



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 4, Part 2**

**2006, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2006] 4 F.C.R., 193-375**

**Renvoi [2006] 4 R.C.F., 193-375**

---



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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Judgments .....	193-375
Appeals Noted .....	I

<b>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry) (F.C.) .....</b>	<b>241</b>
--	------------

Access to Information—Judicial review of Chief Statistician of Canada's refusal to disclose individual census returns to Algonquin Bands seeking to research, validate Aboriginal land claim—Chief Statistician relying on *Statistics Act*, s. 17(1), prohibiting disclosure of individual returns subject to exceptions under s. 17(2)—Whether information sought by Bands “information available to the public under any statutory or other law” pursuant to *Statistics Act*, s. 17(2)(d)—Here, information available to member of public (Algonquin Bands) pursuant to statutory or other law (*Constitutional Act, 1982*, s. 35; *Privacy Act*, s. 8(2)(k); Crown's common-law duties towards Aboriginal people)—Application allowed.

## SOMMAIRE

Jugements .....	193-375
Appels notés .....	I

<b>Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie) (C.F.) .....</b>	<b>241</b>
--	------------

Accès à l'information—Contrôle judiciaire du refus du statisticien en chef du Canada de communiquer des renseignements personnels recueillis lors de recensements à des bandes algonquines cherchant à établir une revendication territoriale d'Autochtone—Ce refus était fondé sur l'art. 17(1) de la *Loi sur la statistique*, qui interdit de révéler les renseignements personnels recueillis lors de recensements, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 17(2)—Les renseignements réclamés par les bandes étaient-ils des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit » au sens de l'art. 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*—En l'espèce, les renseignements réclamés par les bandes algonquines étaient des renseignements mis à la disposition du public (les bandes algonquines) en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit (en l'occurrence, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et les obligations imposées par la common law à Sa Majesté envers les peuples autochtones)—Demande accueillie.

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Aboriginal and Treaty Rights—Three Algonquin Bands seeking disclosure of individual census returns to research, validate Aboriginal land claim—Crown having common-law duty to act honourably, in good faith, as fiduciary with respect to Aboriginal land claims—These duties, now part of *Constitution Act, 1982*, s. 35, requiring Crown to disclose records sought—In event *Statistics Act*, s. 17, prohibiting disclosure of returns, that section inconsistent with *Constitution Act, 1982*, s. 35, of no force or effect pursuant to s. 52 of that Act as inconsistency not justified.

Privacy—Three Algonquin Bands seeking disclosure of individual census returns pursuant to *Privacy Act*, s. 8(2)(k)—That section, allowing disclosure of personal information to Indian band for purpose of researching, validating land claim, statutory law within meaning of *Statistics Act*, s. 17(2)(d) (exception to *Statistics Act*, s. 17(1) prohibiting disclosure of individual census records).

Construction of Statutes—*Statistics Act*, s. 17(2)(d), providing exception to prohibition against disclosing individual census returns—Phrase “information available to the public” denoting records obtainable by general public, members or sections thereof, having right of access.

### Hoang v. M.N.R. (F.C.) ..... 309

Customs and Excise—Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act—Motion for summary judgment seeking determination of plaintiff’s action under s. 30, appealing Minister’s decision not to return forfeited funds, since only genuine issue for trial question of law—Concept of bringing goods into country physical act, not requiring intention to import—Reporting requirement under Act, s. 12 analogous to duty to report imported goods under *Customs Act*—Appeal right under Act, s. 30 discussed—Motion allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Droits ancestraux ou issus de traités—Trois bandes algonquines réclamaient la divulgation de renseignements personnels recueillis lors de recensements pour les aider à établir une revendication territoriale d’Autochtone—La common law oblige Sa Majesté à agir honorablement, de bonne foi et en qualité de fiduciaire en ce qui concerne les revendications territoriales des Autochtones—Ces obligations, qui ont été constitutionnalisées à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, obligeaient Sa Majesté à divulguer les renseignements demandés—Dans l’hypothèse où il interdirait la divulgation des données des recensements, l’art. 17 de la *Loi sur la statistique* est incompatible avec l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle*, il est inopérant parce qu’on n’a pas pu justifier cette incompatibilité.

Protection des renseignements personnels—Trois bandes algonquines réclamaient, en vertu de l’art. 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la divulgation de renseignements personnels recueillis lors de recensements—Cet article, qui autorise la divulgation de renseignements personnels à une bande d’Indiens pour lui permettre d’établir une revendication territoriale, constitue « une loi » au sens de l’art. 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique* (exception à l’art. 17(1) de la *Loi sur la statistique*, qui interdit de révéler les renseignements personnels recueillis lors de recensements).

Interprétation des lois—L’art. 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique* prévoit une exception à l’interdiction de divulguer les renseignements personnels recueillis lors de recensements—L’expression « renseignements mis à la disposition du public » vise les documents pouvant être obtenus par le public en général, ou par des membres ou des parties du public, ayant un droit d’accès.

### Hoang c. M.R.N. (C.F.) ..... 309

Douanes et Accise—Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes—Requête visant à obtenir un jugement sommaire concernant l’action intentée par le demandeur en vertu de l’art. 30, par laquelle il interjetait appel de la décision du ministre de ne pas restituer les fonds confisqués, étant donné que la seule véritable question litigieuse était une question de droit—L’introduction de marchandises dans un pays est un acte physique qui n’exige pas l’intention d’importer—L’obligation de déclaration prévue à l’art. 12 de la *Loi* est analogue à l’obligation de déclarer les marchandises importées figurant dans la *Loi sur les douanes*—

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, ss. 12, 30—Motion for summary judgment seeking determination of plaintiff’s action under s. 30 appealing Minister’s decision not to return forfeited funds—Terms “exportation”, “importation” in s. 12 interpreted—S. 12 not requiring intention to import—*Obiter*: s. 30 not requiring two appeals to Federal Court with respect to different parts of same decision.

Administrative Law—Statutory Appeals—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, s. 30 permitting person who requested decision of Minister under s. 25 to appeal “the decision” by way of action to Federal Court—Not intended to require two appeals with respect to different parts of same decision.

### Jaballah (Re) (F.C.) ..... 193

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Application for release from detention until matters in security certificate proceedings finally determined—Applicant foreign national held in detention since 2001 when security certificate issued against him under *Immigration Act*, s. 40.1—Court having authority to consider application for release from detention made under Charter, *Constitution Act, 1982*—As foreign national, applicant having no right to be admitted to Canada—Detention to continue if reviewing judge satisfied applicant “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”, under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 83(3)—Evidence unequivocal applicant still danger to national security—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, Detention, Imprisonment—Applicant arguing continuing detention of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Le droit d’appel conféré à l’art. 30 de la Loi a été examiné—Requête accueillie.

Interprétation des lois—Art. 12 et 30 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Requête en jugement sommaire concernant l’action intentée par le demandeur en vertu de l’art. 30, par laquelle il interjetait appel de la décision du ministre de ne pas restituer les fonds confisqués—Interprétation des termes « exportation » et « importation » à l’art. 12—L’art. 12 n’exige pas l’intention d’importer—*Obiter*: l’art. 30 ne crée pas deux procédures d’appel à la Cour fédérale pour deux parties différentes d’une même décision.

Droit administratif—Appels prévus par la loi—L’art. 30 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* permet à une personne qui a présenté une demande au ministre en vertu de l’art. 25 d’interjeter appel de « la décision » par voie d’action devant la Cour fédérale—Le législateur n’avait pas l’intention de créer deux procédures d’appel pour différentes parties d’une même décision.

### Jaballah (Re) (C.F.) ..... 193

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Demande de mise en liberté jusqu’à ce qu’il soit statué à titre définitif sur les questions se rapportant à la procédure du certificat de sécurité—Le demandeur, un étranger, était en détention depuis 2001, lorsqu’un certificat de sécurité fut délivré contre lui en application de l’art. 40.1 de la *Loi sur l’immigration*—La Cour avait le pouvoir d’examiner la demande de mise en liberté présentée conformément à la Charte et à la *Loi constitutionnelle de 1982*—En tant qu’étranger, le demandeur n’avait aucun droit d’être admis au Canada—La détention doit se poursuivre si le juge saisi de la procédure de contrôle est d’avis que le demandeur « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi », en application de l’art. 83(3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La preuve montrait sans équivoque que le demandeur constituait toujours un danger pour la sécurité nationale—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—Le demandeur a fait valoir que le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

foreign national under Immigration and *Refugee Protection Act* (IRPA), s. 82(2), with no judicial review of appropriateness of detention, infringing Charter rights—Purpose of duration of detention to hold foreign national considered inadmissible to Canada as preventive measure—Conditions of applicant's detention not cruel, unusual punishment under Charter, s. 12—Mandatory detention provided by IRPA, s. 82(2) not constituting arbitrary detention, imprisonment under Charter, s. 9—Provisions for detention under IRPA, ss. 82-85 held by F.C.A. not to infringe upon rights guaranteed by Charter, ss. 7, 9, 12.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Right to equality, equal benefit of the law without discrimination on ground analogous to those specified, assured to applicant by Charter, s. 15(1) infringed by effects of continuing detention under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 82(2)—Effect of continuing detention without review under s. 82(2) resulting in loss of equal protection, equal benefit of law for foreign national solely on basis of immigration status.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Continued application of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 82(2) without judicial review of detention denying applicant equality rights assured by Charter, s. 15(1)—Appropriate remedy under Charter, s. 24(1) exemption from continuing detention on constitutional grounds unless detention reviewed on same basis as that provided for permanent resident detained under security certificate—Remedy appropriate in circumstances, where applicant's detention for more than four years without judicial review of appropriateness thereof, continuing—Remedy respecting s. 82(2).

**Reid v. Canada (F.C.A.) . . . . . 327**

Public Service—“Supplementary Death Benefits”—Appeal from Federal Court's dismissal of motion for summary

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

maintien en détention d'un étranger en application de l'art. 82(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), sans que l'à-propos de sa détention soit l'objet d'un contrôle judiciaire, contrevenait à ses droits garantis par la Charte—L'objet du maintien en détention est de faire en sorte qu'un étranger déclaré interdit de territoire au Canada soit détenu à titre de mesure préventive—Les conditions de détention du demandeur ne constituaient pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte—Sa détention obligatoire, prévue par l'art. 82(2) de la LIPR, ne constituait pas une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'art. 9 de la Charte—La C.A.F. a jugé que les dispositions en matière de détention prévues par les art. 82 à 85 de la LIPR, n'empiétaient pas sur les droits garantis par les art. 7, 9, 12 de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis au demandeur par l'art. 15(1) de la Charte, sont violés par les effets du maintien en détention résultant de l'art. 82(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application de l'art. 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—L'application continue de l'art. 82(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, sans un contrôle judiciaire de la détention, a pour effet de nier au demandeur les droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) de la Charte—La réparation qui s'imposait selon l'art. 24(1) de la Charte, était une dispense de maintien en détention, pour des raisons constitutionnelles, sauf si un contrôle judiciaire pouvait être exercé sur cette détention comme celui dont pouvait se prévaloir un résident permanent détenu en vertu d'un certificat de sécurité—La réparation proposée était adéquate compte tenu des circonstances, le demandeur étant détenu depuis plus de quatre ans sans qu'un contrôle judiciaire ait eu lieu sur l'à-propos de son maintien en détention—La réparation respectait l'art. 82(2).

**Reid c. Canada (C.A.F.) . . . . . 327**

Fonction publique—« Prestations supplémentaires de décès »—Appel d'un jugement de la Cour fédérale rejetant la requête

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

dismissal of action—Respondent, widow of retired federal government employee—When retiring, late husband became “elective participant” in Supplementary Death Benefit Plan pursuant to *Public Service Superannuation Act* (Act)—Received retroactive salary increase when new collective agreement made after retirement but before death—Whether retroactive salary increase should be considered in determining supplementary death benefit—Amount of supplementary death benefit payable under Act, Part II determined based on whether participant dies while employed or after retirement—Act, s. 47(1)(a) applying in case of death of federal government employee while employed—Act, s. 47(1)(b) applying to “elective participant”—Definition of “salary” therein not including retroactive salary exception, not importing Part I definition unlike s. 47(1)(a)—No reason to presume Parliament intended to treat retired Canadian Armed Forces members, retired public servants similarly—Federal Court erring in interpretation of definition—Appeal allowed.

### **Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 341

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Applicant filing application for permanent residence as part of federal skilled worker class February 1, 2002—Application not processed prior to coming into force of *Immigration and Refugee Protection Act* on June 28, 2002—Applicant seeking to convert application for order directing Minister of Citizenship and Immigration to assess application for permanent residence in accordance with former *Immigration Act* into action, and to have action certified as class action—Arguing *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 361(3), limiting evaluation pursuant to former Regulations to those applications filed prior to January 1, 2002, *ultra vires Immigration and Refugee Protection Act*—That provision not *ultra vires*—Test for certification of class action not met—Motion to convert to action dismissed.

