse que la juste valeur marchande de ces actions, juste avant la réorganisation, était sensiblement supérieure à 50 millions de dollars. L'expert appelé par la Couronne leur a en effet attribué une valeur de 102 millions de dollars.

[37] Pour des raisons qu'elle a bien expliquées, la juge Woods a conclu que l'hypothèse retenue par le ministre n'avait pas été réfutée, mais elle n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur la valeur des actions à l'époque. Aux fins du présent appel, nous pouvons considérer comme acquis qu'au moment de la réorganisation, les actions en question avaient une valeur sensiblement supérieure à 50 millions de dollars.

[38] As a practical matter, that means that the redemption value of the Freeze Shares was fixed at an amount, \$50 million, that was less than their actual value, resulting in a shift in the value of PMPL from the holders of the Freeze Shares (Garron Holdings and Dunin Holdings) to the holders of the New Common Shares (the Trusts). The articles of incorporation of PMPL contain a provision that would have adjusted the redemption value of the Freeze Shares upon a determination by a taxing authority or a court that the fair market value of the Freeze Shares was some amount other than \$50 million, but that clause was never in play because no such determination was made.

[39] After the reorganization, the companies owned by PMPL continued to operate, apparently with substantial success. During the first half of 1999, negotiations occurred in an attempt to sell PMPL to a Swiss company at Mr. Dunin's then estimated value of \$400 million, but those negotiations did not succeed. In approximately June of 1999, Mr. Dunin retained Mr. Timothy W. Carroll of the Chicago office of Arthur Anderson to find a buyer and manage the sale. An equity firm based in New York, Oak Hill Capital Partners, L.P., expressed an interest and, in August of 2000, acquired indirect interests in PMPL through a Canadian corporation, 1424666 Ontario Ltd. (the Purchaser). It is common ground that the Purchaser dealt at arm's length with St. Michael Trust Corp., Mr. Dunin and Mr. Garron.

[40] It seems to have been accepted by all parties that in 2000, the value of PMPL was approximately \$532 million. It was intended that the Purchaser would acquire indirect interests in PMPL for approximately \$482 million, and Mr. Dunin and the Dunin Trust would retain indirect interests in PMPL valued in total at approximately \$50 million.

[41] This was achieved through the following transactions. The Garron Trust sold all of its shares of New Garron Co to the Purchaser for approximately

[38] Cela veut dire, en pratique, que la valeur de rachat des actions gelées a été fixée à 50 millions de dollars, c'est-à-dire à une somme inférieure à leur valeur véritable, ce qui a eu pour effet de transférer une partie de la valeur de PMPL des détenteurs d'actions gelées (Garron Holdings et Dunin Holdings) aux détenteurs des nouvelles actions ordinaires (les fiducies). Les statuts de PMPL contiennent une disposition permettant d'ajuster la valeur de rachat des actions gelées au cas où un tribunal ou les autorités fiscales décideraient que la juste valeur marchande des actions gelées était autre que 50 millions de dollars, mais cette clause n'a jamais été invoquée étant donné qu'une telle décision n'a jamais été prise.

[39] Après la réorganisation, les sociétés appartenant à PMPL ont continué à exercer leurs activités, avec un succès considérable, semble-t-il. Au cours de la première moitié de 1999, des négociations ont été engagées en vue de vendre PMPL à une entreprise suisse au prix, selon un calcul effectué par M. Dunin, de 400 millions de dollars, mais ces négociations n'ont pas abouti. Vers le mois de juin 1999, M. Dunin a retenu les services de M. Timothy W. Carroll, du bureau d'Arthur Anderson, à Chicago, le chargeant de trouver un acheteur et de mener la vente. Une société gérant un fonds d'investissement basée à New York, Oak Hill Capital Partners, L.P., a manifesté son intérêt et, en août 2000, a pris une participation indirecte dans PMPL par l'intermédiaire d'une société canadienne, 1424666 Ontario Ltd. (l'acheteur). Les parties s'accordent pour reconnaître que l'opération entre l'acheteur et St. Michael Trust Corp., M. Dunin et M. Garron n'était marquée par aucun lien de dépendance.

[40] Il semble avoir été convenu par toutes les parties qu'en 2000, la valeur de PMPL s'élevait à environ 532 millions de dollars. Il était prévu que l'acheteur acquerrait dans PMPL une participation indirecte évaluée à environ 482 millions de dollars et que M. Dunin et la fiducie Dunin conserveraient, dans PMPL, une participation indirecte d'une valeur totale d'environ 50 millions de dollars.

[41] Ce résultat a été atteint par le biais des opérations ci-après exposées. La fiducie Garron a, au prix d'environ 217 millions de dollars, vendu à l'acheteur toutes ses

\$217 million. The Dunin Trust sold 907 of its 1000 Class A shares and 907 of its 1000 Class B shares of New Dunin Co (90.7 percent of the shares) to the Purchaser for approximately \$240 million. The shareholders of Garron Holdings (which owned 500 Freeze Shares of PMPL) sold all of their shares of Garron Holdings to the Purchaser for \$25 million. Dunin Holdings exchanged its 500 Freeze Shares of PMPL for shares of the Canadian parent corporation of the Purchaser valued at \$25 million.

[42] After these sales were completed, the Purchaser indirectly held substantially all of PMPL, for which it had paid approximately \$482 million. Its indirect interests in PMPL were represented by all of the shares of Garron Holdings which owned 500 Freeze Shares of PMPL (valued at approximately \$25 million), all of the shares of New Garron Co which owned 800 New Common Shares of PMPL (valued at approximately \$217 million), and 907 Class A and 907 Class B shares of New Dunin Co which owned the 100 Special Value Shares and 800 New Common Shares of PMPL (valued at approximately \$240 million).

[43] Mr. Dunin's retained indirect interests in PMPL were represented by his continued ownership of the shares of Dunin Holdings, which owned newly issued shares of the Purchaser's parent corporation (valued at approximately \$25 million). That parent corporation in turn owned 500 Freeze Shares of PMPL and a controlling interest in the Purchaser, which in turn owned or controlled the remaining shares of PMPL. Mr. Dunin was also a discretionary beneficiary of the Dunin Trust, which retained a 9.3% equity interest in New Dunin Co valued at approximately \$25 million (represented by 93 Class A and 93 Class B shares of New Dunin Co, which owned the 100 Special Value Shares and 800 New Common Shares of PMPL).

actions dans la nouvelle société Garron. La fiducie Dunin a, au prix d'environ 240 millions de dollars, vendu à l'acheteur 907 de ses 1 000 actions de catégorie A et 907 de ses 1 000 actions de catégorie B de la nouvelle société Dunin (soit 90,7 p. 100 des actions émises). Les actionnaires de Garron Holdings (qui possédaient 500 actions gelées de PMPL) ont vendu à l'acheteur, au prix de 25 millions de dollars, toutes leurs actions dans Garron Holdings. Dunin Holdings a échangé ses 500 actions gelées de PMPL contre des actions de la société mère canadienne appartenant à l'acheteur évaluées à 25 millions de dollars.

[42] Après ces diverses ventes, l'acheteur possédait indirectement la totalité ou presque de PMPL, qu'il avait acquise pour environ 482 millions de dollars. Sa participation indirecte dans PMPL comprenait l'intégralité des actions de Garron Holdings, qui possédait 500 actions gelées de PMPL (d'une valeur d'environ 25 millions de dollars), toutes les actions de la nouvelle société Garron, propriétaire de 800 nouvelles actions ordinaires de PMPL (d'une valeur d'environ 217 millions de dollars), et 907 actions de catégorie A et 907 actions de catégorie B de la nouvelle société Dunin, propriétaire de 100 actions à valeur spéciale et de 800 nouvelles actions ordinaires de PMPL (d'une valeur d'environ 240 millions de dollars).

[43] La participation indirecte que M. Dunin conservait dans PMPL était constituée des actions qu'il continuait à posséder dans Dunin Holdings, propriétaire des actions nouvelles émises par la société mère de l'acheteur (évaluées à environ 25 millions de dollars). Cette société mère possédait, elle, 500 actions gelées de PMPL ainsi qu'une participation majoritaire dans la société de l'acheteur qui, à son tour, possédait ou contrôlait le reste des actions de PMPL. M. Dunin était en outre un bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie Dunin, qui conservait une participation de 9,3 p. 100 dans la nouvelle société Dunin, participation évaluée à environ 25 millions de dollars (et constituée de 93 actions de catégorie A et de 93 actions de catégorie B de la nouvelle société Dunin, propriétaire de 100 actions à valeur spéciale et de 800 nouvelles actions ordinaires de PMPL).

[44] The sales by the Garron Trust and the Dunin Trust of the shares of New Garron Co and New Dunin Co, respectively, gave rise to the capital gains that are the subject of the income tax assessments under appeal. Those gains were not subject to tax in Barbados. Because the shares of New Garron Co and New Dunin Co were acquired at a nominal cost, the capital gains were determined for Canadian income tax purposes to be approximately \$217 million for the Garron Trust and approximately \$240 million for the Dunin Trust. The capital gain inclusion rate at the relevant time was 2/3, so that the taxable amounts were approximately \$145 million for the Garron Trust and approximately \$160 million for the Dunin Trust.

[45] In addition to the facts summarized above relating to the transactions underlying the assessments under appeal, Justice Woods concluded that the role of St. Michael Trust Corp. was, by mutual agreement, more limited than the text of the trust indentures would suggest. Her findings in this respect are explained fully in paragraphs 189 to 262 of her reasons. The appellant argues that Justice Woods made a palpable and overriding error in concluding that the Trusts were controlled and managed by anyone other than St. Michael Trust Corp. Justice Woods's specific factual findings on this issue and her reasons are discussed in the analysis below.

[46] The Purchaser, in compliance with section 116 [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 133; 2001, c. 17, ss. 91, 212] of the *Income Tax Act*, withheld from the proceeds of sale approximately \$72 million in respect of the purchase of the shares of New Garron Co from the Garron Trust and approximately \$80 million in respect of the purchase of the shares of New Dunin Co from the Dunin Trust. The withheld amounts were remitted to the Minister to be credited to the Garron Trust and the Dunin Trust respectively.

[44] Les ventes, par la fiducie Garron et la fiducie Dunin, des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin, respectivement, ont produit les gains en capital visés par les cotisations d'impôt dont il est fait appel en l'espèce. Ces gains n'étaient pas imposables à la Barbade. Étant donné que les actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin avaient été acquises à peu de frais, le montant des gains en capital a été, aux fins de l'impôt canadien sur le revenu, évalué à environ 217 millions de dollars pour la fiducie Garron et à environ 240 millions de dollars pour la fiducie Dunin. À l'époque en question, l'impôt sur les gains en capital frappait les deux tiers des gains en question et, par conséquent, les montants imposables étaient d'environ 145 millions de dollars pour la fiducie Garron et d'environ 160 millions de dollars pour la fiducie Dunin.

[45] Outre les faits résumés ci-dessus concernant les opérations à l'origine des cotisations dont il est fait appel, la juge Woods a conclu que le rôle joué dans tout cela par St. Michael Trust Corp. était, par consentement des parties, plus restreint que ne porteraient à le penser les actes de fiducie. Ses conclusions à cet égard sont exposées de manière détaillée aux paragraphes 189 à 262 de ses motifs. Selon l'appelante, la juge Woods aurait commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les fiducies étaient contrôlées et administrées par quelqu'un d'autre que St. Michael Trust Corp. Les conclusions de fait auxquelles est parvenue la juge Woods sur ce point et les motifs qu'elle a exposés à leur appui sont analysés ci-dessous.

[46] L'acheteur a, conformément à l'article 116 [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 133; 2001, ch. 17, art. 91, 212] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, retenu, sur les sommes revenant à la fiducie Garron, environ 72 millions de dollars sur le produit de l'achat des actions de la nouvelle société Garron et environ 80 millions de dollars sur la somme revenant à la fiducie Dunin à l'occasion de l'achat des actions de la nouvelle société Dunin. Les sommes ainsi retenues ont été versées au ministre pour être portées au crédit de la fiducie Garron et de la fiducie Dunin respectivement.

[47] St. Michael Trust Corp. took the position that, because the Garron Trust and the Dunin Trust were residents of Barbados for purposes of the Barbados Tax Treaty, their capital gains were exempt from income tax in Canada because of paragraph 4 of Article XIV. In order to claim refunds of the amounts withheld and remitted by the Purchaser, St. Michael Trust Corp. filed income tax returns for the Garron Trust and the Dunin Trust. The capital gains were disclosed in those returns and claims for a treaty exemption were asserted.

[48] The Minister rejected the claims for exemption and assessed St. Michael Trust Corp. accordingly. St. Michael Trust Corp. objected to the assessments without success, and appealed to the Tax Court of Canada again without success. I summarize as follows the key conclusions reached by Justice Woods:

a. In determining residence for purposes of the *Income Tax Act*, the established test of residence applicable to corporations should be applied, so that a trust is resident in the country where its central management and control is exercised. In relation to the Trusts, the essential responsibility for decision making was intended from the outset to be exercised, and was in fact exercised, by Mr. Dunin and Mr. Garron, not St. Michael Trust Corp. Therefore, the central management and control of the Trusts was located in Canada, and the Trusts were resident in Canada.

b. As to the Crown's alternative arguments:

i. the Trusts were not deemed to be resident in Canada by virtue of section 94 of the *Income Tax Act* because the contribution test was not met;

ii. even if the Trusts were deemed to be resident in Canada by virtue of section 94, they could not be considered "residents of Canada" as defined in the Barbados Tax Treaty because section 94 does not impose tax liability on a deemed resident trust on the same comprehensive basis as a trust that is actually

[47] St. Michael Trust Corp. a fait valoir que comme la fiducie Garron et la fiducie Dunin étaient, aux fins de l'Accord fiscal avec la Barbade, des résidentes de la Barbade, leurs gains en capital étaient exonérés d'impôt au Canada au titre du paragraphe 4 de l'article XIV. Demandant le remboursement des sommes retenues et versées au fisc par l'acheteur, St. Michael Trust Corp. a rempli, pour la fiducie Garron et la fiducie Dunin, des déclarations d'impôt sur le revenu. Ces déclarations faisaient état des gains en capital réalisés et invoquaient l'exonération fiscale prévue par l'Accord.

[48] Le ministre a rejeté les demandes d'exonération et établi en conséquence les cotisations de St. Michael Trust Corp. Celle-ci a en vain contesté ces cotisations et a également en vain interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Voici, en résumé, les principales conclusions auxquelles est parvenue la juge Woods :

a. Pour décider, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, du lieu de résidence, il convient de retenir le critère applicable à cet égard aux sociétés, à savoir une fiducie est considérée comme résidente du pays où est situé son centre de gestion et de contrôle. En ce qui concerne les fiducies en cause, il était dès le départ prévu qu'en matière de décisions, les responsabilités essentielles seraient, et ont effectivement été, exercées par M. Dunin et M. Garron, et non par St. Michael Trust Corp. Par conséquent, le centre de gestion et de contrôle des fiducies se trouvait au Canada et les fiducies étaient résidentes du Canada.

b. En ce qui concerne les arguments subsidiaires avancés par la Couronne :

i. les fiducies n'étaient pas réputées résidentes du Canada aux termes de l'article 94 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* étant donné qu'elles ne répondaient pas au critère de la contribution;

ii. même si les fiducies avaient été réputées résider au Canada aux termes de l'article 94, elles ne pouvaient pas être considérées comme des « résidentes du Canada » aux termes de l'Accord fiscal avec la Barbade, car l'article 94 n'assujettit pas aussi complètement à l'impôt une fiducie réputée résider au

resident in Canada (*Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802); and

iii. the assessments under appeal cannot be justified by the general anti-avoidance rule. It is not an abuse of the Barbados Tax Treaty to vest property in a trust with its residence in Barbados in a manner that avoids the operation of section 94. Generally, a tax treaty is intended to override the *Income Tax Act*, and there is nothing in the statutory context to indicate that the Barbados Tax Treaty was not intended to override the *Income Tax Act* in the circumstances of this case.