Practice—Applications—Motion to have judicial review application converted to action pursuant to *Federal Courts*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en rejet sommaire de l'action—L'intimée est la veuve d'un employé du gouvernement canadien à la retraite—À sa retraite, son défunt mari a choisi de devenir un « participant volontaire » au régime de prestations supplémentaires de décès conformément à la *Loi sur la pension de la fonction publique*—Il a obtenu une augmentation rétroactive de traitement en vertu d'une convention collective conclue après sa retraite mais avant son décès—Faut-il tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement pour déterminer la prestation supplémentaire de décès?—Le montant de la prestation supplémentaire de décès payable en application de la partie II de la Loi dépend de la question de savoir si le participant décède pendant son emploi ou après sa retraite—L'art. 47(1)a) s'applique lorsque le décès d'un employé du gouvernement fédéral survient en cours d'emploi—L'art. 47(1)b) s'applique au « participant volontaire »—À la différence de l'art. 47(1)a), l'art. 47(1)b) n'intègre ni l'exception relative au traitement rétroactif ni la définition de « traitement » que l'on trouve à la partie I (qui se rapporte à la « rémunération de base »)—Il n'y a aucune raison de présumer que le législateur entendait assujettir au même traitement les membres des Forces armées canadiennes à la retraite et les employés du gouvernement fédéral à la retraite—La Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de la définition—Appel accueilli.

### **Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)** ..... 341

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002 à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés—Sa demande n'a pas été traitée avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le 28 juin 2002—Le demandeur voulait faire convertir en action la demande visant à faire ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à examiner sa demande de résidence permanente selon l'ancienne loi, et il a demandé que l'action soit autorisée comme recours collectif—Il a soutenu que l'art. 361(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, restreignant l'évaluation des dossiers selon l'ancien Règlement aux demandes déposées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, était *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*— Cette disposition n'était pas *ultra vires*—Le critère d'autorisation du recours collectif n'a pas été rempli—La requête en conversion en action a été rejetée.

Pratique—Demandes—Requête en conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action intentée en vertu de l'art. 18.4

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Act*, s. 18.4—That motion having to be considered at same time as motion for certification of class action—Success of motion dependent on whether motion for certification would be granted or not.

Practice—Class Actions—Applicant bringing motion to convert judicial review application into action, have action certified as class action brought on behalf of skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence—Five criteria for certification of class action, set out in *Federal Courts Rules*, r. 299.18, conjunctive—Applicant arguing *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 361(3), *ultra vires Immigration and Refugee Protection Act*—That subsection already held to be validly enacted subordinate legislation—Applicant’s additional arguments not altering this conclusion—Pleading thus not disclosing reasonable cause of action—Test for certification not met.

Construction of Statutes—Applicant arguing division of applicants for permanent residence whose applications pending when *Immigration and Refugee Protection Act* coming into force into two categories, through enactment of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 361(3), *ultra vires*—Term “classes”, found in transitional provision of Act pursuant to which Regulations, s. 361(3) enacted, not simply referring to groups of would-be immigrants categorized by selection criteria—Parliament intending regulations could be made in relation to groups of individuals sharing common attribute, i.e. time period in which applications filed—Temporal requirement in Regulations, s. 361(3) not arbitrary, irrelevant consideration.

### **Wappen-Reederei GmbH & Co. KG v. Hyde Park (The) (F.C.)** ..... 272

Transportation—Owners of ships involved in collision seeking return of VHF radio recordings, disclosure of bridge recordings—These recordings, found on voyage data recorder (VDR) of one of ships, seized by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) following

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de la *Loi sur les Cours fédérales*—Cette requête devait être examinée en même temps que la requête en autorisation d’un recours collectif—L’issue de la requête dépendait de l’issue de la requête en autorisation.

Pratique—Recours collectifs—Le demandeur a présenté une requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action et en autorisation de l’action comme recours collectif intenté au nom des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs ayant fait une demande de résidence permanente—Les cinq critères d’autorisation de recours collectif énoncés à la règle 299.18 des *Règles des Cours fédérales* sont cumulatifs—Le demandeur a soutenu que l’art. 361(3) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* était *ultra vires* de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Il a déjà été statué que ce texte d’application a été pris valablement—Les arguments supplémentaires du demandeur ne changeaient rien à cette conclusion—L’acte de procédure ne révélait donc aucune cause d’action valable—Le critère d’autorisation n’était pas rempli.

Interprétation des lois—Le demandeur a soutenu que la répartition en deux catégories des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en cours de traitement lors de l’entrée en vigueur de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et résultant de l’art. 361(3) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* était *ultra vires*—Le terme «catégories», qui apparaît dans la disposition transitoire en vertu de laquelle l’art. 361(3) du Règlement a été pris, ne vise pas simplement des groupes d’immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection—L’intention du législateur était que des règlements puissent être pris en rapport avec des groupes de personnes ayant une caractéristique commune, c’est-à-dire la période pendant laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées—L’exigence temporelle prévue par l’art. 361(3) du Règlement ne constituait pas un facteur arbitraire et sans pertinence.

### **Wappen-Reederei GmbH & Co. KG c. Hyde Park (Le) (C.F.)** ..... 272

Transports—Les propriétaires de navires en cause dans un abordage sollicitaient la restitution des enregistrements OM et la communication des enregistrements de la passerelle—Lesdits enregistrements, qui ont été trouvés dans un enregistreur de données de bord (appareil VDR) de l’un des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

accident—TSB refusing to release copies of recordings on basis privileged pursuant to *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, s. 28—Not necessary for recording equipment to be located on bridge, control room of ship for Act, s. 28(1) definition of “on-board recording” to cover bridge recordings—Bridge recordings thus subject to s. 28 privilege—VHF recordings subject to Act, s. 29, but not s. 28—These recordings could be produced, but their use was limited by Act, s. 29(6)—Motion allowed in part.

Construction of Statutes—*Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, ss. 28, 29—Reference in Act, s. 28(1) to recording made “on the bridge or in a control room” covering bridge recordings even if recording equipment not located on bridge or in control room of ship—Act, s. 29(6), prohibiting use of communication record in legal, disciplinary proceedings, not limited to proceedings against persons listed in s. 29(1).

Practice—Discovery—Production of Documents—Owners of vessels involved in collision, bringing motion to obtain on-board recordings seized by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB)—TSB refusing to release copy of recordings on basis privileged—Whether bridge recordings relevant to actions, discoverable under *Federal Courts Rules*, rr. 222, 223—*Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, s. 28(6) allowing disclosure if public interest, administration of justice outweighing importance of privilege attached to bridge recordings—Disclosure not warranted in case at bar.

## SOMMAIRE (Fin)

navires, ont été saisis par le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (BST) après l'accident—Le BST a refusé de communiquer des copies de ces enregistrements, soutenant que ceux-ci étaient protégés par un privilège en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*—Il n'est pas nécessaire que le matériel d'enregistrement se trouve sur la passerelle ou dans une salle de contrôle du navire pour que la définition de l'expression « enregistrements de bord » énoncée à l'art. 28(1) de la Loi couvre les enregistrements de la passerelle—Les enregistrements de la passerelle étaient donc assujettis au privilège prévu à l'art. 28—Les enregistrements OM étaient assujettis à l'art. 29 de la Loi, mais non à l'art. 28—Ces enregistrements pouvaient être produits, mais leur utilisation était restreinte par l'art. 29(6) de la Loi—Requête accueillie en partie.

Interprétation des lois—Art. 28 et 29 de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*—La mention à l'art. 28(1) des enregistrements des conversations reçues « par la passerelle ou toute salle de contrôle » couvre les enregistrements de la passerelle même si le matériel d'enregistrement ne se trouve pas sur la passerelle ou dans une salle de contrôle du navire—L'art. 29(6) de la Loi, qui interdit l'utilisation des enregistrements contrôlés dans les procédures judiciaires ou disciplinaires, ne se limite pas aux procédures intentées contre les personnes mentionnées à l'art. 29(1).

Pratique—Communication de documents et interrogatoire préalable—Production de documents—Les propriétaires de navires en cause dans un abordage ont présenté une requête visant à obtenir la restitution des enregistrements de bord que le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (BST) avait saisis—Le BST a refusé de communiquer une copie des enregistrements au motif qu'ils étaient protégés par un privilège—Il s'agissait de savoir si les enregistrements de la passerelle étaient pertinents quant aux actions et si leur communication pouvait être exigée en application des règles 222 et 223 des *Règles des Cours fédérales*—L'art. 28(6) de la Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports permet la communication lorsque l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur la protection conférée aux enregistrements de la passerelle—La communication n'était pas justifiée en l'espèce.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Bastide v. Canada Post Corp.*, [2006] 2 F.C.R. 637 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-524-05, 2006 FCA 318), reasons for judgment handed down 28/9/06.

*Blood Tribe (Department of Health) v. Canada (Privacy Commissioner)*, [2005] 4 F.C.R. 34 (F.C.), has been reversed on appeal (A-147-05, 2005 FCA 334). The reasons for judgment handed down 18/10/06, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Redeemer Foundation v. M.N.R.*, [2006] 1 F.C.R. 416 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-551-05, 2006 FCA 325). The reasons for judgment handed down 10/10/06, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 297 (F.C.A.), was reversed by a decision dated 3/11/06 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Premakumaran v. Canada*, A-372-05, 2006 FCA 213, Linden J.A., judgment dated 9/6/06, leave to appeal to S.C.C. refused 16/11/06.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bastide c. Société canadienne des postes*, [2006] 2 R.C.F. 637 (C.F.), a été confirmée en appel (A-524-05, 2006 CAF 318), les motifs du jugement ayant été prononcés le 28-9-06.

La décision *Blood Tribe (Department of Health) c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée)*, [2005] 4 R.C.F. 34 (C.F.), a été infirmée en appel (A-147-05, 2005 CAF 334). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 18-10-06, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Redeemer Foundation c. M.R.N.*, [2006] 1 R.C.F. 416 (C.F.), a été confirmée en appel (A-551-05, 2006 CAF 325). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 10-10-06, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 297 (C.A.F.), a été infirmée par une décision en date du 3-11-06, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Premakumaran c. Canada*, A-372-05, 2006 CAF 213, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 9-6-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 16-11-06.



ISSN 1714-3713 (print/imprimé)  
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 4, Part 2**

**2006, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



DES-04-01  
2006 FC 115

DES-04-01  
2006 CF 115

**IN THE MATTER OF** a certificate pursuant to Section 40.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, now deemed to be under s-s 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27;

**AND IN THE MATTER OF** the referral of that certificate to the Federal Court of Canada;

**AND IN THE MATTER OF** Mahmoud JABALLAH (*Applicant*)

and

**The Attorney General of Ontario** (*Intervener*)

**INDEXED AS: JABALLAH (RE) (F.C.)**

Federal Court, MacKay D.J.—Toronto, November 30, December 1 and 2, 2005; Ottawa, February 1, 2006.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Application for release from detention until matters in security certificate proceedings finally determined — Applicant foreign national held in detention since 2001 when security certificate issued against him under Immigration Act, s. 40.1 — Court having authority to consider application for release from detention made under Charter, Constitution Act, 1982 — As foreign national, applicant having no right to be admitted to Canada — Detention to continue if reviewing judge satisfied applicant “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”, under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(3) — Evidence unequivocal applicant still danger to national security — Application dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Applicant arguing continuing detention of foreign national under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 82(2), with no judicial review of appropriateness of detention, infringing Charter rights —*

**AFFAIRE CONCERNANT** un certificat établi en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, aujourd'hui censé établi en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27;

**ET** le renvoi de ce certificat à la Cour fédérale du Canada;

**ET** Mahmoud JABALLAH (*demandeur*)

et

**Le procureur général de l'Ontario** (*intervenant*)

**RÉPERTORIÉ : JABALLAH (RE) (C.F.)**

Cour fédérale, juge suppléant MacKay—Toronto, 30 novembre, 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2005; Ottawa, 1<sup>er</sup> février 2006.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Demande de mise en liberté jusqu'à ce qu'il soit statué à titre définitif sur les questions se rapportant à la procédure du certificat de sécurité — Le demandeur, un étranger, était en détention depuis 2001, lorsqu'un certificat de sécurité fut délivré contre lui en application de l'art. 40.1 de la Loi sur l'immigration — La Cour avait le pouvoir d'examiner la demande de mise en liberté présentée conformément à la Charte et à la Loi constitutionnelle de 1982 — En tant qu'étranger, le demandeur n'avait aucun droit d'être admis au Canada — La détention doit se poursuivre si le juge saisi de la procédure de contrôle est d'avis que le demandeur « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi », en application de l'art. 83(3) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La preuve montrait sans équivoque que le demandeur constituait toujours un danger pour la sécurité nationale — Demande rejetée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Le demandeur a fait valoir que le maintien en détention d'un étranger en application de l'art. 82(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), sans que l'à-propos de sa détention soit l'objet d'un*

*Purpose of duration of detention to hold foreign national considered inadmissible to Canada as preventive measure — Conditions of applicant's detention not cruel, unusual punishment under Charter, s. 12 — Mandatory detention provided by IRPA, s. 82(2) not constituting arbitrary detention, imprisonment under Charter, s. 9 — Provisions for detention under IRPA, ss. 82-85 held by F.C.A. not to infringe upon rights guaranteed by Charter, ss. 7, 9, 12.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Right to equality, equal benefit of the law without discrimination on ground analogous to those specified, assured to applicant by Charter, s. 15(1) infringed by effects of continuing detention under Immigration and Refugee Protection Act, s. 82(2) — Effect of continuing detention without review under s. 82(2) resulting in loss of equal protection, equal benefit of law for foreign national solely on basis of immigration status.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Continued application of Immigration and Refugee Protection Act, s. 82(2) without judicial review of detention denying applicant equality rights assured by Charter, s. 15(1) — Appropriate remedy under Charter, s. 24(1) exemption from continuing detention on constitutional grounds unless detention reviewed on same basis as that provided for permanent resident detained under security certificate — Remedy appropriate in circumstances, where applicant's detention for more than four years without judicial review of appropriateness thereof, continuing — Remedy respecting s. 82(2).*

This was an application for release from detention until matters concerning the applicant in this security certificate proceeding under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) are finally determined. The applicant, a foreign national and citizen of Egypt, has been held in detention since August 14, 2001, when a security certificate was issued against him under section 40.1 of the *Immigration Act*. His refugee claim was still outstanding when he became the subject of a second security certificate issued by the Minister of Citizenship and Immigration and the then Solicitor General of Canada, setting out their opinion that the applicant was inadmissible to Canada on specified grounds of national security. The applicant was detained, without warrant or order

*contrôle judiciaire, contrevenait à ses droits garantis par la Charte — L'objet du maintien en détention est de faire en sorte qu'un étranger déclaré interdit de territoire au Canada soit détenu à titre de mesure préventive — Les conditions de détention du demandeur ne constituaient pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte — Sa détention obligatoire, prévue par l'art. 82(2) de la LIPR, ne constituait pas une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'art. 9 de la Charte — La C.A.F. a jugé que les dispositions en matière de détention prévues par les art. 82 à 85 de la LIPR, n'empiétaient pas sur les droits garantis par les art. 7, 9, 12 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis au demandeur par l'art. 15(1) de la Charte, sont violés par les effets du maintien en détention résultant de l'art. 82(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application de l'art. 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L'application continue de l'art. 82(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, sans un contrôle judiciaire de la détention, a pour effet de nier au demandeur les droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) de la Charte — La réparation qui s'imposait selon l'art. 24(1) de la Charte, était une dispense de maintien en détention, pour des raisons constitutionnelles, sauf si un contrôle judiciaire pouvait être exercé sur cette détention comme celui dont pouvait se prévaloir un résident permanent détenu en vertu d'un certificat de sécurité — La réparation proposée était adéquate compte tenu des circonstances, le demandeur étant détenu depuis plus de quatre ans sans qu'un contrôle judiciaire ait eu lieu sur l'à-propos de son maintien en détention — La réparation respectait l'art. 82(2).*

Il s'agissait d'une demande de mise en liberté en attendant une décision définitive sur les questions concernant le demandeur après qu'un certificat de sécurité lui eut été délivré en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le demandeur, un étranger de nationalité égyptienne, était en détention depuis le 14 août 2001, date à laquelle un certificat de sécurité fut délivré contre lui en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande d'asile était encore pendante lorsqu'il devint l'objet d'un deuxième certificat de sécurité délivré par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et par le solliciteur général du Canada de l'époque, certificat qui faisait état de leur opinion selon laquelle le demandeur était interdit de territoire pour des

in accord with subsection 82(2) of IRPA, and the certificate was referred to the Federal Court for determination of whether it was reasonable. The applicant sought exemption from the continuing application of the detention provisions of IRPA pending final determination of all issues arising in this proceeding, on the ground that such application would result in infringement of his rights guaranteed by sections 7, 9, 12 and subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The applicant submitted that the duration and conditions of his detention and the effects thereof upon him, the indeterminate future duration of his detention if it should continue, the lack of any provision under IRPA for judicial review of whether his continuing detention was warranted, and the discriminatory impact of the provisions on the applicant as a foreign national, supported his release. He has been detained in solitary confinement or protective custody in a maximum security provincial regional remand centre but, apart from references to occasional difficulties with individual guards or other inmates, there was no evidence that he was treated other than in accord with policies and practices generally applicable to those held in solitary confinement. However, there was evidence that the separation from his family and the limitations his detention imposed on any exercise of responsibilities for his family were the most painful and distressing aspects of his detention. The applicant undertook to obey any conditions of release imposed upon him by the Court, but his impugned credibility about other matters cast doubts upon any such undertaking.

*Held*, the application should be dismissed.

IRPA provides for detention of permanent residents and foreign nationals in a variety of circumstances, including those when a certificate is issued under subsection 77(1) that such a person is inadmissible to Canada on grounds of security. The Act makes no provision for review of the continuing detention of a foreign national under subsection 82(2), except upon application by a detained person who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines the certificate issued by the Ministers to be reasonable. Since there has been no effective determination of the reasonableness of the certificate in the four and a half years since he has been detained, the applicant had no statutory right under IRPA to have the basis for his continuing detention reviewed. The situation of the applicant, as foreign national, is different than if he were a permanent resident of Canada. If a permanent resident is detained under a security certificate, a judge shall commence a review of the continuing detention within 48 hours of commencement of the detention.

motifs liés à la sécurité nationale. Le demandeur fut mis en détention, sans mandat ni ordonnance, en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, et le certificat fut renvoyé à la Cour fédérale pour qu'elle décide s'il était raisonnable ou non. Le demandeur a sollicité une dispense d'application des dispositions de la LIPR concernant le maintien de sa détention, en attendant que soient tranchés tous les points soulevés dans l'instance, au motif que l'application de ces dispositions constituerait une atteinte aux droits que lui garantissaient les articles 7, 9, 12 et 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le demandeur faisait valoir que la durée et les conditions de sa détention, ainsi que les effets qu'elles avaient sur lui, la durée indéfinie de sa détention si elle devait se poursuivre, l'absence dans la LIPR de toute disposition prévoyant un contrôle judiciaire qui permettrait de déterminer si sa détention était justifiée, enfin l'effet discriminatoire des dispositions sur le demandeur en tant qu'étranger, militaient en faveur de sa mise en liberté. Il a été placé en isolement cellulaire ou en isolement protecteur dans un centre régional provincial de détention provisoire à sécurité maximale, mais, à part quelques difficultés occasionnelles éprouvées au contact de certains gardiens ou d'autres détenus, il n'a pas été établi qu'il avait été traité autrement qu'en accord avec les politiques et pratiques généralement applicables aux détenus placés en isolement cellulaire. Toutefois, il a été établi que le fait d'être séparé de sa famille et de ne pas pouvoir, à cause de sa détention, exercer ses responsabilités envers sa famille constituait les aspects les plus douloureux et les plus pénibles de sa détention. Le demandeur a assuré que, une fois mis en liberté, il se conformerait aux conditions que lui imposerait la Cour, mais sa crédibilité, mise à mal sous d'autres aspects, jetait le doute sur la sincérité de cet engagement.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La LIPR prévoit la détention des résidents permanents et des étrangers dans une gamme de circonstances, notamment lorsqu'est délivré, en vertu du paragraphe 77(1), un certificat attestant qu'une telle personne est interdite de territoire pour des raisons de sécurité. La LIPR ne renferme aucune disposition prévoyant l'examen de la détention d'un étranger en application du paragraphe 82(2), sauf sur demande de la personne détenue lorsqu'elle n'a pas été renvoyée du Canada dans un délai de 120 jours après que la Cour fédérale a jugé que le certificat délivré par les ministres était raisonnable. Puisqu'aucune décision n'avait été rendue sur le caractère raisonnable ou non du certificat depuis sa mise en détention quatre ans et demi auparavant, le demandeur ne pouvait pas, selon la LIPR, faire examiner le fondement de son maintien en détention. La situation du demandeur, un étranger, n'est pas la même que s'il était un résident permanent du Canada. Si un résident permanent du Canada en vertu d'un certificat de sécurité, un juge doit procéder à l'examen de sa détention

Under subsection 83(2) of IRPA, a permanent resident must, if not released following a review of detention and until the reasonableness of the certificate is determined, be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review, and at any other time the judge may authorize.

The theory of a constitutional exemption as a possible remedy under subsection 24(1) of the Charter is that the Court may order that a person whose rights are adversely affected under otherwise valid legislation may be exempt from application of the legislation in so far as that infringes on rights guaranteed by the Charter. These guarantees include the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accord with principles of fundamental justice (section 7); the right not to be arbitrarily detained (section 9); the right not to be subjected to any cruel and unusual punishment (section 12); and equality before and under the law, and the equal protection of the law (subsection 15(1)). The criterion for considering whether punishment is cruel and unusual within the meaning of section 12 of the Charter is whether the punishment prescribed is grossly disproportionate to the offence and to the offender, so excessive as to outrage standards of decency. The applicant's detention was not, strictly speaking, "punishment". It has been characterized by the Federal Court of Appeal as a preventive measure for the safety of the public and to ensure that one considered inadmissible to Canada who is not successful in challenging that opinion of the Ministers concerned may be deported. Detention of that nature cannot be characterized as cruel and unusual treatment or punishment. The legislative process for detention in this case, initiated under subsection 82(2) of IRPA, could not be compared with that found unconstitutional by the Supreme Court of Canada in *R. v. Swain*. Here the provision is mandatory but not arbitrary. Further, the detention under subsection 82(2), while mandatory upon the certification by the Ministers, is not indeterminate in the sense found in *Swain*. His mandatory detention, by itself, did not constitute arbitrary detention or imprisonment under Charter, section 9. Further, the conditions of the applicant's detention and their effects did not infringe upon his rights guaranteed by section 7 of the Charter. These conclusions about the conditions of his detention and their effects are consistent with the decisions of the Federal Court of Appeal in *Ahani v. Canada* and *Charkaoui (Re)* finding that the provisions for detention under IRPA did not infringe on rights guaranteed under sections 7, 9 and 12 of the Charter.

continue dans les 48 heures qui suivent le début de la détention. Selon le paragraphe 83(2) de la LIPR, le résident permanent doit, s'il n'est pas remis en liberté après examen de sa détention, et jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable ou non du certificat, être amené devant un juge au moins une fois au cours des six mois qui suivent chacun des contrôles, ainsi que sur autorisation du juge.

D'après le principe de l'exemption constitutionnelle comme redressement possible en application du paragraphe 24(1) de la Charte, la Cour peut ordonner qu'une personne dont les droits sont lésés par l'application d'une loi autrement valide soit soustraite à l'application de cette loi dans la mesure où cette application porte atteinte à des droits garantis par la Charte. Ces garanties sont le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et le droit qu'il ne soit porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (article 7); le droit à la protection contre la détention arbitraire (article 9); le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12); et l'égalité devant la loi et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi (paragraphe 15(1)). Le critère à appliquer pour savoir si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte consiste à établir si la peine prévue est totalement disproportionnée à l'infraction et au contrevenant, et si elle est excessive au point de heurter les normes de la décence. La détention du demandeur n'était pas, à strictement parler, une « peine ». Elle a été qualifiée par la Cour d'appel fédérale de mesure préventive appliquée pour assurer la sécurité du public et pour faire en sorte que celui qui est déclaré interdit de territoire et qui ne réussit pas à faire invalider cet avis des ministres concernés puisse être expulsé. Une détention de cette nature ne saurait être qualifiée de traitement ou peine cruel et inusité. Le processus de détention suivi dans la présente affaire, un processus engagé en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR, ne pouvait être comparé avec le processus jugé inconstitutionnel par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Swain*. Ici, la disposition est obligatoire, mais elle n'est pas arbitraire. Par ailleurs, la détention prévue par le paragraphe 82(2), bien qu'obligatoire par l'effet du certificat des ministres, n'est pas indéfinie au sens de l'arrêt *Swain*. La détention obligatoire du demandeur ne constituait pas en soi une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'article 9 de la Charte. En outre, les conditions et effets de la détention du demandeur ne portaient pas atteinte aux droits que lui garantissait l'article 7 de la Charte. Ces conclusions à propos des conditions et des effets de sa détention s'accordaient avec les arrêts *Ahani c. Canada* et *Charkaoui (Re)* dans lesquels la Cour d'appel fédérale avait jugé que les dispositions de la LIPR en matière de détention ne portaient pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte.

But the right to equality and equal benefit of the law without discrimination on a ground analogous to those specified, assured to the applicant and every individual in Canada by Charter, subsection 15(1), is infringed by the effects of continuing detention under subsection 82(2) of IRPA as applied in this case. The comparator group is permanent residents detained under a security certificate who, under IRPA, section 83, have procedural rights not available to foreign nationals. The treatment of one foreign national differently from another who has been admitted as a permanent resident, with only a qualified right to remain, cannot be justified as providing equal protection and benefit of the law. The effect of continuing detention without any review under subsection 82(2) results in a loss of equal protection and equal benefit of the law for a foreign national solely on the basis of his immigration status. That treatment is discriminatory on a ground analogous to those specified in subsection 15(1) of the Charter for no readily discernible reason, at least none that would appear to be relevant to national security concerns, the purpose of detention under both subsection 82(2) and section 83 of IRPA. The appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter in this case, where the applicant has been detained for more than four years without judicial review of the appropriateness of the continuing detention, would be an exemption from continuing detention on constitutional grounds, unless detention is reviewed on the same basis as that provided for a permanent resident detained under a security certificate. Detention should continue if the reviewing judge is satisfied that the applicant "continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal" as provided by subsection 83(3) of IRPA. The proposed remedy respects subsection 82(2) of IRPA, which remains in force providing for mandatory detention of a foreign national who is the subject of a security certificate. Detention under subsection 82(2) after a long term without judicial review shall be continued only by a judge's order after review in relation to the same terms as are applicable under subsection 83(3) in the case of a permanent resident similarly detained.