[49] St. Michael Trust Corp. now appeals to this Court on the first issue summarized above. The Crown argues that Justice Woods was correct on the first issue, but if she was wrong on that issue, she was also wrong in rejecting the Crown's alternative arguments.

#### Issues

[50] I summarize as follows the issues raised in these appeals:

a. *Residence under general legal principles*: Did Justice Woods err in law or fact in concluding that, for the purposes of the *Income Tax Act*, the Trusts were resident in Canada in 2000? If not, then the appeals cannot succeed. Otherwise, it will be necessary to consider question b.

b. *Deemed residence under subsection 94(1)*:

i. Did Justice Woods err in law in concluding that the deemed residence rule in subsection 94(1) of the *Income Tax Act* did not apply to the Trusts in 2000? If so, then it will be necessary to consider question bii.

Canada qu'une fiducie qui y réside effectivement (*Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802);

iii. les cotisations dont il est fait appel en l'espèce ne sauraient se justifier au titre de la disposition générale anti-évitement. Ce n'est nullement abuser des dispositions de l'Accord fiscal avec la Barbade que de céder des biens à une fiducie résidant à la Barbade de manière à les soustraire à l'article 94. D'une manière générale, un accord fiscal est censé l'emporter sur les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et on ne trouve rien dans la loi qui indique que le législateur n'ait pas voulu que l'Accord fiscal avec la Barbade l'emporte sur les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans des circonstances comme celles de l'espèce.

[49] St. Michael Trust Corp. interjette appel devant notre Cour sur la première question résumée ci-dessus. La Couronne soutient que, sur le premier point, la juge Woods avait raison, mais que si elle avait tort à cet égard, elle a également eu tort de rejeter les arguments subsidiaires avancés par la Couronne.

#### Questions en litige

[50] Voici comment se résument les questions soulevées en l'espèce :

a. *Le lieu de résidence selon les principes juridiques applicables* : la juge Woods a-t-elle commis une erreur de droit ou de fait en concluant qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les fiducies en cause étaient des résidentes du Canada en 2000? Si la réponse est non, les appels doivent être rejetés. Si oui, il est nécessaire de se pencher sur la question b.

b. *Résidence réputée aux termes du paragraphe 94(1)* :

i. La juge Woods a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que la règle de la résidence réputée que prévoit le paragraphe 94(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas en 2000 aux fiducies en



If Justice Woods made no error on this point, then it will be necessary to consider question c.

ii. If the Trusts were deemed to be resident in Canada by virtue of subsection 94(1), were they nevertheless “residents of Barbados” and not “residents of Canada” for the purposes of the Barbados Tax Treaty, and thus entitled to the benefit of the exemption in paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty? If not, the appeals cannot succeed. If so, it will be necessary to consider question c.

c. *The general anti-avoidance rule*: If the Trusts were not resident in Canada and were residents of Barbados for purposes of the Barbados Tax Treaty, does GAAR nevertheless justify the assessments under appeal? If so, the appeals cannot succeed.

[51] For the reasons that follow, I have concluded that these appeals should be dismissed. I agree with Justice Woods that a central management and control test, as described below, should be applied in determining the residence of the Trusts. In my view, it was reasonably open to her to conclude on the basis of the record that for the purposes of the *Income Tax Act*, the Trusts were resident in Canada in 2000.

### Analysis

#### *Residence of the Trusts under general legal principles*

[52] Canada, like many countries, has chosen residence as the principal basis for imposing income tax. The policy reason for that choice, as explained by Professor Vern Krishna (*The Fundamentals of Income Tax Law*, Toronto: Carswell, 2009, at page 85), is that a person who enjoys the legal, political and economic benefits of association with Canada should bear the appropriate share of the costs of association.

cause? Si la réponse est oui, il faudra se pencher sur la question bii. Si la juge Woods n’a commis aucune erreur sur ce point, il y aura lieu de se pencher sur la question c.

ii. Si, en vertu du paragraphe 94(1), les fiducies étaient réputées résider au Canada, étaient-elles néanmoins des « résidentes de la Barbade » et non des « résidentes du Canada » aux fins de l’Accord fiscal avec la Barbade, et avaient-elles alors droit à l’exonération prévue au paragraphe 4 de l’article XIV de l’Accord fiscal avec la Barbade? Si la réponse est non, les appels doivent être rejetés. Si la réponse est oui, il y a lieu de se pencher sur la question c.

c. *La disposition générale anti-évitement* : Si les fiducies ne résidaient pas au Canada et étaient, aux fins de l’Accord fiscal avec la Barbade, des résidentes de la Barbade, la DGAE justifie-t-elle néanmoins les cotisations en cause en l’espèce? Si la réponse est oui, les appels doivent être rejetés.

[51] Pour les motifs qui suivent, je conclus que les présents appels devraient être rejetés. À l’instar de la juge Woods, j’estime qu’il y a lieu, pour trancher la question de la résidence des fiducies, d’appliquer le critère du centre de gestion et de contrôle. Je considère qu’au vu du dossier, la juge Woods a pu raisonnablement conclure qu’aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, les fiducies résidaient au Canada en 2000.

### Analyse

#### *La résidence des fiducies selon les principes juridiques applicables*

[52] Comme de nombreux pays, le Canada a fait du lieu de résidence le principal fondement de son régime d’imposition. Comme l’explique le professeur Vern Krishna (*The Fundamentals of Income Tax Law*, Toronto : Carswell, 2009, à la page 85), le Canada en a décidé ainsi au vu du principe voulant que ceux qui bénéficient des avantages juridiques, politiques et économiques que leur assure un lien avec le Canada devraient supporter une part correspondante des coûts de cette association.

[53] Generally, the residence of a person is a question of fact, the determination of which requires consideration of any number of factors that point to or away from an economic or social link between the person and a particular country. For example, in the case of an individual, the relevant factors could include nationality, physical presence, location of the family home, location of business and social interests, mode of family life, and social connections through birth or marriage (a more detailed list of specific factors can be found in Krishna, at pages 88–91). Some specific legal principles for determining residence may come into play in certain circumstances, but none that eliminate the need for full consideration of all of the relevant facts.

[54] As to the residence of a corporation, it was determined over 100 years ago that in considering that question, the jurisprudence relating to the residence of an individual was instructive. In the leading case of *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.), Lord Loreburn said this (at page 458):

In applying the conception of residence to a company, we ought, I think, to proceed as nearly as we can upon the analogy of an individual. A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see where it really keeps house and does business. An individual may be of foreign nationality, and yet reside in the United Kingdom. So may a company. Otherwise it might have its chief seat of management and its centre of trading in England under the protection of English law, and yet escape the appropriate taxation by the simple expedient of being registered abroad and distributing its dividends abroad. The decision of Kelly C.B. and Huddleston B. in the *Calcutta Jute Mills v. Nicholson* and the *Cesena Sulphur Co. v. Nicholson* ((1876) 1 Ex. D. 428), now thirty years ago, involved the principle that a company resides for purposes of income tax where its real business is carried on. Those decisions have been acted upon ever since. I regard that as the true rule, and the real business is carried on where the central management and control actually abides.

[53] En général, le lieu de résidence est une simple question de fait, qui va dépendre d'un certain nombre de facteurs portant à conclure ou non à l'existence d'un lien économique ou social entre la personne en question et tel ou tel pays. S'agissant d'un particulier, par exemple, les facteurs à prendre en compte comprennent notamment la nationalité, la présence physique, le lieu où se trouve le domicile familial, le lieu où s'expriment des intérêts commerciaux ou sociaux, le mode de vie de la famille, les liens sociaux découlant de la naissance ou du mariage (une liste plus détaillée des divers facteurs se trouve dans l'ouvrage du professeur Krishna, aux pages 88 à 91). Certains principes juridiques précis permettant de se prononcer sur la question de la résidence peuvent s'appliquer dans certaines circonstances, mais aucun de ces principes n'élimine le besoin de prendre pleinement en compte l'ensemble des faits pertinents.

[54] En ce qui concerne le lieu de résidence d'une société, il a été décidé il y a plus de 100 ans qu'à cet égard, on peut utilement s'inspirer de la jurisprudence relative à la résidence d'un particulier. Dans l'arrêt de principe *De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.), le lord Loreburn (à la page 458) s'est exprimé en ces termes sur ce point :

[TRADUCTION] En appliquant la notion de résidence à une société, nous devons à mon avis faire le plus possible une analogie avec les particuliers. Une société ne peut pas manger ou dormir, mais elle peut avoir un siège et faire des affaires. Nous devrions donc nous demander où elle a réellement son siège et où elle fait réellement des affaires. Un particulier peut être de nationalité étrangère, tout en résidant au Royaume-Uni. Il en va de même pour une société. Si ce n'était pas le cas, le siège de la direction et le centre des activités commerciales de la société pourraient se trouver en Angleterre sous la protection du droit anglais, tout en échappant à l'impôt approprié du simple fait que la société est enregistrée à l'étranger et qu'elle distribue ses dividendes à l'étranger. La décision rendue par le baron en chef Kelly et par le baron Huddleston dans les affaires *Calcutta Jute Mills v. Nicholson* et *Cesena Sulphur Co. v. Nicholson* ((1876) 1 Ex. D. 428), il y a maintenant trente ans, portait sur le principe selon lequel une société réside, aux fins de l'impôt sur le revenu, là où elle fait réellement des affaires. Il a depuis lors été donné suite à ces décisions. J'estime qu'il s'agit de la règle à suivre, et que les affaires se font réellement là où se trouve effectivement le centre de gestion et de contrôle.

It remains to be considered whether the present case falls within that rule. This is a pure question of fact to be determined, not according to the construction of this or that regulation or bye-law, but upon a scrutiny of the course of business and trading.

[55] It remains the case to this day that, for income tax purposes, the residence of a corporation is determined primarily by finding the location of the corporation's central management and control, which is a question of fact. The relevant factors include the legal *indicia* of the place where the corporation's management and control should be exercised (as disclosed, for example, by the corporation's governing law and constating documents). Where a corporation is actually managed and controlled by its directors in the manner contemplated by its governing law, the residence of a corporation usually will be determined as the place where the corporate directors exercise their management and control responsibilities.

[56] However, that may not be the result if the facts disclose that the corporation is not in fact managed and controlled as its governing law requires. In that regard it is relevant to consider the nature of the decision-making authority actually exercised by the directors. If significant management decisions are in fact taken by a person who is not a director, the place where that person resides or operates may be determined to be the residence of the corporation. Thus, for example, if it is established that management and control is exercised in fact by a shareholder operating out of another country, the corporation may be found to be resident where the shareholder resides: see *Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock (Inspector of Taxes)*, [1960] A.C. 351 (H.L.).

[57] There is very little jurisprudence relating to the determination of the residence of a trust for tax purposes. Justice Woods reviewed the jurisprudence and concluded, correctly in my view, that there is no case law establishing a single test for determining the residence of a trust. She also concluded that "the judge-made test of residence that has been established for corporations should also apply to trusts, with such modifications as are appropriate" (reasons, paragraph 162). I agree with her, substantially for the reasons she gave.

Il reste à décider si cette règle s'applique à la présente affaire. Il s'agit d'une simple question de fait à trancher, non selon l'interprétation d'un règlement administratif ou autre quelconque, mais en examinant le cours des activités de l'entreprise et des opérations commerciales.

[55] Il reste qu'aujourd'hui, aux fins de l'impôt sur le revenu, la résidence d'une société va essentiellement dépendre du lieu où se trouve le centre de gestion et de contrôle de l'entreprise, une question de fait. Les facteurs à prendre en compte comprennent les indices juridiques du lieu où s'exercent la gestion et le contrôle de l'entreprise (selon, par exemple, les statuts et actes constitutifs de l'entreprise). Lorsqu'une société est effectivement gérée et contrôlée par ses administrateurs selon ce que prévoient les statuts de l'entreprise, le domicile de l'entreprise est généralement le lieu où les administrateurs exercent leurs responsabilités en matière de gestion et de contrôle.

[56] Il peut, cependant, ne pas en être ainsi lorsque les faits démontrent que la société n'est pas en fait gérée et contrôlée de la manière prévue par ses statuts. Il convient, à cet égard, d'examiner la nature du pouvoir décisionnel effectivement exercé par les administrateurs. Si, en matière de gestion, d'importantes décisions sont en fait prises par quelqu'un qui n'est pas administrateur de la société, il se peut que le lieu où cette personne réside ou exerce ses activités puisse être considéré comme le lieu de résidence de la société. Ainsi, par exemple, si l'on démontre que la gestion et le contrôle sont en fait exercés par un actionnaire installé dans un autre pays, il pourrait être jugé que la société est résidente du lieu de résidence de cet actionnaire : voir *Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock (Inspector of Taxes)*, [1960] A.C. 351 (H.L.).

[57] La jurisprudence est rare sur la question de la détermination, aux fins de l'impôt, du lieu de résidence d'une fiducie. La juge Woods s'est livrée à un examen de cette jurisprudence et a conclu, à bon droit selon moi, à l'absence de jurisprudence établissant un critère unique qui permette de décider du lieu de résidence d'une fiducie. Elle a conclu en outre que « le critère judiciaire de la résidence qui a été établi pour les sociétés doit également s'appliquer aux fiducies, avec les modifications qui s'imposent » (motifs, paragraphe 162). Je

[58] Some learned writers on tax matters have expressed the opinion that the residence of a trust is determined solely by the residence of the trustee, citing cases where the residence of a trust has been found to be the place where the trustee resides (or, in one case, in the place where the majority of the trustees reside, the trust indenture having permitted the majority to act for the trust: see *Thibodeau Family Trust v. The Queen*, [1978] CTC 539 (F.C.T.D.)).

[59] However, no case has established that the residence of the trustee is an invariable legal test for the residence of the trust. Nor has any case rejected conclusively the central management and control test as an appropriate legal test for the residence of a trust in a situation where it was found, for example, that someone other than the trustee exercised management and control of the trust property, or that the trustee resided in one place but exercised the management and control of the trust property in another place.

[60] Certain comments in *Thibodeau* have sometimes been taken as a rejection of the corporate test of residence for a trust. In fact the Crown had submitted in that case that the central management and control test should be applied, and that submission was rejected. However, the comments that are most often cited in support of a blanket rejection of the central management and control test for a trust were made in the context of a narrower submission to the effect that the trust could have been resident in two places because one trustee lived in Canada and two lived in Bermuda. What the Judge said (at page 553) is this:

As to the submission that the Court in this case, even if it also finds that the Trust has a residence in Bermuda, it should find that it has a residence in Canada in that part of the paramount or supreme authority in relation to the management of

suis de son avis, essentiellement pour les motifs qu'elle a exposés.