The evidence provided by a senior Middle East analyst of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) was unequivocal that the applicant continues to be a danger to national security. The opinion expressed by the CSIS analyst was supported by evidence in the public and confidential

Mais le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis au demandeur et à toute personne au Canada par le paragraphe 15(1) de la Charte, sont violés par les effets du maintien en détention découlant du paragraphe 82(2) de la LIPR, tel que ce paragraphe a été appliqué ici. Le groupe de référence est celui des résidents permanents détenus en vertu d'un certificat de sécurité qui, selon l'article 83 de la LIPR, bénéficient de droits procéduraux que n'ont pas les étrangers. Le fait de traiter un étranger différemment d'une autre personne qui a été admise comme résident permanent, et qui n'a qu'un droit limité de rester au Canada, ne peut être considéré comme un traitement offrant l'égalité devant la loi et le droit au même bénéfice de la loi. Le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application du paragraphe 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration. Ce traitement constitue une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte, et cela sans aucune raison aisément discernable, du moins aucune qui puisse toucher les impératifs de sécurité nationale, objet de la détention selon le paragraphe 82(2) et l'article 83 de la LIPR. La réparation qui, selon le paragraphe 24(1) de la Charte s'impose dans la présente affaire, où le demandeur a été détenu durant plus de quatre ans sans bénéficier d'un contrôle judiciaire de l'à-propos du maintien de sa détention, serait, pour des raisons constitutionnelles, une dispense du maintien en détention, sauf si un contrôle judiciaire peut être exercé sur cette détention comme celui dont peut se prévaloir un résident permanent qui est détenu en vertu d'un certificat de sécurité. La détention devrait se poursuivre si le juge saisi de la procédure de contrôle est convaincu que le demandeur « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi », selon ce que prévoit le paragraphe 83(3) de la LIPR. La réparation proposée respecte le paragraphe 82(2) de la LIPR, lequel reste en vigueur pour la détention obligatoire d'un étranger qui est visé par un certificat de sécurité. Une détention fondée sur le paragraphe 82(2) qui s'est prolongée sans contrôle judiciaire ne pourra se poursuivre que sur ordonnance d'un juge, après examen effectué selon les mêmes modalités que celles applicables, en vertu du paragraphe 83(3), au cas d'un résident permanent détenu pour des raisons similaires.

La preuve produite par un analyste principal, spécialisé dans le Moyen-Orient, du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) montrait sans équivoque que le demandeur demeurerait un danger pour la sécurité nationale. L'avis exprimé par l'analyste du SCRS était appuyé par la preuve versée dans

record, contrary to the applicant's submission that it was unfounded. Nor was there any evidence of racial profiling by CSIS in its task of assessing who may pose a threat to national security, as suggested by the applicant. That the applicant continues to be a danger to national security was a decision made on the record before the Court. It was not a decision on the issue of the reasonableness of the security certificate.

le dossier public et le dossier confidentiel, contrairement à l'argument du demandeur selon lequel cet avis était infondé. Il n'a pas non plus été établi que le SCRS recourait au fichage racial pour savoir si tel ou tel individu posait une menace pour la sécurité nationale, comme l'avait donné à entendre le demandeur. Le demandeur constituait toujours un danger pour la sécurité nationale, et cette conclusion était autorisée par le dossier que la Cour avait devant elle. Il ne s'agissait pas d'une décision sur le caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 6, 7, 9, 12, 15(1), 24(1).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; 1992, c. 49, s. 31).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 79, 80(2), 82, 83, 84, 85, 113(d)(ii).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 172(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *Ahani v. Canada* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

##### CONSIDERED:

*Jaballah (Re)*, [2005] 1 F.C.R. 560; (2004), 242 D.L.R. (4th) 490; 38 Imm. L.R. (3d) 157; 325 N.R. 90; 2004

#### 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. 6, 7, 9, 12, 15(1), 24(1).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1 (éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).
- 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. 52(1).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; 1992, ch. 49, art. 31).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 79, 80(2), 82, 83, 84, 85, 113(d)(ii).
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 172(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *Ahani c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 937 (C.A.) (QL).

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Jaballah (Re)*, [2005] 1 R.C.F. 560; 2004 CAF 257; *Jaballah (Re)*, [2005] 4 R.C.F. 359; 2005 CF 399;

FCA 257; *Jaballah (Re)*, [2005] 4 F.C.R. 359; (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 255; 261 F.T.R. 35; 44 Imm. L.R. (3d) 181; 2005 FC 399; *Jaballah v. Canada (Attorney General)* (2005), 258 D.L.R. (4th) 161; 49 Imm. L.R. (3d) 305 (Ont. S.C.J.); *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 206 B.C.A.C. 1; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81, 48 O.A.C. 81.

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL); *Jaballah (Re)*, [2003] 4 F.C. 345; (2003), 28 Imm. L.R. (3d) 216; 2003 FCT 640; *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68; 38 Imm. L.R. (3d) 179; 2004 FC 299; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101; 2005 FC 1596; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1; 2005 FC 1645; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389; (2005), 252 D.L.R. (4th) 601; 2005 FC 248; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1740; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

APPLICATION for release from detention until the matters concerning the applicant in this security certificate proceeding under the *Immigration and Refugee Protection Act* are finally determined. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Donald A. MacIntosh, Melkia Visnick, David Tyndale and Robert Batt* for Ministers.  
*Barbara L. Jackman and John R. Norris* for applicant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for Ministers.  
*Barbara L. Jackman*, Toronto, and *Ruby & Edwardh*, Toronto, for applicant.

*Jaballah v. Canada (Attorney General)* (2005), 258 D.L.R. (4th) 161 (C.S.J. Ont.); *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. (1<sup>re</sup> inst.); *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Jaballah (Re)*, [2003] 4 C.F. 345; 2003 CFPI 640; *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 299; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub* 2005 CF 1596; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1645; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389; 2005 CF 248; *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

DEMANDE de mise en liberté jusqu'à ce qu'il soit statué à titre définitif sur les questions concernant le demandeur après qu'un certificat de sécurité lui eut été délivré en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Donald A. MacIntosh, Melkia Visnick, David Tyndale et Robert Batt*, pour les ministres.  
*Barbara L. Jackman et John R. Norris*, pour le demandeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

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

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

MACKAY D.J.:

### Introduction and background

[1] This is an application by Mahmoud Es Sayy Jaballah, pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and subsection 24(1) 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), for his release from detention until the matters concerning him before this Court, in this security certificate proceeding under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act or IRPA), are finally determined.

[2] Mr. Jaballah, a foreign national who is a citizen of Egypt, has been held in detention since August 14, 2001, when a security certificate was issued against him under section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] now continued in effect by subsection 77(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the Act. Mr. Jaballah and his family had earlier arrived in Canada, in 1996, and then claimed Convention refugee status, a claim not determined when he was detained in 1999 under an earlier security certificate that was later quashed by Mr. Justice Cullen in November 1999 [[1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL)]. He remained in Canada as a foreign national pending determination of his refugee claim. That claim was denied, but that decision was set aside on judicial review in October 2000 and the refugee claim was still outstanding when he was the subject of a second security certificate of the Ministers, and he was detained, without a warrant, on August 14, 2001. Mr. Jaballah's refugee claim, after it was heard again, was denied in April 2003, but the claims of his wife and four of his children were allowed and they were declared to be Convention refugees.

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

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY :

### Introduction et contexte

[1] Le demandeur Mahmoud Es Sayy Jaballah sollicite, en application du paragraphe 52(1) 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 du paragraphe 24(1) 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), sa mise en liberté jusqu'à ce que l'on rende une décision définitive sur les questions soumises à la Cour, concernant la délivrance d'un certificat de sécurité en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] M. Jaballah, un étranger de nationalité égyptienne, est en détention depuis le 14 août 2001, date à laquelle un certificat de sécurité a été délivré contre lui en vertu de l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] aujourd'hui le paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la LIPR. M. Jaballah et sa famille sont arrivés au Canada en 1996, puis ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention, revendication qui était encore pendante lorsqu'il a été incarcéré en 1999 en vertu d'un certificat antérieur de sécurité qui a été plus tard annulé par M. le juge Cullen en novembre 1999 [1999] A.C.F. n° 1681 (1<sup>er</sup> inst.) (QL)]. Il est demeuré au Canada en tant qu'étranger jusqu'au règlement de sa revendication du statut de réfugié. Cette revendication a été rejetée, mais la décision fut annulée par contrôle judiciaire en octobre 2000, et la revendication était encore pendante lorsqu'il a fait l'objet d'un deuxième certificat de sécurité délivré par les ministres, et c'est alors qu'il a été mis en détention, sans mandat, le 14 août 2001. Après nouvelle audition, la demande d'asile de M. Jaballah a été rejetée en avril 2003, mais les demandes de son épouse et de quatre de ses enfants ont été accueillies, et ils ont été reconnus comme réfugiés au sens de la Convention.

[3] The second certificate, issued by the Minister of Citizenship and Immigration and the then Solicitor General of Canada, the latter now replaced by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness of Canada, set out their opinion that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada on specified grounds of national security. He was detained, without warrant or order in accord with subsection 82(2) of the Act, and the certificate was referred to this Court, and to me as a judge designated in accord with the Act, for determination whether the certificate is reasonable.

[4] That determination has been delayed longer than anyone might have contemplated. These proceedings I summarize very briefly.

(1) In July 2002 Mr. Jaballah applied under IRPA to be found to be a person in need of protection and, in accord with the Act (subsection 79(1)), the proceedings for consideration of the certificate were suspended.

(2) In August 2002 an immigration department PRRA [pre-removal risk assessment] officer completed a risk assessment, which was released to Mr. Jaballah, indicating the officer's opinion that the applicant would be at risk of torture, death or cruel or unreasonable treatment if he were returned to Egypt. That determination was subsequently found by this Court not to constitute, by itself, the decision required of the Minister under the Act and Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] concerning the application for protection made by Mr. Jaballah.

(3) After repeated urging by the Court to counsel for the Minister of Citizenship and Immigration that a decision be made on the application for protection, all to no avail, this Court on a motion by Mr. Jaballah, heard in April 2003, found that in the circumstances failure to determine the application for protection constituted an abuse of process under IRPA. The Court then proceeded to consider the reasonableness of the Ministers' certificate, and that certificate was upheld as reasonable on May 23, 2003 (see *Jaballah (Re)*, [2003] 4 F.C. 345 (T.D.)).

[3] Le second certificat, délivré par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada de l'époque, lequel est aujourd'hui appelé ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada, faisait état de leur opinion selon laquelle M. Jaballah est interdit de territoire pour des raisons de sécurité nationale. Il a été mis en détention, sans mandat ni ordonnance, en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, et le certificat a été renvoyé à la Cour, et à moi en tant que juge désigné en application de la LIPR, pour décision sur le caractère raisonnable du certificat.

[4] Cette décision a nécessité davantage de temps que quiconque aurait pu l'imaginer. Je résumerai très brièvement ici la procédure.

1) En juillet 2002, M. Jaballah a demandé, en vertu de la LIPR, d'être déclaré personne à protéger et, en application du paragraphe 79(1) de la LIPR, la procédure se rapportant à l'examen du certificat a été suspendue.

2) En août 2002, un agent d'ERAR [évaluation des risques avant renvoi] du ministère de l'Immigration a procédé à une évaluation des risques, laquelle fut communiquée à M. Jaballah. Dans cette évaluation, l'agent exprimait l'opinion que M. Jaballah serait exposé à un risque de torture, à une menace pour sa vie ou à des traitements cruels et inusités s'il était renvoyé en Égypte. La Cour a par la suite jugé que cette opinion ne représentait pas elle-même la décision requise du ministre en vertu de la LIPR et du Règlement [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] en ce qui a trait à la demande de protection présentée par M. Jaballah.

3) Après que la Cour eut invité plusieurs fois, sans résultat, l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à obtenir une décision du ministre sur la demande de protection, la Cour a jugé, après audition d'une requête de M. Jaballah en ce sens, entendue en avril 2003, que, vu les circonstances, l'absence d'une décision ministérielle sur la demande de protection constituait selon la LIPR un abus de procédure. La Cour a alors entrepris d'examiner le caractère raisonnable du certificat des ministres, et ce certificat a été déclaré raisonnable le 23 mai 2003 (voir *Jaballah (Re)*, [2003] 4 C.F. 345 (1<sup>re</sup> inst.)).

(4) The Ministers initiated an appeal of the decision in so far as it determined an abuse of process, and Mr. Jaballah initiated a cross-appeal and a separate appeal concerning the finding that the certificate was reasonable.

(5) On November 20, 2003, this Court heard a motion for Mr. Jaballah that he be released from detention, in accord with subsection 84(2) of the Act, after continuing in detention more than 120 days after the certificate had been found to be reasonable. That motion was denied (see *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68 (F.C.)).

(6) On December 30, 2003, Mr. Jaballah was advised by the Minister of Citizenship and Immigration that his July 2002 application for protection was denied. The Court was advised of the result but not of the decision by letter received January 6, 2004. Mr. Jaballah sought judicial review of that decision of the Minister, an application not heard before the appeals were considered.

(7) In July 2004, the Federal Court of Appeal [[2005] 1 F.C.R. 560] determined the appeals by the Ministers and by Mr. Jaballah concerning the May 2003 decisions, respectively that there was abuse of process and that the Ministers' certificate was reasonable. The former determination was upheld as was this Court's remedy of the abuse, that is the August 2002 PRRA decision should be deemed to be that of the Minister of Citizenship and Immigration concerning the risk to Mr. Jaballah if he were to be returned to Egypt. Yet the Court was found to have acted without authority in its decision concerning the reasonableness of the certificate since that decision was taken without waiting for a ministerial decision on the application for protection. The decision on the certificate was quashed and the matter was referred to this Court for reconsideration. The Court, with the undersigned as designated judge, then resumed reconsideration of the certificate pursuant to the Act, subsection 79(2) of IRPA.

4) Les ministres ont interjeté appel du jugement dans la mesure où il concluait à un abus de procédure, et M. Jaballah a déposé un appel incident ainsi qu'un appel distinct à l'encontre de la conclusion selon laquelle le certificat était raisonnable.

5) Le 20 novembre 2003, la Cour a entendu une requête déposée au nom de M. Jaballah, en vue de sa mise en liberté, conformément au paragraphe 84(2) de la LIPR, après qu'il fut demeuré en détention durant plus de 120 jours après le jugement déclarant le certificat raisonnable. Cette requête a été rejetée (voir *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 299).

6) Le 30 décembre 2003, M. Jaballah était informé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration que sa demande de protection présentée en juillet 2002 était refusée. La Cour a été informée du résultat, mais non de la décision, par lettre reçue le 6 janvier 2004. M. Jaballah a demandé le contrôle judiciaire de cette décision du ministre, demande qui n'avait pas été instruite avant l'examen des appels.

7) En juillet 2004, la Cour d'appel fédérale [[2005] 1 R.C.F. 560] statuait sur l'appel des ministres et celui de M. Jaballah à propos des décisions de mai 2003, en disant respectivement qu'il y avait eu abus de procédure et que le certificat des ministres était raisonnable. La Cour d'appel confirmait le jugement selon lequel il y avait eu abus de procédure, de même que le jugement visant à rectifier l'abus, c'est-à-dire celui où la Cour fédérale disait que la décision de l'agent d'ERAR d'août 2002 devrait être réputée celle du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à propos du risque que courrait M. Jaballah s'il était renvoyé en Égypte. Mais la Cour d'appel a jugé que la Cour fédérale avait outrepassé son pouvoir dans son jugement concluant au caractère raisonnable du certificat, car elle avait rendu ce jugement sans attendre la décision du ministre sur la demande de protection. Le jugement de la Cour fédérale concernant le certificat a été annulé et l'affaire lui a été renvoyée pour réexamen. La Cour, par l'intermédiaire du soussigné, en tant que juge désigné, a donc entrepris de réexaminer le certificat en application du paragraphe 79(2) de la LIPR.

(8) After hearing arguments in August 2004 and considering further written submissions of counsel, in March 2005 [[2005] 4 F.C.R. 359 (F.C.)] I found the Minister's decision concerning Mr. Jaballah's application for protection was not lawfully made. That decision was quashed and proceedings with respect to the certificate were again suspended, in accord with subsection 80(2), to allow the Minister of Citizenship and Immigration to make a new decision on the application for protection.

(9) By order of July 7, 2005, I directed that in continuing proceedings

(a) this Court's determination of May 23, 2003, that the PRRA assessment of August 2002 continue to be deemed to be the determination of the Minister concerning the risk to Mr. Jaballah if he were now returned to Egypt;

(b) the matters for reconsideration by the Minister, to be reported to Mr. Jaballah and to the Court in accordance with subparagraph 113(d)(ii) of IRPA and subsection 172(2) of the Regulations, are the danger that Mr. Jaballah constitutes to the security of Canada if he remains in this country, and the determination whether, despite the risk to him if he now be returned to Egypt, his application for protection should be refused; and

(c) the Minister's decision on the application for protection should be filed on or before September 26, 2005, as it subsequently was, after Mr. Jaballah had opportunity to comment on the record to be considered by the Minister or his delegate.

#### This application

[5] Then this application by Mr. Jaballah was initiated in this Court on August 24, 2005. That followed an application for *habeas corpus* and other relief made before Mr. Justice Trafford of the Ontario Superior Court of Justice. He stayed that proceeding on application of counsel for the federal Ministers and also for the Attorney General of Ontario, in expectation that Mr. Jaballah could bring an application for timely relief in this Court (*Jaballah v. Canada (Attorney General)*

8) Après avoir entendu les arguments en août 2004 et examiné les observations écrites supplémentaires des avocats, je suis arrivé à la conclusion en mars 2005 [[2005] 4 R.C.F. 359 (C.F.)] que la décision du ministre se rapportant à la demande de protection présentée par M. Jaballah n'était pas conforme au droit. La décision du ministre a été annulée et la procédure se rapportant au certificat a été de nouveau suspendue, en application du paragraphe 80(2), afin de permettre au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de se prononcer une nouvelle fois sur la demande de protection.

9) Par ordonnance du 7 juillet 2005, j'ai statué comme il suit, à l'issue de la nouvelle procédure :

a) la Cour confirme son jugement du 23 mai 2003 selon lequel la décision de l'agent d'ERAR d'août 2002 continue d'être réputée celle du ministre à propos du risque que courrait M. Jaballah s'il était renvoyé aujourd'hui en Égypte;

b) les points soumis au réexamen du ministre, et devant être l'objet d'un rapport à M. Jaballah et à la Cour conformément au sous-alinéa 113d)(ii) de la LIPR et au paragraphe 172(2) du Règlement, sont le danger que M. Jaballah représente pour la sécurité du Canada s'il demeure dans ce pays, et la question de savoir si, malgré le risque qu'il court en cas de renvoi en Égypte, sa demande de protection devrait être refusée; et

c) la décision du ministre sur la demande de protection devra être déposée au plus tard le 26 septembre 2005, ainsi qu'elle l'a été par la suite, après que M. Jaballah aura eu l'occasion de s'exprimer sur le dossier devant être étudié par le ministre ou son représentant.

#### La demande de mise en liberté

[5] M. Jaballah a alors présenté une demande de mise en liberté à la Cour le 24 août 2005. Cette demande faisait suite à une demande d'*habeas corpus* et autre redressement présentée devant M. le juge Trafford, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Le juge Trafford a suspendu cette procédure à la demande de l'avocat des ministres fédéraux ainsi que de l'avocat du procureur général de l'Ontario, comptant que M. Jaballah pourrait demander un redressement à la Cour

(2005), 258 D.L.R. (4th) 161 (Ont. S.C.J.). Copies of affidavits originally sworn in May 2005, by the respondent, his family members and proposed sureties, for *habeas corpus* proceedings in the Ontario Court, were filed under direction of this Court in support of Mr. Jaballah in this application.

[6] By a telephone conference with counsel for the parties and the Court on August 29, 2005 arrangements were made for the hearing of this application for release from detention to commence in Toronto on September 7, 2005. That hearing, which the Court considered to be a matter of urgency, continued for five and a half days. Then counsel for Mr. Jaballah advised that it was not possible to make oral submissions immediately, that time was required for preparation of appropriate submissions, and counsel for the parties were not all free again until October 19, some six weeks thereafter. With regret, the Court recessed until the latter date.

[7] The hearing of this matter concluded on October 21, 2005. Thereafter the Court spent considerable time in review of the information previously withheld from release to Mr. Jaballah and his counsel to assess whether any of that information could now be released. While that task was primarily directed to future proceedings concerning the lawfulness of the September 26, 2005 decision of the Minister's delegate on Mr. Jaballah's application for protection and concerning the reasonableness of the security certificate, until the review was completed it was uncertain whether any information that might now be released could be relevant for consideration of the application for release from detention.

[8] After that review was completed counsel requested, and opportunity was granted, for submissions to be made in regard to two recent decisions concerning other applications for release from detention, in the cases of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101 (F.C.) (*per Dawson J.*, November 25, 2005), (hereinafter

*Jaballah v. Canada (Attorney General)* (2005), 258 D.L.R. (4th) 161 (C.S.J. Ont.). Des copies d'affidavits souscrits à l'origine en mai 2005 par M. Jaballah, des membres de sa famille et des cautions proposées, en vue de la procédure d'*habeas corpus* introduite devant la Cour de l'Ontario, ont été déposées sur ordre de la Cour, au soutien de la demande de mise en liberté de M. Jaballah.

[6] À la faveur d'une conférence téléphonique tenue entre les avocats des parties et la Cour le 29 août 2005, des dispositions ont été prises pour que l'audition de cette demande de mise en liberté débute à Toronto le 7 septembre 2005. Cette audition, qui, selon la Cour, constituait une affaire urgente, s'est poursuivie durant cinq jours et demi. Les avocats de M. Jaballah ont alors indiqué qu'il ne leur était pas possible de présenter immédiatement des observations orales, qu'un délai était nécessaire pour la préparation des observations requises et que les avocats des parties n'allaient pas pouvoir se libérer de nouveau avant le 19 octobre, soit quelque six semaines plus tard. À regret, la Cour a suspendu la séance jusqu'à cette date.

[7] L'audition de cette affaire s'est terminée le 21 octobre 2005. Par la suite, la Cour a consacré un temps considérable à l'examen des renseignements dont la communication avait été refusée à M. Jaballah et à ses avocats, pour voir si l'un quelconque de ces renseignements pouvait dès lors être communiqué. Cette tâche visait surtout les procédures futures se rapportant à la légalité de la décision rendue le 26 septembre 2005 par le représentant du ministre sur la demande de protection présentée par M. Jaballah, et celles se rapportant au caractère raisonnable du certificat de sécurité, mais, jusqu'à la conclusion de l'examen, il était impossible de savoir si les renseignements qui pourraient désormais être communiqués seraient pertinents aux fins de la demande de mise en liberté.

[8] Après l'examen des renseignements, les avocats ont demandé la possibilité, qui leur a été accordée, de présenter des observations sur deux jugements récents concernant d'autres demandes de mise en liberté, à savoir la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2005 CF 1596 (juge Dawson, 25 novembre 2005) (ci-après la décision

*Mahjoub*), and *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1 (F.C.) (per Layden-Stevenson J., December 5, 2005) (hereinafter *Almrei*). Written submissions were received from counsel for Mr. Jaballah and for the Ministers of Canada, on December 12 and 19, 2005 respectively.

[9] In addition to these decisions, this Court has considered *Re Charkaoui*, [2005] 3 F.C.R. 389 (F.C.) (per Noël J.) and *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1740 (per Lemieux J.). In all these cases the courts were concerned with applications for release from detention under the requirements of section 83 and subsection 84(2) of IRPA, requirements not specified as applicable under the Act in relation to continuing detention under subsection 82(2).

[10] After full consideration of the evidence relevant to the application for release from detention and of the submissions of counsel, for the reasons set out hereinafter, my conclusions are as follows.

(i) The Court has authority to consider this application for relief made pursuant to the Charter and the *Constitution Act, 1982*.

(ii) In this case the long continuing detention of Mr. Jaballah under subsection 82(2) as a foreign national, without statutory opportunity for review of that detention pending consideration of the reasonableness of the Ministers' certificate, results in loss of his equality before the law and his right to equal benefit of the law on a discriminatory basis contrary to subsection 15(1) of the Charter when compared with the circumstances for a permanent resident similarly detained under a security certificate under section 83 of IRPA, because of Mr. Jaballah's status as a foreign national, a ground analogous to those set out in subsection 15(1).

(iii) Those circumstances warrant, as a remedy under subsection 24(1) of the Charter, an exemption from the continuing application of subsection 82(2) of IRPA unless his detention is ordered by a judge, in these

*Mahjoub*), et la décision *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1645 (juge Layden-Stevenson, 5 décembre 2005) (ci-après la décision *Almrei*). Des observations écrites ont été reçues des avocats de M. Jaballah et des avocats des ministres fédéraux, le 12 et 19 décembre 2005 respectivement.

[9] Outre ces décisions, la Cour a examiné la décision *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389 (C.F.) (juge Noël) et la décision *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740 (juge Lemieux). Dans toutes ces affaires, les tribunaux étaient saisis de demandes de mise en liberté fondées sur les exigences de l'article 83 et du paragraphe 84(2) de la LIPR, exigences non indiquées comme applicables selon la LIPR en ce qui a trait au maintien en détention sous le régime du paragraphe 82(2).

[10] Après examen scrupuleux de la preuve relative à la demande de mise en liberté, et des arguments des avocats, mes conclusions, fondées sur les motifs qui suivent, sont les suivantes :

i) la Cour a le pouvoir d'examiner cette demande de redressement fondé sur la Charte et la *Loi constitutionnelle de 1982*.

ii) dans la présente affaire, la longue détention imposée à M. Jaballah à titre d'étranger, en application du paragraphe 82(2), sans qu'il ait la possibilité légale de faire examiner cette détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable ou non du certificat des ministres, conduit à le priver, d'une manière discriminatoire, de son droit à l'égalité devant la loi et de son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, en comparaison du traitement réservé à un résident permanent pareillement détenu en vertu d'un certificat de sécurité selon l'article 83 de la LIPR, et cela parce que M. Jaballah a le statut d'étranger, un motif de discrimination analogue à ceux que prévoit le paragraphe 15(1).

iii) de telles circonstances justifient, à titre de réparation selon le paragraphe 24(1) de la Charte, une exemption de l'application continue du paragraphe 82(2) de la LIPR, à moins que sa détention ne soit ordonnée par un

proceedings this judge, following review of his detention on the same grounds as are applicable in the case of a permanent resident similarly detained, under subsection 83(3) that is:

83. . . .

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(iv) Having considered this application, I conclude that I am satisfied Mr. Jaballah continues to be a danger to national security of Canada, and that his detention should be continued, pending any further order.