[58] Certains fiscalistes chevronnés estiment que le lieu de résidence d'une fiducie doit être déterminé uniquement en fonction du lieu de résidence du fiduciaire, citant à l'appui de cette thèse des jugements en ce sens (ainsi qu'une affaire où la Cour a retenu le lieu de résidence d'une majorité des fiduciaires, l'acte constitutif de la fiducie permettant en l'occurrence à une majorité de ceux-ci d'agir au nom de la fiducie : voir *Thibodeau (Fiducie de la famille) c. La Reine*, [1978] A.C.F. n° 607 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)).

[59] Aucun précédent n'a cependant établi que le lieu de résidence du fiduciaire est le critère juridique qui s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu de résidence de la fiducie. Aucun précédent n'a non plus rejeté de manière concluante le critère du centre de gestion et de contrôle en tant que critère juridique permettant de décider du lieu de résidence d'une fiducie dans l'hypothèse où, par exemple, la gestion et le contrôle des biens de la fiducie sont exercés par quelqu'un d'autre que le fiduciaire, ou que le fiduciaire est domicilié à un endroit, mais qu'il exerce dans un autre endroit la gestion et le contrôle des biens de la fiducie.

[60] Certains passages de la décision *Thibodeau* sont parfois tenus comme rejetant, en ce qui concerne les fiducies, le critère permettant normalement de déterminer le lieu de résidence d'une entreprise. Dans cette affaire, la Couronne faisait valoir qu'il convenait d'appliquer le critère du centre de gestion et de contrôle, mais son argument a été rejeté par la Cour. Les passages les plus souvent cités à l'appui de l'argument rejetant intégralement le critère du centre de gestion et de contrôle visaient en fait un argument plus restreint voulant que la fiducie ait pu être résidente de deux endroits, étant donné qu'un des fiduciaires vivait au Canada et que les deux autres vivaient aux Bermudes. Sur ce point, dans la décision *Thibodeau* (au paragraphe 22), le juge s'est exprimé en ces termes :

J'estime également non fondé l'argument suivant lequel, dans la présente espèce, même si elle décide également que la fiducie a une résidence aux Bermudes, la Cour devrait décider qu'elle a également une résidence au Canada, parce

this Trust was carried on in Canada applying by analogy the principles in the cited cases of determining residence for income tax purposes of corporations, in my view, such submission is also not valid. The judicial formula for this respecting a corporation, in my view, cannot apply to trustees because trustees cannot delegate any of their authority to co-trustees. A trustee cannot adopt a “policy of masterly inactivity” as commented upon in *Underhill on the Law of Trusts and Trustees*, 12th Edition, page 284; and on the evidence, none of the trustees did adopt such a policy. Therefore, it is not possible for a trust to have a dual residence for income tax purposes, and therefore it is not possible to find that part of the paramount of “superior and directing authority” of a Trust is and was in two places. In any event, a finding of dual residence of this Trust is not made in this case.

[61] I do not read this paragraph as rejecting the proposition that the residence of a trust can never be determined on the basis of the place where its central management and control is exercised and must always be determined exclusively on the basis of the residence of the trustee. However, if that is what the Judge in *Thibodeau* was saying, then I respectfully disagree.

[62] By analogy with *De Beers*, above, the task is to determine where a trust “keeps house and does business”, i.e. where the powers and discretions of the trustee are really being exercised. It may well be that in most cases, the residence of the appointed trustee is a sufficient basis in fact for determining the residence of the trust. This is the case where the trustee is given and actually exercises the powers and discretions regarding the management and control of the trust property, and does so where he resides. However, a rigid legal test that *necessarily* ties the residence of a trust to the residence of the trustee regardless of the facts is, in my view, not sound in principle because it denies the central theme of the jurisprudence on the determination of residence for tax purposes, which is that residence fundamentally is a question of fact. I conclude therefore that where a question arises as to the residence of a trust for tax purposes, it is appropriate to undertake a fact-driven analysis with a view to determining the place where the central management and control of the trust is actually exercised.

qu’une partie du pouvoir suprême relatif à la gestion de cette fiducie s’exerçait au Canada, en appliquant par analogie les principes des affaires citées pour la détermination de la résidence aux fins de l’impôt sur le revenu des compagnies. La formule judiciaire à cet égard, s’agissant d’une compagnie, ne peut, à mon avis, s’appliquer aux fiduciaires car les fiduciaires ne peuvent déléguer aucune partie de leur mandat à des co-fiduciaires. Un fiduciaire ne peut adopter la «politique d’inactivité du maître» qui fait l’objet d’un commentaire dans *Underhill on the Law of Trusts and Trustees*, 12e édition, page 284, et d’après les éléments de preuve, aucun des fiduciaires n’a adopté une telle politique. Par conséquent il n’est pas possible pour une fiducie d’avoir une double résidence aux fins de l’impôt sur le revenu, et il n’est donc pas possible de conclure à l’existence du «pouvoir supérieur de gestion» d’une fiducie en deux lieux différents. De toute manière, il n’est pas conclu, dans la présente affaire, à l’existence d’une double résidence de cette fiducie.

[61] Je n’interprète pas ce paragraphe comme rejetant le principe voulant que la résidence d’une fiducie ne puisse jamais être déterminée en fonction du lieu où est situé son centre de gestion et de contrôle, mais doit toujours être déterminée exclusivement en fonction du lieu de résidence du fiduciaire. Si, cependant, c’est ce qu’a en fait conclu le juge dans l’affaire *Thibodeau*, qu’il me soit permis de signifier mon désaccord sur ce point.

[62] Par analogie avec l’arrêt *De Beers*, précité, il s’agit de dire où une fiducie [TRADUCTION] « peut avoir un siège et faire des affaires », c’est-à-dire où le fiduciaire exerce en fait ses pouvoirs. Il se peut que dans la plupart des cas, le lieu de résidence du fiduciaire suffise à déterminer le lieu de résidence de la fiducie. Il en sera ainsi lorsque le fiduciaire est investi de pouvoirs de gestion et de contrôle des biens de la fiducie, et qu’il les exerce effectivement à partir de son lieu de résidence. Un critère juridique inflexible qui rattacherait *nécessairement* le lieu de résidence de la fiducie au lieu de résidence du fiduciaire, quels que soient les faits, ne serait pas, selon moi, un principe solide puisqu’il rejetterait l’idée centrale de la jurisprudence relative à la détermination du lieu de résidence aux fins de l’impôt, qui veut, justement, que la question de la résidence soit essentiellement une question de fait. J’estime par conséquent que lorsque se pose, aux fins de l’impôt, la question de la résidence d’une fiducie, il faut procéder à une analyse des faits afin de décider où est effectivement situé le centre de gestion et de contrôle de la fiducie.

[63] St. Michael Trust Corp. argues that a test of central management and control cannot be applied to a trust because a trust is a “legal relationship” without a separate legal personality. I do not accept this argument. It is true that as a matter of law a trust is not a person, but it is also true that for income tax purposes, a trust is treated as though it were a person. In my view, it is consistent with that implicit statutory fiction to recognize that the residence of a trust may not always be determined by the residence of its trustee.

[64] St. Michael Trust Corp. also argues that the residence of the trust must be determined as the residence of the trustee because section 104 of the *Income Tax Act* embodies the trust, as taxpayer, in the person of the trustee. In my view, that gives section 104 a meaning beyond its words and purpose. Section 104 was enacted to solve the practical problems of tax administration that would necessarily arise when it was determined that trusts were to be taxed despite the absence of legal personality. I do not read section 104 as a signal that Parliament intended that, in all cases, the residence of the trust must be the residence of the trustee.

[65] Finally, St. Michael Trust Corp. argues that, even if the residence of the Garron Trust and the Dunin Trust in 2000 was the place where their central management and control was exercised at that time, Justice Woods made a palpable and overriding error in applying that test to the facts. To assess the validity of that argument, it is necessary to consider the factors that Justice Woods took into account in locating the central management and control of the Trusts in Canada, where Mr. Garron and Mr. Dunin resided.

[66] Justice Woods concluded that St. Michael Trust Corp. was not exercising the main powers and discretions of the trustees under the trust indentures. Rather its true role was “to execute documents as required, and to provide incidental administrative services”, and it was not expected to “have responsibility for decision-making

[63] St. Michael Trust Corp. fait valoir qu’on ne saurait appliquer à une fiducie le critère du centre de gestion et de contrôle étant donné qu’une fiducie est une simple « relation juridique » sans personnalité juridique distincte. Je n’admets pas cet argument. Il est vrai qu’en droit, une fiducie n’est pas une personne, mais il est également vrai qu’aux fins de l’impôt, une fiducie est traitée comme s’il s’agissait d’une personne. Il est d’après moi conforme à cette fiction légale implicite de reconnaître que le lieu de résidence d’une fiducie peut ne pas toujours être décidé en fonction du lieu de résidence du fiduciaire.

[64] St. Michael Trust Corp. fait également valoir que le lieu de résidence d’une fiducie doit être le même que le lieu de résidence du fiduciaire car, selon l’article 104 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, la fiducie, en tant que contribuable, s’incarne dans la personne du fiduciaire. C’est, selon moi, donner à l’article 104 un sens qui dépasse à la fois le libellé de cette disposition et son objet. L’article 104 a été adopté afin de résoudre les problèmes fiscaux d’ordre pratique qui vont nécessairement survenir à partir du moment où l’on décide que les fiducies sont imposables bien qu’elles soient dénuées de personnalité juridique. Je n’interprète pas l’article 104 comme voulant dire que le législateur a voulu que le lieu de résidence d’une fiducie corresponde invariablement au lieu de résidence du fiduciaire.

[65] Enfin, St. Michael Trust Corp. fait valoir que même si en 2000 le lieu de résidence des fiducies Garron et Dunin correspondait au lieu où était situé à l’époque leur centre de gestion et de contrôle, la juge Woods a commis une erreur manifeste et dominante en appliquant ce critère aux faits de la cause. Afin de juger de la validité de cet argument, il y a lieu de se pencher sur les facteurs que la juge Woods a pris en compte pour décider que le centre de gestion et de contrôle des fiducies se trouvait au Canada, là où résidaient M. Garron et M. Dunin.

[66] Selon la juge Woods, St. Michael Trust Corp. n’exerçait pas les principaux pouvoirs conférés aux fiduciaires par les actes constitutifs. Son rôle consistait plutôt en fait à « signer au besoin des documents et de fournir des services administratifs connexes. On ne s’attendait généralement pas à ce [qu’elle] soit chargée

beyond that” (at paragraph 189). Rather than exercising its powers and discretions under the trust indentures, St. Michael Trust Corp. would default automatically to the recommendation of Mr. Dunin and Mr. Garron. This was “understood . . . to be the arrangement from the outset” (at paragraph 194). She found that it was Mr. Dunin and Mr. Garron “who made the substantive decisions respecting the Trusts”, not St. Michael Trust Corp. (at paragraph 252). In reaching these conclusions, Justice Wood relied on a number of facts which are fully stated in her reasons. I summarize as follows a number of these facts:

a. Under the terms of the trust indentures, Mr. Garron and Mr. Dunin and their respective spouses alone could replace the protector, who in turn could replace the trustee, if the trustee acted against their wishes.

b. The limited role of St. Michael Trust Corp. was understood by all parties at the outset. In particular, it was understood that St. Michael Trust Corp. would have no decision-making role in relation to the sale of the Trusts’ interests in PMPL, the investment of the cash proceeds received on the sale, the making of distributions to the beneficiaries, and the taking of appropriate action to minimize the tax burden of the Trusts. It was further understood from the outset that decisions of that nature would be made by Mr. Garron and Mr. Dunin and implemented by St. Michael Trust Corp. under their direction.

c. The Trusts used the same investment advisers as the beneficiaries. This allowed the beneficiaries to deal directly with the Trusts’ financial advisers and directly control the Trusts’ investment activity without the involvement of St. Michael Trust Corp.

d. The tax advisers to Mr. Garron and Mr. Dunin were also used for the Trusts and when acting for the Trusts were directed by Mr. Garron and Mr. Dunin.

de prendre d’autres décisions » (au paragraphe 189). En effet, au lieu d’exercer les pouvoirs et attributions que lui conféraient les actes constitutifs des fiducies, St. Michael Trust Corp. s’en remettait automatiquement aux recommandations de M. Dunin et de M. Garron. Il était « au départ compris que tels étaient les arrangements » (au paragraphe 194). La juge Woods a conclu que c’étaient M. Dunin et M. Garron « qui prenaient les décisions fondamentales au sujet des fiducies », et non St. Michael Trust Corp. (au paragraphe 252). Les conclusions auxquelles la juge Woods est parvenue à cet égard se fondent sur un certain nombre de faits exposés de manière détaillée dans ses motifs. Voici un résumé de certains des faits en question :

a. Aux termes des actes constitutifs des fiducies, M. Garron et M. Dunin, et leur épouse respective, étaient les seuls à pouvoir remplacer le protecteur, qui, lui, pouvait remplacer le fiduciaire si celui-ci n’agissait pas conformément à leur volonté.

b. Le rôle restreint que St. Michael Trust Corp. était appelée à jouer était convenu dès le départ par l’ensemble des parties. Il était notamment convenu que St. Michael Trust Corp. n’exercerait aucun pouvoir décisionnel quant à la vente des participations que les fiducies détenaient dans PMPL, quant à l’investissement du produit de cette vente, quant aux sommes ou avoirs répartis entre les bénéficiaires et quant aux mesures à prendre afin de réduire le montant des impôts devant être acquittés par les fiducies. Il était en outre convenu dès le départ que ce genre de décisions seraient prises par M. Garron et par M. Dunin et mises en œuvre par St. Michael Trust Corp. conformément à leurs instructions.

c. Les fiducies ont eu recours aux mêmes conseillers financiers que les bénéficiaires. Cela permettait aux bénéficiaires de traiter directement avec les conseillers financiers des fiducies et d’exercer sur les placements effectués par les fiducies un contrôle direct sans qu’intervienne St. Michael Trust Corp.

d. Les conseillers fiscaux de M. Garron et de M. Dunin étaient les mêmes que ceux des fiducies, et lorsqu’ils agissaient au nom des fiducies, ils suivaient les instructions de M. Garron et de M. Dunin.

e. There is no documentary evidence that St. Michael Trust Corp. took an active role in managing the Trusts, and the correspondence and other documents introduced by the Crown indicated that St. Michael Trust Corp. had no involvement in the affairs of the Trusts except the execution of documents and in administrative, accounting and tax matters.

f. St. Michael Trust Corp. was an arm of an accounting firm and thus had significant expertise in tax and accounting matters, but there is no evidence that it had any expertise in the management of trust assets.

g. The oral evidence of Mr. Garron and Mr. Dunin did not provide a clear picture of how the Trusts operated, and was less than full and complete.

h. Mr. Dunin in particular was disingenuous when he testified that St. Michael Trust Corp. controlled the Trusts.

i. Mr. Dunin attempted to give the impression that he had little interest in what St. Michael Trust Corp. was actually doing *vis-à-vis* the Dunin Trust which, given his economic interest in the Dunin Trust, supports the conclusion that it was Mr. Dunin himself who was in effective control. The same can be said about the evidence of Mr. Garron that he had little interest in what St. Michael Trust Corp. was doing.