(v) The application for release from detention by Mr. Jaballah is dismissed.

(vi) The provisions for detention under sections 82-85 of IRPA have been held by the Court of Appeal not to infringe upon the rights guaranteed by sections 7, 9 and 12 of the Charter. This Court is bound by those decisions. This Court makes no determination on the issue raised concerning the constitutional validity of subsection 82(2) in light of subsection 15(1) of the Charter, and that provision remains in force.

#### Detention and consideration of a security certificate

[11] IRPA provides for detention of permanent residents and foreign nationals in a variety of circumstances, including those when a certificate is issued under subsection 77(1) that such a person is inadmissible to Canada on grounds of security. The provisions concerning detention in these circumstances include the following:

#### Detention

**82.** (1) The Minister and the Solicitor General of Canada may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or

juge, en l'occurrence le juge soussigné, après examen de sa détention selon les mêmes conditions que celles qui sont applicables au cas d'un résident permanent pareillement détenu, c'est-à-dire selon les conditions prévues par le paragraphe 83(3), ainsi libellé :

83. [. . .]

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

iv) après examen de la demande de mise en liberté, j'arrive à la conclusion que M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité du Canada et que sa détention devrait se poursuivre, jusqu'à nouvelle ordonnance.

v) la demande de mise en liberté présentée par M. Jaballah est rejetée.

vi) la Cour d'appel a jugé que les dispositions des articles 82 à 85 de la LIPR relatives à la détention ne portaient pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte. La Cour est liée par ces décisions. La Cour ne se prononce pas sur la validité constitutionnelle du paragraphe 82(2) de la LIPR au regard du paragraphe 15(1) de la Charte, et cette disposition de la LIPR demeure en vigueur.

#### La détention et l'examen d'un certificat de sécurité

[11] La LIPR prévoit la détention des résidents permanents et des étrangers dans une gamme de circonstances, notamment lorsqu'est délivré, en vertu du paragraphe 77(1), un certificat attestant qu'une telle personne est interdite de territoire pour des raisons de sécurité. Les dispositions relatives à la détention dans ces circonstances sont les suivantes :

#### Détention

**82.** (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se

to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

**83.** (1) Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

**84.** (1) The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

[12] Of course, if the designated judge finds that the security certificate is not reasonable the certificate is quashed (subsection 80(2)), and the person detained under the certificate is released. Moreover, the Minister of Citizenship and Immigration, on application by a detained person, whether a permanent resident or a foreign national, may order release to permit his or her departure from Canada (subsection 84(1)).

[13] The Act makes no provision for review of the continuing detention of a foreign national under subsection 82(2), except upon application by a detained person who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines the certificate issued by the Ministers to be reasonable. If

soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

**83.** (1) Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparaît au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

**84.** (1) Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

[12] Naturellement, si le juge désigné estime que le certificat de sécurité n'est pas raisonnable, le certificat est annulé (paragraphe 80(2)), et la personne détenue en vertu du certificat est libérée. Par ailleurs, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, sur demande de la personne détenue, qu'il s'agisse d'un résident permanent ou d'un étranger, peut la mettre en liberté si elle veut quitter le Canada (paragraphe 84(1)).

[13] La LIPR ne renferme aucune disposition prévoyant l'examen de la détention d'un étranger en application du paragraphe 82(2), sauf sur demande de la personne détenue lorsqu'elle n'a pas été renvoyée du Canada dans un délai de 120 jours après que la Cour fédérale a jugé que le certificat délivré par les ministres

that statutory right should occur, as it did previously for Mr. Jaballah in 2003, the reviewing judge may order a foreign national's release from detention under terms and conditions, if satisfied that the person concerned will not be removed from Canada within a reasonable time and that release will not pose a danger to national security or the safety of any person (subsection 84(2), IRPA). In this case, since there has been no effective determination of the reasonableness of the certificate in the four and a half years since he has been detained, Mr. Jaballah has no statutory right under IRPA to have the basis for his continuing detention reviewed.

[14] The situation of Mr. Jaballah, as a foreign national, is different than if he were a permanent resident of Canada. If a person in the latter class is detained under a security certificate, within 48 hours of commencement of the detention, a judge shall commence a review of the continuing detention. The reviewing judge shall order the detention to continue if satisfied that the person continues to be a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal (subsection 83(3), IRPA). If not released following a review of detention, a permanent resident must, until the reasonableness of the certificate is determined, be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review, and at any other time the judge may authorize (subsection 83(2), IRPA).

[15] The situation of a Canadian citizen who is considered to present a risk to national security may be contrasted with that of a foreign national or a permanent resident considered to present a similar risk. A citizen may only be detained if arrested and charged with an offence, or in exceptional circumstances for preventive arrest subject to review, under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. In those circumstances, prosecution follows, with criminal standards of proof. No prosecution of a permanent resident or a foreign national is required before deportation may be ordered following a determination by the Court that a security certificate is reasonable.

était raisonnable. Si ce droit conféré par la loi prenait naissance, comme ce fut le cas pour M. Jaballah en 2003, le juge chargé de l'examen peut ordonner la mise en liberté de l'étranger selon certaines conditions, sur preuve que la mesure de renvoi ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté n'entraînera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui (paragraphe 84(2) de la LIPR). En l'espèce, puisqu'aucune décision n'a été rendue sur le caractère raisonnable du certificat depuis sa mise en détention il y a quatre ans et demi, la LIPR n'accorde pas à M. Jaballah le droit de faire examiner le fondement de son maintien en détention.

[14] La situation de M. Jaballah, un étranger, n'est pas la même que s'il était un résident permanent du Canada. Si un résident permanent du Canada est détenu en vertu d'un certificat de sécurité, un juge doit procéder à l'examen de sa détention dans les 48 heures qui suivent le début de la détention. Le juge chargé de l'examen ordonne le maintien en détention s'il est convaincu que le résident permanent demeure un danger pour la sécurité nationale ou pour la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi (paragraphe 83(3) de la LIPR). S'il n'est pas remis en liberté après examen de sa détention, le résident permanent doit, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat, être amené devant un juge au moins une fois au cours des six mois qui suivent chacun des contrôles, ainsi que sur autorisation du juge (paragraphe 83(2) de la LIPR).

[15] La situation d'un citoyen canadien dont on considère qu'il constitue un risque pour la sécurité nationale contraste avec celle d'un étranger ou d'un résident permanent qui présente un risque semblable. Un citoyen canadien ne peut être détenu que s'il est arrêté et accusé d'une infraction ou, dans des cas exceptionnels, à titre préventif et sous réserve d'examen, en application du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Dans ces conditions, des poursuites sont engagées, et les normes de preuve en matière criminelle s'appliquent. Il n'est pas nécessaire qu'un résident permanent ou un étranger soit poursuivi avant que son expulsion ne soit ordonnée à la suite d'une décision de la Cour selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable.

Procedural matters

[16] Certain procedural issues were raised at the commencement of the hearing on September 7, 2005.

[17] First, notice of constitutional questions arising, in particular in relation to possible relief sought on grounds alleging breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in accord with section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] as amended, was directed to be given by counsel for Mr. Jaballah without delay, to the attorneys general of provinces and of the territories except that of Ontario who was aware of the hearing. Confirmation of service to them, by facsimile, was subsequently filed with the Court.

[18] Second, counsel for the Attorney General of Ontario sought leave to intervene in the proceedings related to the application for release from detention. He did so in anticipation of notice of constitutional issues raised, confirmed orally at commencement of the hearing, and because that Attorney General had a particular interest, in expected allegations that conditions of detention for Mr. Jaballah, in the provincial remand centre where he has been detained, are such that they give rise to described breaches of certain Charter rights. After hearing from counsel for the parties and from the Attorney General of Ontario, the Court directed that the latter's motion to intervene was allowed, for the purposes of admission of evidence by affidavit and submissions, with advance notice to other counsel, concerning the conditions of detention and their effect, if any, on Charter rights. Leave to examine or cross-examine any witness, if that were desired, was left to be dealt with as counsel for the Attorney General of Ontario might request. Requests were subsequently made and granted for his examination of the Acting Superintendent of the Toronto West Detention Centre, where Mr. Jaballah has been detained, who was called as a witness by Mr. Jaballah, and for cross-examination of Mr. Jaballah in regard to medical services rendered to him while detained.

Points de procédure

[16] Certains points de procédure ont été soulevés au début de l'audition du 7 septembre 2005.

[17] Premièrement, il a été ordonné aux avocats de M. Jaballah de signifier sans délai, en application de l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et modifications, aux procureurs généraux des provinces et des territoires, sauf à celui de l'Ontario, qui était au fait de l'audience, un avis des questions constitutionnelles découlant en particulier du redressement possible sollicité en raison de la violation alléguée de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Confirmation de la signification aux procureurs généraux, par télécopieur, a été par la suite déposée auprès de la Cour.

[18] Deuxièmement, l'avocat du procureur général de l'Ontario a demandé l'autorisation d'intervenir dans la procédure se rapportant à la demande de mise en liberté. Il a demandé cette autorisation en prévision de l'avis des questions constitutionnelles soulevées, confirmées oralement au début de l'audience, et aussi parce qu'il avait un intérêt particulier dans les allégations à prévoir selon lesquelles les conditions de détention de M. Jaballah, au centre provincial de détention où il se trouve, sont telles qu'elles violent certains droits conférés par la Charte. Après audition des avocats des parties ainsi que du procureur général de l'Ontario, la Cour a accueilli la requête en intervention présentée par celui-ci, aux fins de la recevabilité de la preuve par affidavit ainsi que des arguments, avec préavis aux autres avocats, se rapportant aux conditions de la détention et à leur effet, le cas échéant, sur les droits accordés par la Charte. Il restait à statuer, si l'avocat du procureur général de l'Ontario le souhaitait, sur l'autorisation d'interroger ou de contre-interroger tel ou tel témoin. Le procureur général de l'Ontario a par la suite demandé, et obtenu, d'interroger le surintendant par intérim du Centre de détention de Toronto Ouest, lieu de détention de M. Jaballah, qui avait été appelé à témoigner par M. Jaballah, et de contre-interroger M. Jaballah à propos des services médicaux dont il bénéficiait durant sa détention.

[19] Third, a further procedural issue referred to but not disputed by counsel for the parties, concerned the jurisdiction of this Court to consider the prime remedy here sought, that is, release from detention for Mr. Jaballah on grounds alleged of infringement, by the provisions of IRPA, or by their application to Mr. Jaballah, of rights guaranteed by the Charter. All counsel before the Court acknowledge Mr. Justice Trafford's opinion in the Ontario Superior Court of Justice [(2005), 258 D.L.R. (4th) 161] that this Court lacks statutory jurisdiction to issue *habeas corpus*, except as specifically provided for in relation to members of the Armed Forces under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24] of the *Federal Courts Act*. Yet all were in support of the Court's authority to deal with the application for release from detention in this case where the Court is urged to grant relief under subsection 24(1) of the Charter, or under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, on the ground that rights guaranteed by the Charter have been infringed.

[20] In my opinion following the decision of the Federal Court of Appeal in *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, there can be no doubt of this Court's jurisdiction to determine the issues raised in this application. As a designated judge under IRPA it is my responsibility to hear and determine constitutional questions arising in the context of proceedings concerning the reasonableness of the security certificate, including the related proceedings in this case to review of the continuing detention of Mr. Jaballah. (See *Charkaoui, per* Décary and Létourneau J.J.A., at paragraph 144.)

#### The grounds for relief

[21] The grounds for the relief sought here by Mr. Jaballah's motion are:

- i. Mr. Jaballah's continued detention pursuant to sections 82 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (referred to as the *IRPA*), which provide for the automatic and mandatory detention of a foreign national subject to a security certificate issued under s. 77 of the *Act* and prohibit any possibility of a review of the need to detain until after the security certificate is upheld and

[19] Troisièmement, un autre point de procédure mentionné, mais non contesté par les avocats des parties, concernait le pouvoir de la Cour de considérer la réparation principale ici sollicitée, c'est-à-dire la mise en liberté de M. Jaballah au motif que les dispositions de la LIPR ou leur application à M. Jaballah porteraient atteinte à des droits garantis par la Charte. Tous les avocats présents devant la Cour prennent acte de l'avis de M. le juge Trafford, de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario [(2005), 258 D.L.R. (4th) 161], selon lequel la Cour fédérale n'est pas compétente pour délivrer un bref d'*habeas corpus*, sauf dans les circonstances expressément prévues pour les membres des forces armées, en application de l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24] de la *Loi sur les Cours fédérales*. Tous ont admis cependant le pouvoir de la Cour de statuer sur la demande de mise en liberté dans le cas présent, où on exhorte la Cour à accorder réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte ou en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au motif qu'il a été porté atteinte à des droits garantis par la Charte.

[20] À mon avis, compte tenu de l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, il ne fait aucun doute que la Cour a le pouvoir de décider les points soulevés dans la présente demande. En tant que juge désigné en vertu de la LIPR, il m'appartient d'entendre et de décider les questions constitutionnelles auxquelles donne lieu la procédure visant à déterminer si le certificat de sécurité est raisonnable, y compris ici la procédure connexe d'examen du maintien en détention de M. Jaballah. (Voir l'arrêt *Charkaoui*, juges Décary et Létourneau, au paragraphe 144.)

#### Les motifs du redressement

[21] Les motifs du redressement sollicité ici par M. Jaballah dans sa requête sont les suivants :

- i. La détention continue de M. Jaballah, en application des articles 82 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), qui prévoient la détention automatique et obligatoire d'un étranger visé par un certificat de sécurité délivré en vertu de l'article 77 de la LIPR, et qui interdisent toute possibilité d'examen de la nécessité de la détention jusqu'à ce que

the person is not removed from Canada within 120 days thereafter, in failing to provide for a fair and timely review on acceptable standards for release contravenes the principles of fundamental justice pursuant to section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* and in applying solely to non-citizens denies the applicant equality before and under the law, and equal protection and benefit of the law without discrimination contrary to s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*;

- ii. Mr. Jaballah's continued detention at a provincial remand facility under conditions which are cruel and unusual breach his rights under s. 12 of the *Charter of Rights and Freedoms* and breaches the principles of fundamental justice under section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*;
- iii. Mr. Jaballah's continued detention at the Toronto West Detention Centre, a provincial remand facility, without the availability of any other form of detention in a long term facility, constitutes cruel and unusual treatment contrary to section 12 of the *Charter of Rights and Freedoms*, is not in accordance with standards of fair treatment required by the principles of fundamental justice under section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and in that the treatment is accorded to the applicant as a non-citizen and as a Muslim contravenes the right to equality before and under the law, and denies him equal protection and benefit of the law without discrimination contrary to s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

[22] When this application was heard counsel for Mr. Jaballah made clear that the primary request before the Court was that he be exempt from the operation of the provision for his continuing detention as a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter or subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, because application of the IRPA provisions in this case constituted a breach of rights guaranteed by the Charter. If relief of that nature is not found appropriate, counsel asks that those provisions of IRPA be struck down as infringing on Mr. Jaballah's rights guaranteed by the Charter.

le certificat de sécurité soit confirmé, avec absence de renvoi de l'intéressé du Canada dans un délai de 120 jours par la suite, contrevient aux principes de justice fondamentale établis à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés* en excluant la possibilité d'un examen rapide et équitable fondé sur des normes acceptables de mise en liberté, et nie au demandeur, par l'application des dispositions en cause aux seuls étrangers, l'égalité devant la loi ainsi que la même protection et le même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, en violation de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*;

- ii. La détention continue de M. Jaballah dans un établissement provincial de détention, dans des conditions qui sont cruelles et inusitées, contrevient aux droits que lui confère l'article 12 de la *Charte des droits et libertés* et contrevient aux principes de justice fondamentale établis à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*;
- iii. La détention continue de M. Jaballah au Centre de détention de Toronto Ouest, un établissement provincial de détention provisoire, sans qu'une autre forme de détention soit possible dans un établissement de longue durée, constitue un traitement cruel et inusité contraire à l'article 12 de la *Charte des droits et libertés*, n'est pas conforme aux normes de traitement équitable que requièrent les principes de justice fondamentale établis à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*, et, comme ce traitement est réservé au demandeur en tant qu'étranger et en tant que musulman, il porte atteinte au droit à l'égalité devant la loi et nie au demandeur la même protection et le même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, en violation de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*.

[22] Quand la présente demande a été instruite, l'avocat de M. Jaballah a précisé que la requête principale présentée à la Cour avait pour objet de faire soustraire M. Jaballah à l'application de la disposition prévoyant son maintien en détention, et cela à titre de réparation suivant le paragraphe 24(1) de la Charte ou le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce que l'application des dispositions de la LIPR dans la présente affaire constituait une atteinte aux droits garantis par la Charte. Si un redressement de cette nature n'est pas jugé adéquat, alors l'avocat de M. Jaballah demande que ces dispositions de la LIPR soient déclarées invalides parce qu'elles portent atteinte aux droits de M. Jaballah garantis par la Charte.

[23] Either course of action proposed would be based on similar contextual factors, including applicable legislation and the evidence relevant to the application for release from detention. I propose to review the evidence before the Court before turning to the submissions of counsel.

[24] It may be worth emphasizing that this application proceeds without a statutory basis other than Canada's Constitution including the Charter. Relatively little evidence was introduced by testimony and documents directed to the grounds set out for ordered judicial release from detention under subsection 83(3) for permanent residents, or under subsection 84(2) for foreign nationals held for four months after a ministers' security certificate be found reasonable. Thus, other decisions concerned with applying those provisions for release by a judge are of limited relevance here. In this case constitutional arguments related to the facts, in particular the continuing detention of Mr. Jaballah with no statutory right to review the detention until determination is made on the reasonableness of the certificate, or if it be upheld, until four months after that. At this stage one might reasonably expect that the earliest of those opportunities is likely to be a minimum of two months from the filing of this decision.

[25] I turn to review the relevant evidence before the Court upon which this application is based.

#### Evidence on conditions of detention

[26] Following his arrest on August 14, 2001, Mr. Jaballah was held for approximately six weeks at Millbrook, a federal penal institution. After September 11, 2001, he was there sequestered in solitary confinement, as he was from mid-October 2001 when he was moved to the Toronto West Detention Centre (TWDC), a provincial regional remand centre.

[27] Conditions of solitary confinement in both institutions were unpleasant, with virtually 24 hours a day spent alone in a very small solitary cell, at first with

[23] L'une et l'autre des lignes de conduite proposées seraient fondées sur des facteurs contextuels semblables, notamment les textes législatifs applicables et la preuve concernant la demande de mise en liberté. Je me propose d'examiner la preuve présentée à la Cour, pour passer ensuite aux observations des avocats.

[24] Il convient sans doute de souligner que la demande est instruite sans autre fondement légal que la Constitution du Canada, y compris la Charte. Une preuve relativement mince a résulté des témoignages et documents axés sur les motifs justifiant une ordonnance judiciaire de mise en liberté en application du paragraphe 83(3) pour les résidents permanents, ou du paragraphe 84(2) pour les étrangers, détenus durant quatre mois après qu'un certificat de sécurité délivré par les ministres a été jugé raisonnable. Les autres décisions où furent appliquées ces dispositions prévoyant la mise en liberté par ordonnance judiciaire sont donc de peu d'utilité ici. En l'espèce, les arguments constitutionnels étaient fondés sur les faits, en particulier le maintien en détention de M. Jaballah, privé de tout droit accordé par la loi de faire examiner sa détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat, ou, si le certificat est jugé raisonnable, jusqu'à l'expiration de quatre mois par la suite. À ce stade, on peut raisonnablement compter que la première de ces possibilités ne se présentera sans doute qu'au moins deux mois après le dépôt de la présente décision.

[25] Je passe à l'examen de la preuve qui a été présentée à la Cour et sur laquelle repose la demande.

#### Preuve relative aux conditions de détention

[26] Après son arrestation le 14 août 2001, M. Jaballah a été détenu durant environ six semaines à Millbrook, un établissement carcéral fédéral. Après le 11 septembre 2001, il a été enfermé à cet endroit, en isolement cellulaire, comme il l'a été à partir de la mi-octobre 2001, quand il a été transféré au Centre de détention de Toronto Ouest (le CDTO), un centre régional provincial de détention provisoire.

[27] Les conditions de l'isolement cellulaire dans les deux établissements n'étaient pas agréables, puisqu'il devait passer presque 24 heures par jour seul dans une

no running water or regular toilet facilities, and very restricted opportunities for contact, whether by visiting or by telephone, with his family or others. Meals were provided to be eaten in the cell. The only time out of the cell was brief, for a shower, a brief period in the “yard” or a very short visit. All personal effects, including toothbrushes, and reading materials including a prayer book, were kept outside the cell and could only be obtained from a willing guard. No shoes were permitted in the cell. Bedding was limited and in Mr. Jaballah’s view was often unclean when supplied. For a few days Mr. Jaballah was kept naked in his cell, a condition that was offensive to his religious beliefs particularly since he was subject to observation at all times. Reasons for his detention in solitary had nothing to do with his own conduct while in detention, and the basis for it was not explained to him.

[28] The Acting Superintendent of TWDC, testifying at the hearing, explained that Mr. Jaballah’s assignment to solitary detention was initiated for his own security and the general security of other inmates and staff of the institution, in keeping with policy and practices of Ontario regional detention centres. In circumstances of general uncertainty about the risk presented by the presence of persons held on security certificates in the aftermath of September 11, 2001, he emphasized a concern about Mr. Jaballah’s safety in the general institutional population. There was no evidence, apart from Mr. Jaballah’s references to occasional difficulties with individual guards or other inmates, that he was treated other than in accord with policies and practices generally applicable to those held in solitary confinement.

[29] For about a month in December 2001 and January 2002 Mr. Jaballah was transferred to a general range at TWDC, but then because of advice about the security risk his presence created, he was again transferred to solitary confinement. In July 2002 he was transferred, still at TWDC, to a protective custody range

très petite cellule, d’abord sans eau courante ni cabinet d’aisances, et avec des possibilités très limitées de contact, que ce soit sous forme de visites ou de conversations téléphoniques, avec sa famille ou avec d’autres personnes. Ses repas lui étaient servis pour consommation dans sa cellule. Le seul moment qu’il passait en dehors de sa cellule était bref, pour une douche, une courte période dans la « cour » ou une très brève visite. Tous ses effets personnels, y compris les brosses à dent et les livres, dont son livre de prières, étaient gardés en dehors de sa cellule et il ne pouvait les obtenir que si un gardien le voulait bien. Les chaussures n’étaient pas autorisées dans sa cellule. La literie était limitée et, de l’avis de M. Jaballah, elle était souvent sale quand on la lui remettait. Durant quelques jours, M. Jaballah est resté nu dans sa cellule, une condition qui heurtait ses convictions religieuses, d’autant plus qu’il pouvait être observé à tout moment. Les raisons de sa détention en isolement cellulaire étaient sans aucun rapport avec son propre comportement en détention, et elles ne lui ont d’ailleurs pas été expliquées.

[28] Le directeur intérimaire du CDTO, qui a témoigné à l’audience, a expliqué que la mise en isolement cellulaire de M. Jaballah avait été décidée pour sa propre sécurité et pour la sécurité générale des autres détenus et du personnel de l’établissement, en accord avec la politique et les pratiques des centres régionaux de détention de l’Ontario. Vu l’incertitude générale sur le risque que posait la présence de personnes détenues en vertu de certificats de sécurité dans le sillage du 11 septembre 2001, il a fait valoir que l’on craignait pour la sécurité de M. Jaballah dans la population carcérale générale. M. Jaballah a fait état de difficultés occasionnelles rencontrées avec certains gardiens ou d’autres détenus, mais il n’est pas établi qu’il a été traité autrement qu’en accord avec les politiques et pratiques généralement applicables aux détenus placés en isolement cellulaire.

[29] Durant près d’un mois, en décembre 2001 et janvier 2002, M. Jaballah a été transféré dans une rangée générale du CDTO, mais, à la suite d’un avis à propos du risque que sa présence faisait peser sur la sécurité, il a alors été de nouveau placé en isolement cellulaire. En juillet 2002, encore au CDTO, il a été

and there he has since remained.

[30] TWDC is a maximum security institution. As a regional remand centre, its principal function is for detention of persons charged but not yet tried or sentenced for criminal offences, mainly serious offences, for whom no assessment of risk classification has been made. That assessment is made only after sentence, when a convicted person is to be moved to a provincial detention centre or has been moved to a federal penal institution. Without such assessment, those held at TWDC are subject to general practices for a maximum security institution.

[31] In the protective custody range where Mr. Jaballah is held, cells are designed to hold two people each but for a substantial portion of the time he has been there, some cells have had to accommodate three, with the third person sleeping on the floor. Inmates move from their cells to a common room for the range, usually from morning until 7:30 p.m. The common room has fixed metal tables and chairs. Television may be available. Meals are taken in the common room and all activities are conducted in public there, except frequent strip searches of those who have been moved out of the range for a visit or other purpose. In a room for visiting privileges, family or others, including counsel, are restricted and visiting may be cancelled without advance notice because of institutional security concerns, major public health concerns such as SARS, or labour difficulties with institutional employees. Lockdowns, when the institution is closed to visitors, and inmates are required to return to or remain in their cells, are not infrequent occurrences for security reasons.

[32] For Mr. Jaballah, a devout Muslim, detention has infringed on his religious practice and beliefs. Initially, in solitary he had trouble obtaining a copy of the Koran. His prayers have sometimes been without expected

transféré dans une aire d'isolement protecteur, et c'est là qu'il se trouve depuis.

[30] Le CDTO est un établissement à sécurité maximale. En tant que centre régional de détention provisoire, sa fonction principale consiste à détenir les personnes accusées, mais non encore jugées ou condamnées pour des infractions criminelles, surtout des infractions graves. Ces personnes ne sont l'objet d'aucune évaluation en matière de classification du risque. Cette évaluation n'est faite qu'après le prononcé de la peine, lorsque la personne déclarée coupable doit être placée dans un centre provincial de détention ou a été placée dans un établissement carcéral fédéral. Sans cette évaluation, les personnes détenues au CDTO sont soumises aux pratiques générales d'un établissement à sécurité maximale.