j. Other individuals who could have shed light on the relevant facts as to the operation of the Trusts were not called to give evidence. That included the various advisers who were involved in planning and implementing the relevant transactions, Mr. Gill who was the protector of both Trusts, Mr. Jesson who was in charge of St. Michael Trust Corp. when the Trusts were created and the person who prepared the memoranda of “trustee intentions” quoted above, Mr. Knott who had the day-to-day responsibility for the Trusts, Mr. Carroll who was the lead adviser on the sale of PMPL, and various other individuals who acted as investment advisers to the

e. Aucune preuve documentaire ne permet d’affirmer que St. Michael Trust Corp. a joué un rôle actif dans la gestion des fiducies, et la correspondance et autres documents produits par la Couronne portent à penser que St. Michael Trust Corp. n’intervenait guère dans les affaires des fiducies, sauf pour signer et valider des documents et pour s’occuper des volets fiscal, comptable et administratif.

f. St. Michael Trust Corp., division d’un cabinet de comptables, connaissait bien les domaines de la comptabilité et des impôts, mais rien n’indique que cette société ait eu une expertise en gestion des biens d’une fiducie.

g. Les témoignages de M. Garron et de M. Dunin, fragmentaires à certains égards, n’ont pas permis de saisir clairement le mode de fonctionnement des fiducies.

h. M. Dunin en particulier a fait preuve de mauvaise foi lorsqu’il a, dans son témoignage, affirmé que les fiducies étaient effectivement contrôlées par St. Michael Trust Corp.

i. M. Dunin a cherché à accréditer l’idée qu’il s’intéressait peu à ce que St. Michael Trust Corp. faisait dans le cadre de la fiducie Dunin, ce qui, compte tenu de l’intérêt financier qu’il avait dans cette fiducie, porte à conclure que c’est effectivement lui qui la contrôlait. On peut affirmer la même chose au sujet du témoignage de M. Garron qui a dit peu s’intéresser aux activités de St. Michael Trust Corp.

j. Les autres personnes qui auraient pu éclaircir les faits pertinents en ce qui a trait au fonctionnement des fiducies n’ont pas été appelées à témoigner. Il s’agit notamment des divers conseillers ayant participé à la planification et à l’exécution des opérations en question, de M. Gill qui était le protecteur des deux fiducies, de M. Jesson qui était à la tête de St. Michael Trust Corp. lors de la constitution des fiducies et qui est également celui qui a préparé les « déclarations d’intention du fiduciaire » citées plus haut, de M. Knott qui s’occupait au jour le jour des affaires des fiducies, de M. Carroll, principal conseiller lors de la vente de PMPL, et de



Trusts or who were involved in the selection of investment advisers.

k. The evidence of Mr. Hutchinson, an officer of St. Michael Trust Corp. who dealt with the Trusts, was not particularly helpful because of his lack of personal knowledge of events that occurred before his involvement in 2003. In particular, Mr. Hutchinson could provide no useful information about the degree of due diligence undertaken by St. Michael Trust Corp. in relation to any of the relevant transactions.

l. Mr. Hutchinson testified that the directors of St. Michael Trust Corp. were required to ratify actions proposed to be taken or taken by the Trusts, but there is no evidence that they had much substantive information about the transactions, which tends to support the proposition that they knew that the role of St. Michael Trust Corp. was intended to be limited to administrative matters.

[67] Some of the factors listed above are common characteristics of ordinary trusts and, considered in isolation, would not be sufficient to locate the management and control of the Trusts anywhere but the residence of the St. Michael Trust Corp. For example, the fact that the beneficiaries have the right to appoint a protector who has the power to replace the St. Michael Trust Corp. as trustee is a common safeguard in a trust indenture and would not by itself be enough to find the beneficiaries to be in control of the property of the Trusts. The same could be said of the fact that St. Michael Trust Corp. and the beneficiaries employ common advisers, or the fact that the beneficiaries took it on themselves to advise the St. Michael Trust Corp. and even urged St. Michael Trust Corp., however strongly, to undertake a particular transaction. Indeed, the appointment of a trustee with little investment experience in a trust that requires the property to be invested might not be significant, provided that the trustee has the power to retain others for advice and, in the end, is the one making the decisions.

diverses autres personnes qui sont intervenues en tant que conseillers financiers des fiducies ou qui ont participé au choix de ces conseillers.

k. Le témoignage livré par M. Hutchinson, cadre de St. Michael Trust Corp. qui s'occupait des fiducies en question, ne s'est pas révélé très utile étant donné qu'il n'avait aucune connaissance directe de ce qui s'était fait avant son entrée en fonctions en 2003. M. Hutchinson n'a pu fournir aucun renseignement utile pour expliquer dans quelle mesure St. Michael Trust Corp. a exercé, à l'égard des opérations en question, ses responsabilités de diligence raisonnable.

l. Selon le témoignage de M. Hutchinson, les administrateurs de St. Michael Trust Corp. étaient appelés à ratifier les mesures que les fiducies avaient prises ou se proposaient de prendre, mais rien n'indique que ces administrateurs aient été vraiment informés des opérations en question, ce qui tendrait à confirmer qu'ils savaient que le rôle de St. Michael Trust Corp. se limitait aux questions d'ordre administratif.

[67] Certains des facteurs dont il est fait état ci-dessus sont assez caractéristiques de fiducies ordinaires et, pris isolément, ne suffiraient pas à situer le centre de gestion et de contrôle des fiducies ailleurs qu'au lieu de résidence de St. Michael Trust Corp. Ainsi, par exemple, le fait que les bénéficiaires aient le droit de nommer un protecteur habilité à remplacer St. Michael Trust Corp. en nommant un autre fiduciaire est une mesure de protection qu'il est fréquent de retrouver dans les actes constitutifs d'une fiducie. À lui seul, il ne permet pas de conclure que les biens des fiducies étaient contrôlés par les bénéficiaires. Il en va de même du fait que St. Michael Trust Corp. et les bénéficiaires avaient recours aux services des mêmes conseillers ou du fait que les bénéficiaires n'hésitaient pas à conseiller St. Michael Trust Corp. et à l'inciter fermement à effectuer telle ou telle opération. En fait, même la nomination d'un fiduciaire qui ne s'y connaît guère en placements, alors que les biens de la fiducie vont devoir être investis, n'est pas nécessairement d'une grande importance à condition que le fiduciaire soit en mesure de faire appel à des conseillers et que ce soit lui, par contre, qui prenne en définitive les décisions.

[68] However, there is a line to be drawn. On one side of the line are recommendations, even strong ones, by the beneficiaries to the trustee, leaving the trustee free to decide how to exercise the powers and discretions under the trust. In that case, the trustee is still managing and controlling the trust. On the other side of the line the beneficiaries are really exercising the powers and discretions under the trusts, managing and controlling the trusts, and displacing the appointed trustee. As mentioned above, on which side of the line a case falls is a factual question, requiring consideration of the evidence in its totality.

[69] Justice Woods took into account some normally neutral facts, such as the existence of a protector and reliance on common advisers, and combined them with a considerable body of evidence of the surrounding circumstances to conclude that on the facts of this case, the line was crossed. In my view, it was reasonably open to her to reach that conclusion.

[70] Indeed, what else is to be made of the common understanding of the parties, as found by Justice Woods, that decisions in relation to the sale of the Trusts' interests in PMPL, the investment of the cash proceeds received on the sale, the making of distributions to the beneficiaries, and the taking of appropriate action to minimize the tax burden of the Trusts would be made by Mr. Garron and Mr. Dunin and implemented by St. Michael Trust Corp.? What else explains the lack of documentary or other evidence that St. Michael Trust Corp. took an active role in assessing any of the important decisions relating to the disposition of the property of the Trust? What is the explanation for the professed lack of interest on the part of Mr. Garron and Mr. Dunin of the capabilities of St. Michael Trust Corp. to manage trust assets, except in relation to the work ordinarily done by someone with accounting and tax expertise? What is the explanation for the paucity of evidence as to

[68] Cela dit, il faut bien tracer la ligne quelque part. Il y a, d'un côté, les recommandations, même fermes, que les bénéficiaires peuvent adresser au fiduciaire, en laissant cependant celui-ci libre de décider de la manière dont il convient d'exercer les pouvoirs et attributions que lui confère l'acte constitutif de la fiducie. Dans une telle hypothèse, la gestion et le contrôle de la fiducie sont exercés par le fiduciaire. Dans l'autre hypothèse, cependant, ce sont en fait les bénéficiaires qui exercent véritablement les pouvoirs et attributions prévus dans l'acte constitutif, qui assurent la gestion et le contrôle des fiducies, écartant en cela le fiduciaire en titre. Comme nous l'avons dit plus haut, la question de savoir dans quel cas de figure on se trouve est une question de fait qui exige que l'on tienne compte de tous les éléments de preuve.

[69] La juge Woods a pris en compte un certain nombre de faits qui seraient normalement neutres, tels l'existence d'un protecteur ou le recours aux mêmes conseillers, et, les ajoutant à un nombre considérable d'éléments de preuve touchant les circonstances de l'affaire, a conclu, compte tenu des faits constatés, que la frontière entre les deux cas hypothétiques avait été franchie. Elle pouvait, d'après moi, raisonnablement parvenir à cette conclusion.

[70] En effet, comment expliquer autrement le fait que les parties en cause aient convenu, comme l'a constaté la juge Woods, que les décisions concernant la vente des participations des fiducies dans PMPL, l'investissement du produit de cette vente, la distribution de certaines sommes aux bénéficiaires, et la prise de mesures permettant de réduire le montant des impôts qu'auraient à acquitter les fiducies seraient prises par M. Garron et par M. Dunin et mises en œuvre par St. Michael Trust Corp.? Comment expliquer autrement le manque de preuves, documentaires ou autres, relativement au rôle actif que St. Michael Trust Corp. aurait joué dans l'étude des décisions importantes concernant la disposition des biens de la fiducie? Comment expliquer que, ainsi qu'ils l'affirment, M. Garron et M. Dunin ne se soient guère intéressés à l'expertise que possédait St. Michael Trust Corp. en matière de gestion de biens, sauf en ce qui concerne ses connaissances en matière de

the formation and operation of the Trusts and the failure to call key witnesses?

[71] I conclude that Justice Woods made no error warranting the intervention of this Court in concluding that, at the relevant time in 2000, and in particular at the time of the sale of the shares of New Garron Co and New Dunin Co to the Purchaser, the management and control of the Garron Trust and the Dunin Trust resided in Canada with Mr. Garron and Mr. Dunin. It follows that she was correct to find that the Trusts were resident in Canada when they realized capital gains on the sale of the shares of New Garron Co and New Dunin Co.

[72] This is a sufficient basis upon which to dismiss these appeals. However, as the alternative arguments were fully argued, I will express an opinion on those as well.

*Deemed residence of the Trusts under subsection 94(1)*

[73] If, contrary to the opinion expressed above, the residence of a trust is to be determined only on the basis of the residence of the trustee, then there can be no real doubt that the Trusts were resident in Barbados in fact and for the purposes of the Barbados Tax Treaty. The question then becomes whether section 94 applied to the Trusts in 2000, and if so whether the capital gains in issue are subject to tax in Canada. That turns on two issues: (1) whether the contribution test in paragraph 94(1)(b) was met, and (2) whether the Trusts were entitled to the exemption in paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty.

[74] The contribution test was met if the Garron Trust and the Dunin Trust acquired property, “directly or indirectly in any manner whatever” from a Canadian

tâches normalement dévolues à des comptables et à des fiscalistes? Comment expliquer le peu de preuves concernant la constitution et le fonctionnement des fiducies, et le fait que d’importants témoins n’aient pas été appelés?

[71] D’après moi, le juge Woods n’a commis aucune erreur appelant l’intervention de notre Cour lorsqu’elle a conclu qu’en 2000, à l’époque en cause, et notamment lors de la vente à l’acheteur des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin, le centre de gestion et de contrôle de la fiducie Garron et de la fiducie Dunin était situé au Canada, là où résidaient M. Garron et M. Dunin. C’est donc à bon droit qu’elle a conclu que les fiducies résidaient au Canada au moment où elles ont réalisé les gains en capital dus à la vente des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin.

[72] C’est là un motif suffisant pour rejeter les présents appels. Dans la mesure, cependant, où ont été plaidés des arguments subsidiaires, j’entends me prononcer également sur ceux-ci.

*Résidence réputée des fiducies aux termes du paragraphe 94(1)*

[73] Si, contrairement à l’avis exprimé ci-dessus sur ce point, le lieu de résidence d’une fiducie doit être déterminé uniquement en fonction de la résidence du fiduciaire, il ne fait aucun doute que les fiducies résidaient effectivement à la Barbade aux fins de l’Accord fiscal avec la Barbade. Il s’agit alors de savoir si l’article 94 s’appliquait aux fiducies en 2000 et, si c’est effectivement le cas, si les gains en capital en question étaient imposables au Canada. Cela dépend de deux questions, à savoir : 1) les conditions que suppose le critère de la contribution prévu à l’alinéa 94(1)(b) étaient-elles réunies? 2) les fiducies avaient-elles droit à l’exonération prévue au paragraphe 4 de l’article XIV de l’Accord fiscal avec la Barbade?

[74] La situation en cause répond au critère de la contribution si les fiducies Garron et Dunin ont acquis des biens « directement ou indirectement, de quelque

resident beneficiary or a person related to that beneficiary. Each of the Trusts had a Canadian resident beneficiary, Mr. Garron in the case of the Garron Trust, and Mr. Dunin in the case of the Dunin Trust, and among the players in this case were two corporations, Garron Holdings and Dunin Holdings, that for income tax purposes are related to Mr. Garron and Mr. Dunin respectively. Therefore, the specific questions are whether the Garron Trust acquired property, directly or indirectly in any manner whatever from Mr. Garron or Garron Holdings, and whether the Dunin Trust acquired property directly or indirectly in any manner whatever from Mr. Dunin or Dunin Holdings.

[75] There are undoubtedly many ways in which a transfer of property may occur directly or indirectly in any manner whatever, and there is very little guiding jurisprudence. However, it is now well established that if the existing common shares of a corporation worth, say, \$100, are exchanged for preference shares with a value that is fixed at some lesser amount, say, \$80, and new common shares are issued to a new shareholder for nominal consideration, the holders of the preference shares have indirectly transferred property worth \$20 to the new subscriber (see *Canada v. Kieboom*, [1992] 3 F.C. 488 (C.A.), at pages 498–499).

[76] *Kieboom* recognizes that the entire value of any corporation is represented by its shares, which are property. The allocation of the value of a corporation between shares of different classes is determined by their terms and conditions. Therefore it is possible to change the value of a class of shares, and to shift value from one class of shares to another, by changing their terms and conditions. The hypothetical reorganization described above results in an indirect transfer of property worth \$20 from the holders of the fixed value preference shares to the new subscriber .

[77] The same kind of indirect transfer of property occurred in this case upon the reorganization of the

manière que ce soit » auprès d'un bénéficiaire résidant au Canada ou d'une personne liée à ce bénéficiaire. Les deux fiducies avaient chacune un bénéficiaire résidant au Canada, M. Garron dans le cas de la fiducie Garron, et M. Dunin dans le cas de la fiducie Dunin. Il y avait également, parmi les parties intéressées, deux sociétés, Garron Holdings et Dunin Holdings, qui étaient, aux fins de l'impôt sur le revenu, liées respectivement à M. Garron et à M. Dunin. La question est ainsi de savoir si la fiducie Garron a acquis des biens, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, de M. Garron ou de Garron Holdings, et si la fiducie Dunin a acquis des biens, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, de M. Dunin ou de Dunin Holdings.

[75] Il existe assurément bien des moyens d'opérer un transfert de biens directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, et la jurisprudence sur la question est rare. Il est toutefois désormais établi que si les actions ordinaires d'une entreprise, valant, disons, 100 \$, sont échangées contre des actions préférentielles d'une valeur moindre, disons de 80 \$, et que de nouvelles actions ordinaires sont émises à un nouvel actionnaire pour une somme symbolique, les détenteurs des actions préférentielles ont indirectement transféré au nouvel actionnaire des biens d'une valeur de 20 \$ (voir *Canada c. Kieboom*, [1992] 3 C.F. 488 (C.A.), aux pages 498 et 499).

[76] L'arrêt *Kieboom* reconnaît que la valeur d'une société correspond intégralement à la valeur de ses actions, celles-ci constituant des biens. La répartition de la valeur d'une société entre les actions de diverses catégories est fonction des conditions se rattachant à ces divers types d'actions. Il est ainsi possible de modifier la valeur des actions d'une catégorie, et, en modifiant les conditions qui s'y rattachent, de transférer d'une catégorie d'actions à une autre, une partie de la valeur de la société. La réorganisation correspondant à ce cas de figure entraîne le transfert indirect de biens d'une valeur de 20 \$ des détenteurs d'actions privilégiées au nouveau souscripteur.

[77] Il y a eu, en l'occurrence, la même sorte de transfert indirect de biens lors de la réorganisation du capital

shares of PMPL. The pre-reorganization value of the common shares of PMPL was substantially more than \$50 million, the redemption value of the Freeze Shares for which they were exchanged upon the reorganization. For that reason, the reorganization shifted value from the holders of the Freeze Shares (Dunin Holdings and Garron Holdings) to the subscribers for New Common Shares of PMPL, New Dunin Co and New Garron Co. *Kieboom* teaches that Dunin Holdings and Garron Holdings transferred property indirectly to New Dunin Co and New Garron Co respectively.

[78] However, the question asked by paragraph 94(1)(b) is whether property was transferred “directly or indirectly in any manner whatever” to the Dunin Trust and the Garron Trust, as the sole shareholders of New Dunin Co and New Garron Co respectively. Justice Woods said no, because this would require “looking through” New Dunin Co and New Garron Co to find that the Trusts were the recipients of the transferred property, which would give the phrase “directly or indirectly in any manner whatever” a meaning that would be unreasonably broad with unforeseeable and uncertain consequences in other situations.

[79] I do not share Justice Woods’ concerns, and I respectfully disagree with her interpretation of paragraph 94(1)(b). Once it is accepted that an indirect transfer of the shares of a corporation from shareholder A to shareholder B can be achieved by a corporate reorganization that shifts part of the value of the corporation from the class of shares owned by shareholder A to the class of shares owned by shareholder B, I see no principled basis for concluding that the same transaction cannot also be an indirect transfer of property “in any manner whatever” to the person that owns shareholder B. This does not imply any change to the legal principle that the property of a corporation is not the property of its shareholders. It merely recognizes the fact that any increase in the wealth of shareholder B will necessarily increase the wealth of whoever owns shareholder B. In the hypothetical corporate reorganization described above, it does no violence to the language of paragraph

social de PMPL. Avant la réorganisation, les actions ordinaires de PMPL valaient sensiblement plus de 50 millions de dollars, soit la valeur de rachat des actions gelées contre lesquelles elles ont été échangées à l’occasion de la réorganisation. La réorganisation a ainsi opéré un transfert de valeur des détenteurs des actions gelées (Dunin Holdings et Garron Holdings) aux souscripteurs des nouvelles actions ordinaires de PMPL, la nouvelle société Dunin et la nouvelle société Garron. Selon l’arrêt *Kieboom*, Dunin Holdings et Garron Holdings ont transféré indirectement des biens à la nouvelle société Dunin et à la nouvelle société Garron respectivement.

[78] La question qui se pose au regard de l’alinéa 94(1)(b) est cependant celle de savoir si des biens ont été transférés « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » à la fiducie Dunin et à la fiducie Garron, en tant qu’unique actionnaire respectivement de la nouvelle société Dunin et de la nouvelle société Garron. Selon la juge Woods, la réponse est non, car il faudrait autrement que l’on « aille au-delà » de la nouvelle société Dunin et de la nouvelle société Garron pour constater que les fiducies étaient les destinataires des biens ainsi cédés, ce qui donnerait au membre de phrase « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » un sens démesuré susceptible d’avoir, dans d’autres circonstances, des conséquences incertaines et imprévisibles.

[79] Je ne partage pas les inquiétudes que cette question inspire à la juge Woods, et je dois dire, en toute déférence, que je ne suis pas d’accord avec son interprétation de l’alinéa 94(1)(b). À partir du moment où l’on admet qu’il peut y avoir transfert indirect des actions d’une société, de l’actionnaire A à l’actionnaire B, par le truchement d’une réorganisation de la société qui fait passer une partie de la valeur de l’entreprise de la catégorie d’actions détenues par l’actionnaire A à la catégorie d’actions détenues par l’actionnaire B, je ne vois aucune raison de principe de conclure que la même opération ne pourrait pas en même temps constituer un transfert indirect de biens « de quelque manière que ce soit » à la personne propriétaire de l’actionnaire B. Cela n’implique aucune modification du principe juridique voulant que les biens d’une société n’appartiennent pas à ses actionnaires. Cette conclusion reconnaît simplement que toute augmentation de la richesse de l’action-

94(1)(b) to conclude that there has been an indirect transfer of property “in any manner whatever” from shareholder A to the owner of shareholder B.

[80] In my view, Parliament chose the words “directly or indirectly in any manner whatever” in paragraph 94(1)(b) deliberately to capture every possible means by which the wealth and income-earning potential represented by the shares of a Canadian corporation can move to a non-resident trust from a Canadian resident beneficiary of the trust or a person related to that beneficiary. On any realistic and practical view of the facts of this case, the New Common Shares of PMPL (bearing with them the value shifted from the old common shares upon the reorganization of PMPL) were intended to enrich the Trusts. That was achieved by a series of interrelated and preordained transactions in which New Garron Co and New Dunin Co were the instruments by which the Trusts obtained the economic benefit of the New Common Shares of PMPL, including the portion of the value of those shares that was shifted from the pre-reorganization common shares. On that basis, I conclude that the contribution test was met, and therefore subsection 94(1) applied to the Trusts. It follows that paragraph 94(1)(c) applies to deem the Trusts to be resident in Canada for the purposes of Part I.

[81] The next question is whether the reasoning in *Crown Forest* compels the conclusion that the Trusts were entitled to the benefit of the exemption from Canadian tax in paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty. Justice Woods concluded that the treaty exemption in this case trumps section 94. In my view, she was correct in so concluding.

naire B va nécessairement accroître la richesse de celui qui est propriétaire de l'actionnaire B. Dans l'hypothèse d'une réorganisation de la société telle que celle décrite ci-dessus, ce n'est pas faire violence au libellé de l'alinéa 94(1)(b) que de conclure qu'il y a eu transfert indirect de biens « de quelque manière que ce soit » de l'actionnaire A au propriétaire de l'actionnaire B.

[80] Je considère que le législateur a de propos délibéré choisi la formule « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » de l'alinéa 94(1)(b) afin de couvrir tous les moyens permettant de faire passer la richesse et les revenus potentiels que représentent les actions d'une société canadienne d'un bénéficiaire qui réside au Canada ou d'une personne liée à ce bénéficiaire à une fiducie non résidente. Selon toute manière pratique et réaliste d'envisager les faits de la présente affaire, les nouvelles actions ordinaires de PMPL (incorporant la valeur qui leur a été transférée des anciennes actions ordinaires à l'occasion de la réorganisation de PMPL) visaient à enrichir les fiducies. Cet objectif a été atteint par une série d'opérations étroitement reliées entre elles et conçues à l'avance, dans le cadre desquelles la nouvelle société Garron et la nouvelle société Dunin ont été les instruments permettant aux fiducies d'obtenir l'avantage financier découlant des nouvelles actions ordinaires de PMPL, y compris la part de la valeur de ces actions prélevée sur les actions ordinaires d'avant la réorganisation. J'estime pour cela que les conditions que suppose le critère de la contribution sont réunies et que, par conséquent, le paragraphe 94(1) s'applique en l'espèce aux fiducies. Cela étant, aux termes de l'alinéa 94(1)(c), les fiducies sont réputées résider au Canada aux fins de la partie I.

[81] Puis, il y a la question de savoir si la démarche retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Crown Forest* nous impose de conclure que les fiducies avaient en l'occurrence le droit d'être exonérées d'impôt au Canada en vertu du paragraphe 4 de l'article XIV de l'Accord fiscal avec la Barbade. La juge Woods a conclu qu'en l'espèce, l'exonération prévue dans le traité l'emporte sur les dispositions de l'article 94. Selon moi, c'est à bon droit qu'elle a conclu en ce sens.

[82] The treaty definition of residence follows the most common model. I repeat the definition here for ease of reference [paragraph 1 of Article IV]:

1. For the purposes of this Agreement, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. The terms “resident of Canada” and “resident of Barbados” shall be construed accordingly.

[83] *Crown Forest* teaches that the common element of the enumerated criteria in the treaty definition of residence is that each constitutes a basis on which states generally impose full tax liability on worldwide income. It follows that a person who is liable to tax in Canada only on income from a source or sources (source liability), as opposed to its worldwide income from all sources, would not be considered a resident of that state for treaty purposes. Justice Iacobucci, writing for the Court in *Crown Forest*, explained this point as follows at paragraph 40 (citations omitted):

I agree with the appellant that the most similar element among the enumerated criteria is that, standing alone, they would each constitute a basis on which states generally impose full tax liability on world-wide income . . . . In this respect, the criteria for determining residence in Article IV, paragraph 1 involve more than simply being liable to taxation on some portion of income (source liability); they entail being subject to as comprehensive a tax liability as is imposed by a state. In the United States and Canada, such comprehensive taxation is taxation on world-wide income. However, tax liability for the income effectively connected to a business engaged in the U.S., pursuant to s. 882 of the *Internal Revenue Code*, amounts simply to source liability. Consequently, the “engaged in a business in the U.S.” criterion is not of a similar nature to the enumerated grounds since it is but a basis for source taxation.

[84] Substantially the same point is made more succinctly in the following statement from paragraph 68 of *Crown Forest*, in which Justice Iacobucci summarized his conclusions. His third conclusion is as follows:

[82] La définition que le traité donne de la résidence est conforme au modèle habituel. Je la reproduis ici par souci de commodité [article IV, paragraphe 1] :

1. Au sens du présent Accord, l’expression «résident d’un État contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation dudit État, est assujettie à l’impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue, et les expressions «résident du Canada» et «résident de la Barbade» ont le sens correspondant.

[83] Selon l’arrêt *Crown Forest*, l’élément que les critères énumérés ont en commun dans la définition de résidence inscrite dans l’accord est que chacun pourrait constituer un motif pour lequel les États imposent généralement, à l’égard des revenus mondiaux, un assujettissement intégral à l’impôt. Il s’ensuit que toute personne qui n’est imposable au Canada que sur les revenus provenant de telle ou telle source (assujettissement fondé sur la source) et non imposée sur l’intégralité de ses revenus quelle qu’en soit la source, ne serait pas, aux fins de l’accord fiscal, considérée comme un résident de cet État. Voici en quels termes le juge Iacobucci a, dans l’arrêt *Crown Forest*, expliqué au nom de la Cour ce point (au paragraphe 40, renvois omis) :

Je conviens avec l’appelante que l’élément que les critères énumérés ont le plus en commun est que chacun d’entre eux pourrait à lui seul constituer un motif pour lequel les États imposent généralement, à l’égard des revenus mondiaux, un assujettissement intégral à l’impôt [. . .] À cet égard, les critères applicables pour déterminer le lieu de résidence à l’article IV, paragraphe 1 impliquent plus que le simple fait d’être redevable d’un impôt à l’égard d’une part de revenu (assujettissement fondé sur la source), ils comportent l’assujettissement fiscal le plus complet qu’un État puisse imposer. Aux États-Unis et au Canada, cette imposition complète vise les revenus mondiaux. Cependant, conformément à l’art. 882 de l’*Internal Revenue Code*, l’assujettissement fiscal relatif au revenu effectivement relié à une entreprise exploitée aux États-Unis est simplement un assujettissement fondé sur la source. En conséquence, le critère de l’exploitation d’une entreprise aux États-Unis n’est pas de nature analogue aux facteurs énumérés puisqu’il n’est qu’un motif d’imposition fondée sur la source.

[84] Le même point essentiellement est repris de manière plus succincte dans cet extrait du paragraphe 68 de l’arrêt *Crown Forest*, dans lequel le juge Iacobucci résume les conclusions auxquelles il est parvenu. Sa troisième conclusion est la suivante :

3. The parties to the Convention intended only that persons who were resident in one of the contracting states and liable to tax in one of the contracting states on their “world-wide income” be considered “residents” for purposes of the Convention.

[85] These comments were made in the context of a case in which a Bahamian corporation was attempting to claim the benefit of an exemption from Canadian tax in the Canada-United States Income Tax Convention (1984) [*Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, S.C. 1984, Sch. I] on the basis that its United States tax liability arose because its “place of management” was in the United States. (The definition of residence in that treaty is substantially the same as the definition of residence in the Barbados Tax Treaty.) The Bahamian corporation had the status of a foreign corporation for United States income tax purposes, and was liable to taxation in the United States only on income effectively connected with the business conducted from its office in the United States (that is, business income earned in the United States).

[86] Justice Iacobucci concluded that the fact that the place of management of the Bahamian corporation was in the United States was not the basis of its United States tax liability, but only one of the factors in determining whether its business income was effectively connected with its United States-based business. The Bahamian corporation was taxed in the United States only as a foreign corporation, on a source basis, and not on its worldwide income as it would have been if it were an American corporation. For that reason, it was not a resident of the United States for treaty purposes.

[87] The deemed residence rule in section 94 does not simply deem a foreign trust to be a person resident in Canada. It is substantially limited; it deems a foreign trust to be a person resident in Canada whose taxable income for the year is the total of its taxable income *earned in Canada* for the year, plus “foreign accrual property income” (or FAPI, which essentially consists of certain investment and other passive income, including

3. Les parties à la Convention voulaient seulement que les résidents de l’un des États contractants, qui, dans l’un des États contractants, sont assujettis à l’impôt sur leurs «revenus mondiaux», soient considérés comme des «résidents» aux fins de la Convention.

[85] Ces observations se situent dans le contexte d’une affaire dans laquelle une société bahamienne demandait à être exonérée des impôts canadiens au titre d’une exonération prévue dans la Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts (1984) [*Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1984, ann. I], faisant valoir que son assujettissement fiscal aux États-Unis tenait au fait que son « siège de direction » était situé aux États-Unis. (La définition de la résidence dans ce traité-là est essentiellement la même que celle qui est prévue dans l’Accord fiscal avec la Barbade.) Aux États-Unis, la société bahamienne était considérée, du point de vue fiscal, comme une société étrangère, et n’était imposée que sur le revenu provenant des activités commerciales menées à partir de son siège américain (c’est-à-dire, uniquement sur les revenus provenant des activités qu’elle menait aux États-Unis).

[86] Selon le juge Iacobucci, le fait que cette société bahamienne avait son siège de direction aux États-Unis n’était pas le motif de l’assujettissement de l’entreprise aux impôts américains, mais seulement l’un des facteurs permettant de dire si son revenu d’entreprise provenait effectivement des activités que l’entreprise menait aux États-Unis. La société bahamienne n’a été imposée aux États-Unis qu’en tant que société étrangère, c’est-à-dire en fonction de la source de son revenu, et non sur l’ensemble de ses revenus mondiaux, ce qui aurait été le cas s’il s’était agi d’une société américaine. C’est pourquoi, aux fins de la convention fiscale, la société n’était pas résidente des États-Unis.

[87] Selon la règle de la résidence réputée de l’article 94, une fiducie étrangère est réputée être une personne résidant au Canada, mais l’effet de cette règle est sensiblement limité, car une fiducie étrangère est réputée être une personne résidant au Canada dont le revenu imposable dans une année donnée correspond à l’intégralité de son revenu imposable *gagné au Canada* dans l’année, plus le « revenu étranger accumulé, tiré de



capital gains, of a foreign corporation that are attributed to a Canadian resident shareholder in certain circumstances). These limitations result in a foreign trust being deemed to be a person resident in Canada, not for *all* purposes of Part I (which would make it liable to tax on all of its income, wherever earned), but only for the purposes of Part I that are relevant to the determination of its Canadian source income and its FAPI. As a practical matter, as the parties agree, that excludes only foreign active business income, but it nevertheless falls short of displacing the treaty definition of residence.

[88] It follows that, if the central management and control test discussed above does not apply, then the Trusts would be entitled to the benefit of paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty, and would be exempt from Canadian tax on the capital gain they realized in 2000 on the sale of the shares of New Garron Co and New Dunin Co.

#### *The general anti-avoidance rule*

[89] If, contrary to the opinions expressed above, the residence of a trust is to be determined only on the basis of the residence of the trustee and therefore the Trusts are resident in Canada, but are entitled to the exemption in paragraph 4 of Article XIV of the Barbados Tax Treaty, it would be necessary to consider whether the assessments under appeal are nevertheless justified by the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act*. In this Court as in the Tax Court, that issue turns on whether the series of transactions that resulted in the Trusts becoming entitled to the treaty exemption in the face of section 94 is a misuse or abuse of the Barbados Tax Treaty. Justice Woods said no. I agree.

biens » (ou le REATB, qui se compose essentiellement de certains revenus de placement ou de revenus hors exploitation, y compris des gains en capital, d'une société étrangère, attribués dans certaines circonstances à un actionnaire résidant au Canada). Compte tenu des limites ainsi posées, une fiducie étrangère est réputée être une personne résidant au Canada, mais pas à *toutes* fins de la partie I (car alors la fiducie serait imposable sur l'intégralité de ses revenus, quelle qu'en soit l'origine), mais seulement aux fins de la partie I qui concerne la détermination de ses revenus de source canadienne ainsi que son REATB. Les parties conviennent qu'en pratique, cela n'exclut que les revenus tirés d'une entreprise exploitée activement de source étrangère, mais cela ne parvient pas cependant à écarter la définition de résidence contenue dans l'accord.

[88] Par conséquent, si le critère du centre de gestion et de contrôle examiné plus haut ne s'appliquait pas en l'espèce, les fiducies pourraient invoquer à leur profit le paragraphe 4 de l'article XIV de l'Accord fiscal avec la Barbade et seraient exonérées de tout impôt canadien sur les gains en capital réalisés en 2000 lors de la vente des actions de la nouvelle société Garron et de la nouvelle société Dunin.

#### *La disposition générale anti-évitement*

[89] Si, contrairement aux avis exposés ci-dessus, le lieu de résidence d'une fiducie était uniquement fonction du lieu de résidence du fiduciaire, et que, par conséquent, les fiducies en question résident au Canada, mais ont droit à l'exonération prévue au paragraphe 4 de l'article XIV de l'Accord fiscal avec la Barbade, il y aurait lieu de se demander si les cotisations en cause en l'espèce se justifient néanmoins au regard de la disposition générale anti-évitement inscrite à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Comme devant la Cour de l'impôt, la réponse va en l'espèce dépendre de la question de savoir si la série d'opérations qui a ouvert aux fiducies le droit de se prévaloir de l'exonération prévue dans l'accord malgré les dispositions de l'article 94 constitue un détournement ou un abus de l'Accord fiscal avec la Barbade. La juge Woods a estimé que ce n'était pas le cas. C'est aussi mon avis.

[90] If the residence of the Trusts is to be determined on the basis of the residence of St. Michael Trust Corp. (which is the premise for the Crown's argument based on the general anti-avoidance rule), then the Trusts have not avoided section 94. On the contrary, they have fallen squarely into it. The fact that the Trusts would also be entitled to a treaty exemption flows from the fact that in the Barbados Tax Treaty, Canada has agreed not to tax certain capital gains realized by a person who is a resident of Barbados. If the residence of the Trusts is Barbados for treaty purposes, the Trusts cannot misuse or abuse the Barbados Tax Treaty by claiming the exemption.

#### Conclusion

[91] I would dismiss the appeals on the basis that the Trusts are resident in Canada. I would award the Crown one set of costs.

NADON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

[90] Si la résidence des fiducies est fonction de la résidence de St. Michael Trust Corp. (hypothèse sur laquelle repose l'argument avancé par la Couronne au regard de la disposition générale anti-évitement), les fiducies ne peuvent pas se soustraire à l'article 94 et, au contraire, tombent nettement sous le coup de cette disposition. Le fait que les fiducies auraient également droit à l'exonération prévue dans l'accord est dû au fait que, dans l'Accord fiscal avec la Barbade, le Canada a convenu de ne pas imposer certains gains en capital réalisés par une personne résidant à la Barbade. Si, aux fins de l'accord, les fiducies résident à la Barbade, on ne saurait dire qu'en invoquant à leur profit l'exonération prévue, elles détournent ou abusent des dispositions de l'Accord fiscal avec la Barbade.

#### Conclusion

[91] Je rejetterais les appels au motif que les fiducies résident au Canada et je n'accorderais qu'un seul mémoire de dépens à la Couronne.

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

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



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Removal of Permanent Residents*

Application for stay of removal filed by applicant following Minister of Citizenship and Immigration delegate's decision applicant not allowed to remain in Canada on basis of nature, severity of acts committed, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 115(2)(b)—Applicant, Rwandan ex-politician, inciting to murder, genocide, hatred against Tutsi ethnic group in speech—Delegate finding, in particular, that applicant's removal to Rwanda not causing unusual or undeserved hardship, Rwandan government would respect his rights—Applicant not demonstrating existence of serious issue to be tried by Court—*Inter alia*, applicant's conviction by final judgment not required under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* to justify exception to principle of non-refoulement in s. 115(2)(b)—Important to keep in mind, inadmissibility proceedings falling within civil law not criminal law, to understand that Parliament's intent not to lead decision maker to determine individual's guilt but individual's admissibility under legal test decision maker required to apply—Applicant also not demonstrating serious harm—Reasonable to believe in good faith of Rwandan government, to find that rights of individuals charged with participating in genocide will be respected, they will not be persecuted—Finally, balance of convenience favouring Minister—Integrity, fairness of, public confidence in Canada's system of immigration control predominating—Application dismissed.

MUGESERA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-9680-11, 2012 FC 32, Shore J., judgment dated January 11, 2012, 27 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Judicial review of decision by immigration counsellor refusing adopted child's application for Canadian citizenship pursuant to *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5.1(1)(b),(d)—Applicant adopting niece, Nigerian citizen, in compliance with Nigerian law—Counsellor finding that genuine parent-child relationship between applicant, niece, not able to develop as biological father continuing relationship—Concluding that adoption entered into for purpose of acquiring status or privilege—English, French versions of *Citizenship Regulations, 1993*, SOR/93-246, s. 5.1(3)(a)(ii) (setting out factors to consider) ambiguous in that “legal ties” referred to in English version not the same as “all ties” (“tout lien”) referred to in French version—More restrictive wording of English version must be favoured herein—Regulations not calling upon biological father to sever all social ties with daughter—Citizenship and Immigration Canada's *Operational Bulletin 183* allowing biological father to maintain relationship with child in context of adoption by relative—Counsellor under duty to explain why *Operational Bulletin 183* not relied on—Application allowed.

ADEJUMO V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-955-11, 2011 FC 1485, Harrington J., judgment dated December 16, 2011, 8 pp.)

## CORPORATIONS

Motion under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 213 for summary trial in context of patent action—ratiopharm inc., initial plaintiff, making claim for damages under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 8 against Wyeth following earlier notice of compliance (NOC) proceedings taken by Wyeth against ratiopharm—ratiopharm’s competitor, Novopharm Limited, entering into licence agreement with Wyeth to sell generic version of drug at issue in present case—Novopharm changing name to Teva Canada Limited; ratiopharm, related companies subsequently amalgamating with Teva pursuant to *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 186—Since amalgamation, Teva selling both ratiopharm’s, Novopharm’s generic drugs under licence agreement with Wyeth—Main issue whether merged corporation Teva entitled to maintain ratiopharm’s s. 8 claim for damages—Equitable doctrine of election constituting dispositive argument herein—Common law doctrine of election, equitable doctrine of election distinguished—Equitable doctrine of election based on fact electing party, having obtained particular benefit from transaction, must accept all consequences flowing therefrom, including negative consequences—Evidence showing Novopharm, as licensee, making equitable election when expecting, encouraging Wyeth to commence NOC proceedings against ratiopharm to address patent infringement; benefiting from licence agreement—While ratiopharm would have valid patent claim, Novopharm would be precluded by equitable doctrine of election from asserting claim—Act, s. 186(c) providing that amalgamated corporation liable for obligations of amalgamating corporations—On basis of s. 186(c), Novopharm’s equitable election carried forward; affecting amalgamated corporation Teva, now liable for obligation of equitable election as of amalgamation date—Therefore, ratiopharm’s claim no longer enforceable by Teva—Motion granted.

TEVA CANADA LIMITED v. WYETH LLC (T-1844-07, 2011 FC 1169, Hughes J., judgment dated November 9, 2011, 33 pp.)

## CROWN

### PRACTICE

Application for injunction against respondent from imposing third-party management or to restrict third-party manager (TPM) in certain ways—Injunctive relief sought in context of judicial review by applicant to quash appointment of TPM—Applicant entering into Comprehensive Funding Agreement (CFA) with respondent for provision of payment of amounts for applicant to carry out various programs, services—Applicant experiencing housing crisis, state of emergency declared—Applicant defaulting on CFA, leading to appointment of TPM—Respondent raising preliminary issue, claiming injunctive relief not available against Crown pursuant to *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 22—Act, s. 22 codifying common law principle that injunctions prohibited against Crown—However, s. 22 not applying where proceeding constituting proper *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 application for judicial review—Respondent’s position based on argument relationship between parties under CFA contractual in nature—Even in contractual type situation, public law remedies may be available where grounds of attack constitutional in nature or based on party lacking required jurisdiction or exceeding authority—Applicant’s grounds of attack including allegations of improper use of authority, taking into account irrelevant factors, acting for improper purpose—Grounds amenable to judicial review—Therefore, Court having jurisdiction under *Federal Courts Act*, ss. 18.1, 18.2 to issue injunctive relief against respondent in appropriate circumstances—However, at present time, tripartite test for granting of injunction not satisfied—Application dismissed.

ATTAWAPISKAT FIRST NATION v. CANADA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-2037-11, 2012 FC 146, Phelan J., judgment dated February 3, 2012, 18 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### EXCISE TAX ACT

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2010 TCC 298) vacating assessment for unpaid GST levied pursuant to director’s liability provisions in accordance with *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323(2)(a)—T.C.C. finding Minister of National Revenue not making reasonable efforts herein to execute writ of seizure, sale; therefore, requirements of Act, s. 323(2)(a) not met—Under Act, directors of corporations may be personally liable to pay unremitted GST unless liability limited thereunder—Whether T.C.C. misinterpreting, misapplying Act, s. 323(2)(a), which limits directors’ liability—Respondent (Barrett), director of corporation which failed to remit GST—T.C.C. finding that *Miotto v. Canada*, 2008 TCC 128 supporting conclusion that reasonableness of actions of collections officer, bailiff in executing writ of seizure, sale must be considered—Act, s. 323(2)(a) only requiring that corporate liability be registered in Federal Court, that execution be returned

## CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

unsatisfied—S. 323(2)(a) not requiring that Minister take reasonable steps to search for corporate debtor's assets prior to execution of writ—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 not obliging judgment creditor to make reasonable efforts to search for assets of judgment debtor before instructing sheriff on collection of debt—Nothing in nature of tax debt or nature of director's relationship with corporate debtor consistent with obligation imposed on Minister by T.C.C. to take reasonable steps to search for corporate debtor's assets, especially where director, found liable under s. 323(1)(a), can be indemnified from existing corporate assets—T.C.C. erring in application of *Miotto* since *Miotto* not intending to impose burden other than one of good faith on Minister—Therefore, T.C.C. misinterpreting Act, s. 323(2)(a) by imposing obligation on Minister to make reasonable efforts when directing sheriff, to search for specific asset—Appeal allowed.

BARRETT V. CANADA (A-308-10, 2012 FCA 33, Dawson J.A., judgment dated January 30, 2012, 15 pp.)

## HUMAN RIGHTS

Judicial review of Human Rights Commission decision to deal with respondents' complaint, having jurisdiction to deal with complaint—Respondents four of five largest First Nations in Ontario, filing complaint before Commission pursuant to *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5 alleging that Indian and Northern Affairs Canada's (INAC) funding policies having adverse effect on largest First Nations compared to smaller First Nations—Alleged discrimination by INAC based on national or ethnic origin—Discrimination complaint process set out in Act, s. 40 *et seq.*—Once complaint filed, Commission must decide whether to deal with complaint, investigate allegations—Not Commission's role at pre-investigative stage, not Court's role, to weigh evidence, arguments each party putting forward—Issue whether respondents' allegations disclosing link to prohibited ground of discrimination sufficient to trigger Commission's jurisdiction to investigate allegations—Not unreasonable for Commission to determine herein, at pre-investigation stage, that not plain, obvious complaint falling beyond jurisdiction—Respondents' complaint disclosing link between disadvantageous effects of INAC's funding formulas, fact members of specific First Nations identifiable by national or ethnic origin—Act, s. 41 clearly suggesting Commission vested with discretion when deciding to deal with complaint—Reasonable in present case for Commission to conclude not plain, obvious that respondents' complaint falling beyond jurisdiction—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MOHAWKS OF THE BAY OF QUINTE (T-8-11, 2012 FC 105, Bédard J., judgment dated January 27, 2012, 22 pp.)

## INCOME TAX

### CORPORATIONS

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2010 TCC 576) dismissing appellant's appeal of respondent's reassessments—Appellant, product of amalgamation under *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 82 (CUIA)—Appellant's predecessors engaging in real estate, share transactions with third-party corporation in order to prevent merger from falling within *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 87—Shares, real estate becoming property of appellant at amalgamation even though shares not owned by predecessors immediately before amalgamation—Respondent reassessing appellant's capital cost allowance (CCA) to reflect amount of predecessors' undepreciated capital cost (UCC) before merger—T.C.C. finding that while s. 87 not applying to merger herein, principles established in *R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 411 (*Black & Decker*) applying so that predecessors' combined UCC flowing through to appellant—Issues whether: (1) merger falling within Act, s. 87; (2) *Black & Decker* principles applying so as to require appellant to recognize depreciation of assets—(1) Conditions of Act, s. 87(1)(a), i.e. property of predecessors becoming property of new corporation, change coming about by virtue of amalgamation, satisfied herein—Transactions related to merger merely changing form of predecessors' property that became property of appellant—Fact that interest in properties vested in appellant's wholly owned subsidiary at moment of amalgamation not warranting conclusion that property of predecessors not becoming property of appellant for purpose of s. 87(1)(a)—Finally, transactions in present case intimately related to merger—UCC of assets immediately before merger thus flowing through to appellant under Act, s. 87(2)(b)—(2) Supreme Court of Canada in *Black & Decker* holding that effect of statute having amalgamating companies continue without subtraction in amalgamated company—CUIA adopting same continuation model of amalgamation—Term “without subtraction” broad enough to include predecessors' UCC balances—Respondent correct in disallowing appellant's claim for CCA—Appeal dismissed.

ENVISION CREDIT UNION V. CANADA (A-479-10, 2011 FCA 321, Evans J.A., judgment dated November 21, 2011, 28 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION**

Appeal, cross-appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2010 TCC 375) that goodwill can exist in regulated industry, sold in present case with appellant's regulated electricity transmission business—However, T.C.C. also concluding that potential for leverage, potential tax allowance benefit not representing goodwill but tangible assets sold; substituting own allocation therefor, deducting from goodwill amount—Appellant selling regulated electricity transmission business at 1.31 times net regulated book value of tangible assets—Parties allocating bulk of 31 percent premium, representing \$190 824 476, to goodwill—Constituting standard allocation for regulated industries—Minister of National Revenue reassessing appellant under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 68 by reallocating entire goodwill amount to tangible assets—Main issues whether concept of goodwill existing in regulated industry; whether T.C.C. wrongly concluding that leverage, tax allowance not part of goodwill herein, that allocation agreed to unreasonable under Act, s. 68—Goodwill requiring three characteristics: (1) intangible asset; (2) arising from expectation of future earnings, returns or other benefits in excess of expectations existing in comparable business; (3) inseparable from business to which belonging—While T.C.C. right to conclude Minister erring when determining goodwill not existing in regulated industry, T.C.C. erring in finding that leverage, tax allowance not part of goodwill—Potential for leverage in transmission business constituting intangible asset, holding all characteristics of goodwill—Potential tax allowance benefit neither part of appellant's goodwill nor tangible assets but rather constituting intangible asset of buyers—T.C.C. not justified in deducting amount assessed for tax allowance from goodwill allocation—Not unreasonable herein for parties to allocate tax allowance to goodwill for purposes of Act, s. 68—Under Act, s. 68, amount reasonably regarded as consideration for disposition of particular property if reasonable business person, with business considerations in mind, would have allocated that amount to that particular property—Long-standing regulatory, industry practices, auditing, valuation standards relevant to present case—T.C.C. misapplying Act, s. 68 test herein—If correct test applied, T.C.C. would have been compelled to find agreed allocation of \$190 824 476 to goodwill reasonable given compliance with industry, regulatory norms, consistency with standard accounting principles in regulated businesses—Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

TRANSALTA CORPORATION V. CANADA (A-350-10, 2012 FCA 20, Mainville J.A., judgment dated January 20, 2012, 35 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of Minister of Labour's appointment of arbitrator under *Restoring Mail Delivery for Canadians Act*, S.C. 2011, c. 17, s. 8—Applicant asking, in particular, Court to quash appointment on grounds Minister unreasonably exercised discretionary power ignoring bilingualism, expertise of arbitrator—Minister's exercise of power to appoint arbitrator not to give way to, namely, gross unfairness—In case at hand, lack of transparency in appointment process, limited supporting grounds by Minister, laconic nature of Minister's communications indicating Minister appearing to have failed to analyse arbitrator's previous experience, bilingualism requirement—Decision by Minister therefore unreasonable, to be quashed—Application allowed in part.

CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS V. CANADA POST CORPORATION (T-1344-11, 2012 FC 110, Martineau J., judgment dated January 30, 2012, 18 pp.)

**MARITIME LAW****TORTS**

Appeal from Federal Court (F.C.) order (2011 FC 73) limiting maximum liability of respondents (Buhlman) to one million dollars for claims arising out of injuries sustained by appellants (Buckley) in boating accident pursuant to *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (MLA), s. 28—Respondents, commercial operators of fishing resort, motorboats—Respondents' motorboat striking appellants' motorboat—F.C. determining that appellants' claims constituting maritime claims pursuant to MLA, s. 24, *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*—Finding that appellants not passengers under contract of passenger carriage pursuant to Convention, Art. 7(2)(a); three million dollars liability under MLA, s. 29(2) not applying because appellants not on striking ship—Appellants arguing, *inter alia*, that being on board striking vessel not pre-requisite for application of s. 29(2)—Alleging rather that injured person needing only to show presence on a ship—Whether F.C. erring when applying MLA, s. 28 to appellants' claims—S. 29(2) not applying herein because appellants not on board striking ship—Combined

**MARITIME LAW**—Concluded

reading of Convention, Art. 7, MLA, s. 29 favouring interpretation that s. 29(2) referring to persons on the ship seeking to limit liability—F.C. committing no error of law or principle—Appeal dismissed.

BUHLMAN V. BUCKLEY (A-82-11, 2012 FCA 9, Trudel J.A., judgment dated January 11, 2012, 18 pp.)

**VETERANS**

Judicial review of decision by appeal panel of Veterans Review and Appeal Board of Canada upholding decision of review panel denying disability award to applicant—Applicant claiming entitlement to award pursuant to *Canadian Forces Members and Veterans Re-establishment and Compensation Act*, S.C. 2005, c. 21, s. 45 due to solar elastosis condition resulting from ultraviolet radiation treatments by military doctors—Appeal panel applying “primary cause” test enunciated in *King v. Canada (Veterans Review and Appeal Board)*, 2001 FCT 535 in finding that applicant not engaged in performance of task or service related to military duties when receiving treatments—Whether appeal panel’s decision reasonable—Phrase “service-related injury or disease” defined under Act; meaning injury or disease arising out of, or directly connected with service in Canadian Forces—Criteria referring to “arose out of” military service less stringent than “directly connected with” portion of definition—Broad interpretation of term “arose out of” setting aside “primary cause” test—Such approach consistent with language used by Parliament in definition of service-related injury, purpose of Act—“Primary cause” test enunciated in *King* not consistent with broad, liberal interpretation of Act—Appeal panel’s reasons succinct, lacking detail—Appeal panel applying excessively restrictive “primary cause” test—Should have considered whether circumstances in which applicant receiving treatments sufficiently related to military service to warrant award—Application allowed.

HALL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-926-11, 2011 FC 1431, Bédard J., judgment dated December 7, 2011, 22 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.

---

## ANCIENS COMBATTANTS

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'appel du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) a confirmé la décision du comité de révision de ne pas accorder une indemnité d'invalidité au demandeur—Le demandeur alléguait qu'il avait droit à une indemnité en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur les mesures de réinsertion et d'indemnisation des militaires et vétérans des Forces canadiennes*, L.C. 2005, ch. 21, au motif qu'il a contracté une élastose solaire par suite des traitements aux rayons ultraviolets que lui ont administrés des médecins militaires—Le comité d'appel a appliqué le critère de la « cause primordiale » énoncé dans l'affaire *King c. Canada (Tribunal des anciens combattants (révision et appel))*, 2001 CFPI 535 lorsqu'il a conclu que le demandeur ne se livrait pas à l'accomplissement d'une tâche ou d'un service lié à ses fonctions militaires lorsqu'il recevait des traitements—Il s'agissait de savoir si la décision du comité d'appel était raisonnable—L'expression « liée au service » est définie dans la Loi et elle s'entend d'une blessure ou d'une maladie consécutive ou rattachée directement au service dans les Forces canadiennes—Les critères se rapportant à l'obligation que la blessure ou la maladie soit « consécutive » au service militaire est moins rigoureuse que celle, prévue par la définition, qui exige que la maladie ou la blessure soit « rattachée directement » au service—L'interprétation large du terme « consécutive » écarte le critère de la « cause primordiale »—Ce raisonnement s'accorde avec les termes employés par le législateur fédéral pour définir l'expression blessure ou maladie « liée au service » et avec l'objet de la Loi—Le critère de la « cause primordiale » énoncé dans l'affaire *King* ne s'accorde pas avec une interprétation large et libérale de la Loi—Les motifs du comité d'appel sont succincts et laconiques—Le comité d'appel a favorisé une application abusivement restrictive du critère de la « cause primordiale »—Il aurait dû se demander si les circonstances dans lesquelles le demandeur avait reçu les traitements étaient suffisamment liées à son service militaire pour justifier le versement d'une indemnité—Demande accueillie.

HALL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-926-11, 2011 CF 1431, juge Bédard, jugement en date du 7 décembre 2011, 22 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Renvoi de résidents permanents*

Demande de sursis de renvoi déposée par le demandeur suite à la décision du délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration voulant que le demandeur ne devrait pas être présent au Canada en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés en application de l'art. 115(2)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur, un ex-politicien rwandais, avait prononcé un discours incitant au meurtre, au génocide et à la haine contre l'ethnie tutsie—Le délégué a notamment conclu que l'expulsion du demandeur vers le Rwanda ne lui causerait pas de difficultés inhabituelles et injustifiées, et que ses droits seraient respectés par le gouvernement rwandais—Le demandeur n'a pas démontré l'existence d'une question sérieuse à être tranchée par la Cour—Entre autres, il n'est pas nécessaire que le demandeur fasse l'objet d'une déclaration de culpabilité conformément à la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* pour justifier l'exception au principe du non-refoulement prévue à l'art. 115(2)b)—Il importe de garder à l'esprit que les procédures en ce qui

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

concerne l'interdiction de territoire ou l'inadmissibilité relèvent du droit civil et non du droit criminel et de comprendre que le but du législateur n'est pas d'amener le décideur à se prononcer sur la culpabilité d'un individu mais bien sur son admissibilité suivant le critère légal qu'il est tenu d'appliquer—Le demandeur n'a également pas démontré l'existence d'un préjudice sérieux—Il est raisonnable de croire à la bonne foi du gouvernement rwandais et de conclure que les droits des individus accusés d'avoir participé au génocide seront respectés et qu'ils ne seront pas persécutés—Finalement, la balance des inconvénients milite en faveur du ministre—L'intégrité et l'équité du système canadien de contrôle de l'immigration, ainsi que l'intérêt public, prédominent—Demande rejetée.

MUGESERA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-9680-11, 2012 CF 32, juge Shore, jugement en date du 11 janvier 2012, 27 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Contrôle judiciaire de la décision du conseiller en immigration refusant la demande de citoyenneté canadienne de l'enfant adoptée en vertu des art. 5.1(1)*b*) et *d*) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29—La demanderesse a adopté sa nièce, une citoyenne du Nigeria, conformément aux lois du Nigeria—Le conseiller a estimé qu'un véritable lien affectif parent-enfant ne pouvait pas se développer entre la demanderesse et la nièce tant que la relation avec le père biologique était maintenue—Il a conclu que l'adoption visait l'acquisition d'un statut ou d'un privilège—Les versions anglaise et française de l'art. 5.1(3)*a*)(ii) (qui énonce les facteurs à considérer) du *Règlement sur la citoyenneté*, 1993, DORS/93-246 sont ambiguës, les liens dits juridiques (« *legal ties* ») dont il est question dans la version anglaise ne correspondant pas à l'expression « tout lien » (« *all ties* ») utilisée dans la version française—Le libellé plus restreint de la version anglaise doit être privilégié en l'espèce—Le Règlement n'exige pas que le père biologique rompe tous les liens sociaux avec sa fille—Le *Bulletin opérationnel 183* de Citoyenneté et Immigration Canada permet au père naturel d'entretenir une relation avec son enfant dans le contexte d'une adoption par un membre de la parenté—Le conseiller avait l'obligation d'expliquer la raison pour laquelle il n'a pas tenu compte du *Bulletin opérationnel 183*—Demande accueillie.

ADEJUMO C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (T-955-11, 2011 CF 1485, juge Harrington, jugement en date du 16 décembre 2011, 8 p.)

**COURONNE**

## PRATIQUE

Demande en vue d'obtenir une injonction interdisant à la défenderesse d'imposer une gestion par un séquestre-administrateur (SA) ou lui enjoignant de limiter par ailleurs les pouvoirs du SA—L'injonction était sollicitée dans le cadre de procédures en contrôle judiciaire intentées par la demanderesse tendant à l'annulation de la nomination du SA—La demanderesse avait conclu l'entente globale de financement (l'EGF) avec la défenderesse en vue du versement de sommes permettant à la demanderesse d'exécuter divers programmes et d'assurer divers services—La demanderesse a connu une crise du logement et a déclaré l'état d'urgence—La demanderesse était en défaut aux termes de l'EGF, ce qui a mené à la nomination d'un SA—La défenderesse a soulevé une question préliminaire, soutenant que, selon l'art. 22 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, on ne peut pas demander une injonction contre l'État—L'art. 22 codifie le principe de common law quant à l'interdiction d'accorder des injonctions contre l'État—Cependant, l'art. 22 ne joue pas dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire présentée à juste titre en vertu de l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—La thèse de la défenderesse est fondée sur l'argument selon lequel la relation entre les parties aux termes de l'EGF est de nature contractuelle—Même dans une situation d'ordre contractuel, des recours de droit public peuvent être ouverts quand les moyens de contestation sont de nature constitutionnelle ou sont fondés sur le fait qu'une partie n'a pas la compétence requise ou outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés—Les moyens de contestation de la demanderesse comprennent des allégations d'usage inapproprié de pouvoirs, de prise en compte de facteurs non pertinents et de détournement de pouvoir—Ces moyens relèvent du recours en contrôle judiciaire—Par conséquent, en vertu des art. 18.1 et 18.2 de la *Loi sur les Cours fédérales*,

**COURONNE—Fin**

la Cour a compétence pour rendre une injonction contre la défenderesse, si les circonstances le justifient—Toutefois, à l'heure actuelle, le critère à trois volets applicable en matière d'injonction n'a pas été rempli—Demande rejetée.

PREMIÈRE NATION D'ATTAWAPISKAT C. CANADA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) (T-2037-11, 2012 CF 146, juge Phelan, jugement en date du 3 février 2012, 18 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel de la décision (2010 CCI 298) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a annulé la cotisation au titre de la TPS impayée perçue en application des dispositions en matière de responsabilité des administrateurs conformément à l'art. 323(2)a) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15—La C.C.I. a statué que le ministre du Revenu national n'a pas déployé d'efforts raisonnables en l'espèce pour exécuter le bref de saisie-exécution; les conditions exposées à l'art. 323(2)a) de la Loi n'ont donc pas été remplies—Sous le régime de la Loi, les administrateurs de sociétés peuvent être tenus personnellement responsables de payer la TPS non versée, à moins qu'ils aient une responsabilité limitée en vertu de celle-ci—Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a mal interprété et mal appliqué l'art. 323(2)a) de la Loi, qui limite la responsabilité des administrateurs—L'intimé (Barrett) était administrateur d'une société qui n'a pas versé la TPS—La C.C.I. a conclu que l'affaire *Miotto c. Canada*, 2008 CCI 128 était la conclusion portant que le caractère raisonnable des gestes de l'agente de recouvrement ainsi que du huissier pour exécuter le bref de saisie-exécution doit être pris en compte—L'art. 323(2)a) de la Loi exige seulement que la responsabilité de la société soit enregistrée à la Cour fédérale et qu'il y ait eu défaut d'exécution—L'art. 323(2)a) n'oblige pas le ministre à prendre des mesures raisonnables pour chercher les actifs du créancier qui est une société avant l'exécution du bref—La *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 et les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 n'obligent pas le créancier judiciaire à faire des efforts raisonnables pour chercher les actifs du débiteur judiciaire avant de donner des directives au shérif relativement au recouvrement de la créance—Rien dans la nature de l'impôt à payer ou dans la nature de la relation d'un administrateur avec un débiteur qui est une société n'est conforme à l'obligation imposée au ministre par la C.C.I. pour prendre des mesures raisonnables pour chercher les actifs du débiteur qui est une société, notamment lorsque l'administrateur qui est déclaré responsable en vertu de l'art. 323(1)a) peut être indemnisé sur les actifs existants de la société—La C.C.I. a commis une erreur dans l'application de *Miotto* puisque cette affaire n'a pas pour objet d'imposer au ministre un fardeau autre que la bonne foi—Par conséquent, la C.C.I. a mal interprété l'art. 323(2)a) de la Loi en imposant au ministre l'obligation de déployer des efforts raisonnables lorsqu'il donne des directives au shérif et de chercher un actif précis—Appel accueilli.

BARRETT C. CANADA (A-308-10, 2012 CAF 33, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 30 janvier 2012, 15 p.)

**DROIT MARITIME**

## RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Appel à l'encontre de l'ordonnance (2011 CF 73) par laquelle la Cour fédérale (C.F.) a limité la responsabilité des intimés (Buhlman) à un million de dollars pour les créances nées des lésions subies par les appelants (Buckley) lors d'un accident de bateau conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6—Les intimés exploitent un camp de pêche et des bateaux à moteur—Le bateau à moteur des intimés est entré en collision avec le bateau à moteur des appelants—La C.F. a statué que les créances des appelants constituaient des créances maritimes au sens de l'art. 24 de la Loi et de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*—Elle a conclu que les appelants n'étaient pas des passagers visés par un contrat de transport de passagers au sens de l'Art. 7(2)a) de la Convention; la limite de 3 000 000 \$ prévue à l'art. 29(2) de la Loi ne s'appliquait pas, les appelants ne se trouvant pas à bord du navire abordeur—Les appelants soutenaient notamment que le fait de se trouver à bord du navire abordeur n'est pas une condition préalable à l'application de l'art. 29(2)—Ils affirmaient plutôt que la personne qui a subi des lésions n'a qu'à démontrer qu'elle se trouvait à bord d'un navire—Il s'agissait de savoir si la C.F. a commis une erreur lorsqu'elle a appliqué l'art. 28 de la Loi aux créances des appelants—L'art. 29(2) ne s'applique pas en l'espèce parce que les appelants ne se trouvaient pas à bord du navire abordeur—Le rapprochement de l'Art. 7 de la Convention et de l'art. 29 de la Loi favorise l'interprétation suivant laquelle l'art. 29(2) vise

**DROIT MARITIME—Fin**

les personnes se trouvant à bord du navire cherchant à limiter sa responsabilité—La C.F. n'a pas commis d'erreur de droit ou de principe—Appel rejeté.

BUHLMAN C. BUCKLEY (A-82-11, 2012 CAF 9, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 11 janvier 2012, 18 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de statuer sur la plainte des défendeurs et sa compétence à cet égard—Les défendeurs, quatre des cinq plus grandes Premières Nations de l'Ontario, ont déposé une plainte à la Commission sous le régime de l'art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, alléguant que les politiques appliquées par AINC en matière de financement défavorisent les Premières Nations les plus grandes par rapport à celles qui sont plus petites—La prétendue discrimination de la part d'Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) était fondée sur l'origine nationale ou ethnique—La procédure de règlement des plaintes de discrimination est décrite aux art. 40 et suivants de la Loi—Une fois la plainte déposée, la Commission décide si elle doit statuer sur la plainte et faire enquête sur les allégations—Il n'appartient pas à la Commission, et encore moins à la Cour, d'apprécier la preuve et les arguments présentés par chaque partie—Il s'agissait de décider si les allégations des défendeurs révèlent qu'il existe, avec un motif de distinction illicite, un lien suffisant pour conférer à la Commission le pouvoir d'enquêter sur ces allégations—En l'espèce, il n'était pas déraisonnable de la part de la Commission de statuer, à l'étape précédant l'ouverture de l'enquête, que la plainte ne relevait manifestement pas de sa compétence—La plainte des défendeurs révèle un lien entre les conséquences défavorables qu'ont pour eux les formules de financement d'AINC et le fait qu'ils appartiennent à des Premières Nations particulières reconnaissables d'après leur origine nationale ou ethnique—Il ressort clairement de l'art. 41 de la Loi que la Commission dispose du pouvoir discrétionnaire de décider de statuer ou non sur une plainte—En l'espèce, il était raisonnable, de la part de la Commission, de conclure qu'il n'était pas évident que la plainte des défendeurs n'était pas de sa compétence—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOHAWKS DE LA BAIE DE QUINTE (T-8-11, 2012 CF 105, juge Bédard, jugement en date du 27 janvier 2012, 22 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

Appel et appel incident à l'encontre de la décision (2010 CCI 375) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) portant que l'achalandage peut exister dans une industrie réglementée et qu'il a été vendu en l'espèce avec l'entreprise réglementée de transmission d'électricité de l'appelante—Cependant, la C.C.I. a aussi conclu que l'effet de levier et la déduction fiscale possibles ne faisaient pas partie de l'achalandage, mais constituaient des actifs corporels vendus; elle y a remplacé sa propre attribution, la déduisant du montant de l'achalandage—L'appelante a vendu l'entreprise réglementée de transmission d'électricité en contrepartie de 1,31 fois la valeur comptable nette réglementée des actifs corporels—Les parties ont attribué la majeure partie de la prime de 31 p. 100, soit 190 824 476 \$, à l'achalandage—Il s'agissait de l'attribution courante pour les industries réglementées—Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, en réattribuant le montant global de l'achalandage aux actifs corporels—Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si la notion d'achalandage existe dans les industries réglementées; si la C.C.I. s'est trompée en statuant que l'effet de levier et la déduction fiscale ne font pas partie de l'achalandage en l'espèce et si l'attribution dont il a été convenu est déraisonnable en vertu de l'art. 68 de la Loi—L'achalandage nécessite trois caractéristiques : 1) un actif incorporel; 2) il découle d'attentes quant aux gains, rendements ou autres avantages futurs en sus des attentes qui existent dans des entreprises semblables; 3) il ne peut être scindé de l'entreprise auquel il appartient—Même si la C.C.I. a conclu à juste titre que le ministre a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'achalandage n'existe pas dans les industries réglementées, la C.C.I. s'est trompée lorsqu'elle a statué que l'effet de levier et la déduction fiscale ne faisaient pas partie de l'achalandage—L'effet de levier possible dans une entreprise de transmission constitue un actif incorporel qui réunit toutes les caractéristiques de l'achalandage—La déduction fiscale possible ne fait partie ni de l'achalandage de l'appelante ni des actifs corporels; il s'agit plutôt d'un actif incorporel des acheteurs—La C.C.I. n'était pas justifiée à déduire le montant évalué au titre de la déduction fiscale du montant attribué à l'achalandage—Il n'était pas déraisonnable en l'espèce pour les parties d'attribuer la déduction fiscale à l'achalandage pour l'application de l'art. 68 de la Loi—En vertu de l'art. 68 de la Loi, un montant est raisonnablement

**DROIT MARITIME—Fin**

considéré comme étant une contrepartie relativement à la disposition d'un bien donné si un homme d'affaires raisonnable, ayant à l'esprit les intérêts commerciaux, aurait attribué ce montant à ce bien donné—Des pratiques réglementaires et de l'industrie de longue date et des normes de vérification et d'évaluation étaient pertinentes en l'espèce—La C.C.I. a mal appliqué le critère énoncé à l'art. 68 de la Loi en l'espèce—Si le bon critère avait été appliqué, la C.C.I. aurait été tenue de conclure que l'attribution convenue de 190 824 476 \$ à l'achalandage était raisonnable, étant conforme aux normes de l'industrie et de la réglementation et aux principes comptables courants des industries réglementées—Appel accueilli, appel incident rejeté.

TRANSALTA CORPORATION C. CANADA (A-350-10, 2012 CAF 20, juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 20 janvier 2012, 35 p.)

**SOCIÉTÉS**

Appel à l'encontre de la décision (2010 CCI 576) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre les nouvelles cotisations établies par l'intimée—L'appelante est issue d'une unification effectuée en vertu de la *Credit Union Incorporation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 82 (la CUIA)—Les sociétés remplacées par l'appelante ont effectué des opérations immobilières et sur des actions avec une tierce société pour éviter que l'unification tombe sous le coup de l'art. 87 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Les actions et les biens immeubles sont devenus la propriété de l'appelante lors de l'unification même si les actions n'appartenaient pas aux sociétés remplacées immédiatement avant l'unification—L'intimée a établi une nouvelle cotisation au titre de la déduction pour amortissement (DPA) afin de refléter le montant de la fraction non amortie du coût en capital (FNACC) des sociétés remplacées avant l'unification—La C.C.I. a statué que même si l'art. 87 ne s'appliquait pas à l'unification en l'espèce, les principes posés dans l'arrêt *La Reine c. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 411 (*Black & Decker*) s'appliquait, de sorte que le solde combiné de la FNACC des sociétés remplacées a été transféré à l'appelante—Il s'agissait de savoir si : 1) l'unification tombait sous le coup de l'art. 87 de la Loi; et 2) les principes posés dans l'arrêt *Black & Decker* s'appliquaient, de façon à obliger l'appelante à reconnaître l'amortissement des actifs—1) Les conditions exposées à l'art. 87(1)a) de la Loi, soit que les biens appartenant aux sociétés remplacées deviennent des biens de la nouvelle société et que le changement a lieu en raison de l'unification, ont été remplies en l'espèce—Les opérations liées à l'unification ont tout simplement modifié la forme des biens des sociétés remplacées qui sont devenus des biens de l'appelante—Le fait que la participation dans les biens a été conférée à la filiale en propriété exclusive de l'appelante au moment de l'unification ne justifie pas la conclusion portant que les biens des sociétés remplacées ne deviennent pas les biens de l'appelante pour l'application de l'art. 87(1)a)—Enfin, les opérations en l'espèce étaient étroitement liées à l'unification—La FNACC des actifs immédiatement avant l'unification a donc été transférée à l'appelante en vertu de l'art. 87(2)b) de la Loi—2) Dans l'arrêt *Black & Decker*, la Cour suprême du Canada a statué que la loi a pour effet de permettre aux compagnies constituantes de subsister dans leur intégralité au sein de la compagnie née de la fusion—La CUIA a adopté le même modèle de la continuation pour l'unification—L'expression « dans leur intégralité » est assez étendue qu'elle comprend le solde de la FNACC des sociétés remplacées—L'intimée a refusé à juste titre la déduction pour amortissement demandée par l'appelante—Appel rejeté.

ENVISION CREDIT UNION C. CANADA (A-479-10, 2011 CAF 321, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 21 novembre 2011, 28 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire de la nomination par la ministre du Travail d'un arbitre en application de l'art. 8 de la *Loi sur le rétablissement de la livraison du courrier aux Canadiens*, L.C. 2011, ch. 17—Le demandeur demandait entre autres à la Cour l'annulation de cette nomination au motif que la ministre a exercé déraisonnablement sa discrétion en faisant abstraction du bilinguisme et de l'expertise de l'arbitre—L'exercice par la ministre de son pouvoir de désigner un arbitre ne doit pas aboutir notamment à une injustice flagrante—Dans le cas présent, l'absence de transparence dans le processus de désignation, le peu de motifs justificatifs fournis par la ministre et le caractère laconique de ses communications indiquent qu'elle semble avoir exclu de son analyse l'expérience antérieure de l'arbitre et les exigences de bilinguisme—La décision rendue par la ministre est donc déraisonnable et doit être annulée—Demande accueillie en partie.

SYNDICAT DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DES POSTES C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-1344-11, 2012 CF 110, juge Martineau, jugement en date du 30 janvier 2012, 18 p.)

**SOCIÉTÉS**

Requête en procès sommaire présentée en vertu de la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, dans le contexte d'une action en matière de brevet—ratiopharm inc., la demanderesse initiale, a soumis une demande en dommages-intérêts au titre de l'art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, contre Wyeth à la suite d'une instance antérieure en matière d'avis de conformité (AC) intentée par Wyeth contre ratiopharm—La concurrente de ratiopharm, Novopharm Limited, a conclu un contrat de licence avec Wyeth pour vendre une version générique du médicament en cause en l'espèce—Novopharm a changé sa dénomination sociale à Teva Canada Limited; ratiopharm et des sociétés liées ont par la suite fusionné avec Teva en vertu de l'art. 186 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44—Depuis la fusion, Teva vend les médicaments génériques de ratiopharm et de Novopharm aux termes du contrat de licence avec Wyeth—La principale question à trancher était celle de savoir si Teva, la société issue de la fusion, avait le droit de maintenir la demande en dommages-intérêts intentée par ratiopharm en vertu de l'art. 8—La doctrine du choix en equity constituait l'argument déterminant en l'espèce—Distinction opérée entre la doctrine du choix en common law et la doctrine du choix en equity—La doctrine du choix en equity repose sur le fait que la partie qui effectue le choix, ayant obtenu l'avantage particulier d'une transaction, doit accepter toutes les conséquences qui en découlent, dont les conséquences défavorables—Il appert de la preuve que Novopharm, en sa qualité de titulaire de licence, a effectué un choix en equity lorsqu'elle s'attendait à ce que Wyeth intente une instance en matière d'AC contre ratiopharm, et l'encourageait à le faire, pour donner suite à la contrefaçon de brevet—Même si ratiopharm aurait une revendication de brevet valide, la doctrine du choix en equity empêcherait Novopharm de la faire valoir—L'art. 186c) de la Loi prévoit que la société issue de la fusion est responsable des obligations de chaque société—Le choix en equity de Novopharm est reporté prospectivement sur le fondement de l'art. 186c) et touche Teva, la société issue de la fusion, qui est maintenant responsable de l'obligation du choix en equity à compter de la date de la fusion—Par conséquent, la demande de ratiopharm n'est plus opposable par Teva—Requête accueillie.

TEVA CANADA LIMITED C. WYETH LLC (T-1844-07, 2011 CF 1169, juge Hughes, jugement en date du 9 novembre 2011, 33 p.)