[31] Dans l'aire d'isolement protecteur où est détenu M. Jaballah, les cellules sont conçues pour loger deux personnes chacune, mais, durant une bonne partie de son séjour dans l'établissement, certaines cellules ont été occupées par trois détenus, le troisième devant dormir sur le sol. Les détenus passent de leurs cellules à une salle commune de la rangée, habituellement depuis le matin jusqu'à 19 h 30. La salle commune est équipée de tables et de chaises en métal qui sont fixes. Il y a un téléviseur. Les repas sont servis dans la salle commune, et toutes les activités s'y déroulent à la vue de tous, à l'exception des fréquentes fouilles à nu effectuées sur les détenus qui ont été sortis de la rangée pour une visite ou à une autre fin. Dans une pièce réservée aux visites, les familles ou autres personnes, y compris les avocats, ne sont pas libres de leurs mouvements, et les visites peuvent être annulées sans préavis pour raison de sécurité de l'établissement, d'inquiétude liée à la santé publique, par exemple le SRAS, ou de conflit de travail avec les employés de l'établissement. Les confinements aux cellules, quand l'établissement est fermé aux visiteurs et que les détenus sont tenus de retourner ou de rester dans leurs cellules, ne sont pas rares lorsque la sécurité est en jeu.

[32] Selon M. Jaballah, fervent musulman, sa détention a porté atteinte à sa pratique religieuse et à ses convictions religieuses. Au début, quand il était en isolement, il a eu de la difficulté à se faire remettre un

washing, without a prayer mat, and said in public with other detainees as onlookers and occasional hecklers. There have been only infrequent visits by an Iman. Initially he found the food provided had not been prepared in Halal fashion, and he still questions whether that is the case despite policy and described practices to ensure that Halal food is provided, by guaranteeing outside caterers, for Muslim detainees. Strip searching, done regularly under institutional policy, for security reasons after movement out of the range for any purpose, offends his religious principles.

[33] I accept the evidence of Mr. Jaballah's wife, Husnah Mohammed Al-Mastouli, and of his eldest son Ahmed, who is now starting university studies, concerning the great difficulties for his family that his separation by reason of detention has meant. I accept also Mr. Jaballah's own testimony that the separation from his family and the limitations his detention impose on any exercise of responsibilities for his family are the most painful and distressing aspect of his detention. Even when his wife and children are able to visit him, they are always separated from him by a glass partition and they communicate only by telephone. He is, in accord with institutional policy, unable to touch or to hold any of them. I note that with the cooperation of the security officers who accompany Mr. Jaballah to court hearing days on this application, brief touch visits were permitted in the courtroom when proceedings recessed for a mid-day break.

[34] I accept also the evidence of Paul Evan Greer, Acting Superintendent of TWDC, concerning the bases for maximum security policies, for the regime of detailed regulations and their application. I accept also his description of institutional efforts, particularly in recent years, to foster non-discriminatory application of policies and practices except, where possible, to recognize significant religious or social practices of certain of the inmates. The latter efforts, for Muslims,

exemplaire du Coran. Il devait parfois dire ses prières sans procéder aux ablutions requises, et sans tapis de prière, et il les disait en public, devant les autres détenus, qui le regardaient et parfois le dérangent. Il n'a eu que rarement la visite d'un imam. Au début, il trouvait que les repas qu'on lui servait n'avaient pas été préparés selon la méthode halal, et il se demande encore si tel est le cas malgré la politique officielle et les pratiques décrites garantissant une alimentation halal aux détenus de confession musulmane, par recrutement de traiteurs extérieurs. Les fouilles à nu, effectuées régulièrement en application de la politique de l'établissement, et cela pour des raisons de sécurité après qu'un détenu a quitté la rangée pour telle ou telle fin, heurtent ses principes religieux.

[33] J'accepte le témoignage de l'épouse de M. Jaballah, Husnah Mohammed Al-Mastouli, et celui de son fils aîné, Ahmed, qui commence maintenant des études universitaires, à propos des grandes difficultés que cause à sa famille son absence due à sa détention. J'accepte aussi le propre témoignage de M. Jaballah selon lequel le fait d'être séparé de sa famille et de ne pas pouvoir, à cause de sa détention, exercer ses responsabilités envers sa famille constitue l'aspect le plus douloureux et le plus pénible de sa détention. Même quand son épouse et ses enfants ont la possibilité de le visiter, ils sont toujours séparés de lui par une cloison vitrée, et ils ne communiquent que par téléphone. En accord avec la politique de l'établissement, il n'a pas la possibilité de les toucher ou de les tenir contre lui. Je relève que, avec la collaboration des agents de sécurité qui accompagnent M. Jaballah aux audiences relatives à la demande, de brèves visites avec contact ont pu avoir lieu dans la salle d'audience quand la séance était suspendue pour la pause de mi-journée.

[34] J'accepte aussi le témoignage de Paul Evan Greer, directeur intérimaire du CDTO, à propos des raisons justifiant les politiques de sécurité maximale, le régime de réglementation détaillée et l'application de cette réglementation. J'accepte aussi la description qu'il a faite des moyens pris par l'établissement, en particulier ces dernières années, pour favoriser une application non discriminatoire des politiques et pratiques, sauf, le cas échéant, afin de reconnaître les pratiques religieuses ou

include provision of prayer books, and mats, the obtaining of Halal food from outside caterers, special arrangements for serving of food for Muslims during Ramadan, and regular weekly volunteer visits by an Iman.

[35] I accept also Mr. Greer's evidence, from TWDC records, that Mr. Jaballah has made few formal complaints, under the established process, about mistreatment by guards or other inmates and, apart from Mr. Jaballah's concerns about health conditions, the only significant recorded complaints from him concern the lack of Halal food on occasion. I accept also that the circumstances of detention probably discourage complaints, as both Mr. Greer and Mr. Jaballah testified. The evidence also indicates that any serious physical health concerns of Mr. Jaballah have been addressed by medical assistance arranged by TWDC.

[36] I turn to evidence provided by written report only, by Dr. Michael Bagby, a registered clinical psychologist and a member of the Department of Psychiatry at the University of Toronto, who, on request of Mr. Jaballah's counsel, examined and reported on his assessment of the psychological effects upon Mr. Jaballah of his detention. The assessment was done on the basis of two interviews in person in a private room at TWDC in mid-July 2005, administered test results and interviews of others by telephone.

[37] At the risk of oversimplifying the assessment of Dr. Bagby, I summarize his conclusions thus. Mr. Jaballah has some psychological problems, in particular panic disorder and depression, sometimes serious, especially when he learns of difficulties for his wife and children. His continuing detention causes him considerable stress, from "worry about the welfare of his family, his health and safety, and the uncertainty of his future". His arrest and continuing detention are said to be direct causes of his current psychological and

sociales propres à certains détenus. S'agissant des détenus de confession musulmane, les derniers moyens pris sont : la fourniture de livres de prières et de tapis de prière, l'obtention d'aliments halal auprès de traiteurs extérieurs, les dispositions particulières applicables à l'alimentation des musulmans durant le Ramadan, de même que les visites bénévoles, hebdomadaires et régulières, d'un imam.

[35] J'accepte aussi le témoignage de M. Greer, fondé sur les dossiers du CDTO, selon lequel M. Jaballah a déposé, selon la procédure établie, peu de plaintes formelles de mauvais traitements de la part des gardiens ou d'autres détenus et, abstraction faite des préoccupations de M. Jaballah au sujet des conditions sanitaires, les seules plaintes notables qu'il a déposées concernent l'absence occasionnelle d'aliments halal. J'admets aussi que les circonstances de la détention découragent probablement le dépôt de plaintes, ainsi qu'en ont témoigné à la fois M. Greer et M. Jaballah. La preuve montre aussi que les sérieuses préoccupations de M. Jaballah pour sa santé physique sont maintenant dissipées grâce à une veille médicale organisée par le CDTO.

[36] Je passe au témoignage produit sous forme d'un rapport écrit uniquement, qui émane du D' Michael Bagby, psychologue clinicien agréé et professeur au Département de psychiatrie de l'Université de Toronto, qui, à la demande de l'avocat de M. Jaballah, a examiné les effets psychologiques sur M. Jaballah de sa détention, et présenté un rapport sur son évaluation. L'évaluation était fondée sur deux entretiens menés en tête-à-tête dans une salle privée du CDTO, à la mi-juillet 2005, sur les résultats de tests administrés et sur des entretiens menés par téléphone avec d'autres personnes.

[37] Au risque de simplifier à l'excès l'évaluation effectuée par le D' Bagby, je résume ainsi ses conclusions. M. Jaballah souffre de certains troubles psychologiques, en particulier de panique et de dépression, parfois sérieux, surtout lorsqu'il apprend les difficultés que vivent son épouse et ses enfants. Le maintien de sa détention lui cause un stress considérable, parce qu'il « craint pour le bien-être de sa famille, pour sa santé et sa sécurité et pour l'incertitude de son avenir ». Son arrestation et sa détention continue

emotional difficulties. For those difficulties he refuses pharmaceutical treatment, except non-prescription analgesics and anti-inflammatory agents. Dr. Bagby's report concludes thus:

Barring a change in his legal fortunes and faced with the prospect of indefinite incarceration, his prognosis appears poor. Mr. Jaballah is already experiencing a stress reaction and his mental status appears to be in a process of decline.

[38] Despite the difficulties his continuing incarceration present for Mr. Jaballah and for his family, his treatment, both while in solitary confinement and in the protective custody range, has been in keeping with institutional policies applicable to all inmates in the respective institutions. Moreover his assignment for different detention conditions has been made pursuant to those policies and practices, with no evidence before me that those have been unreasonably applied, or applied with adverse discriminatory effect, to Mr. Jaballah, or to other Muslims generally. As we shall see submissions about discriminatory treatment and possible breach of his right to equality of treatment under the law pursuant to section 15 of the Charter are based not on differences in practical terms but on differences in legal consequences under provisions of IRPA.

[39] I note for the record that in the course of the hearing counsel for the Minister of Citizenship and Immigration read into evidence a statement on behalf of the Minister concerning intended changes in arrangements for detention of individuals who are subject to security certificates (transcript, October 19, 2005, page 830, line 3 to page 832, line 20). That statement is as follows:

**MR. MacINTOSH:** I have something to apprise the Court of. The following is the position of the Government of Canada, and I have been authorized to apprise the Court of this.

seraient les causes directes de ses troubles psychologiques et affectifs actuels. Il refuse tout traitement pharmacologique qui lui permettrait d'en venir à bout, à l'exception des analgésiques en vente libre et des agents anti-inflammatoires. Le rapport du D<sup>r</sup> Bagby se termine ainsi :

[TRADUCTION] Sauf un retournement dans ses démêlés avec la loi, et devant la perspective d'une incarcération indéfinie, mon pronostic à son sujet n'est guère optimiste. M. Jaballah manifeste déjà une réaction de stress et son état mental semble sur une pente descendante.

[38] Malgré les difficultés que l'incarcération continue de M. Jaballah présente pour lui-même et pour sa famille, la manière dont il a été traité, tant en isolement cellulaire que dans l'unité d'isolement protecteur, est restée conforme aux lignes directrices de l'établissement applicables à tous les détenus des établissements concernés. Par ailleurs, les diverses conditions de détention auxquelles il a été soumis étaient conformes à ces lignes directrices, et je n'ai pas la preuve qu'elles ont été appliquées à M. Jaballah ou aux autres musulmans en général d'une manière déraisonnable ou avec un effet discriminatoire préjudiciable. Comme nous le verrons, les arguments au sujet du traitement discriminatoire et de la possible atteinte à son droit à l'égalité devant la loi, un droit garanti par l'article 15 de la Charte, sont fondés non sur des différences concrètes, mais sur des différences au chapitre des conséquences juridiques découlant des dispositions de la LIPR.

[39] Je relève pour mémoire que, au cours de l'audience, l'avocat du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a consigné dans la preuve une déclaration faite au nom du ministre et se rapportant aux changements prévus du dispositif de détention des personnes assujetties à des certificats de sécurité (transcription, 19 octobre 2005, de la page 830, ligne 3, à la page 832, ligne 20). Cette déclaration est la suivante :

[TRADUCTION]

**M. MacINTOSH :** J'ai quelque chose à signaler à la Cour. Les paragraphes qui suivent exposent la position du gouvernement du Canada, et j'ai été autorisé à en informer la Cour.

There has been a decision by the Government of Canada to assume the detention of persons subject to a security certificate and currently detained in the Province of Ontario. These persons will be detained in a federal detention facility.

The regime contemplated under the federal government regime will ameliorate conditions of detention for the individuals who are the subject of security certificates.

The location will be at a place where the necessary and appropriate facilities and infrastructure are available in Ontario.

It is contemplated that a federal facility will be ready to house the security certificate detainees within four to six months. This is the earliest that a facility can be made ready in order to properly outfit and retrofit a facility for these individuals and also to ensure that they are not housed with the general convicted population.

Also I have been authorized to outline some details with respect to conditions of detention.

Subject to any security concerns that may exist in individual cases and generally, the detainees will be allowed to:

1. Wear their own clothing;
2. Purchase at their own expense a personal TV and radio for use in their cell;
3. Purchase at their own expense personal hygiene products in addition to basics that will be supplied;
4. Subscribe to print material (newspapers and periodicals);
5. Have outdoor exercise that meets the standard for federal inmates, to be reviewed as circumstances permit, but not to be less than an hour;
6. Subject to determining the logistics, they will be permitted to have access to books from the penitentiary library;
7. Meals will be in conformity with penitentiary standards;
8. They will be permitted to have supervised access to a phone;

Le gouvernement du Canada a pris la décision de prendre à son compte la détention des personnes soumises à un certificat de sécurité et actuellement détenues dans la province de l'Ontario. Ces personnes seront détenues dans un établissement fédéral de détention.

Le régime envisagé par le gouvernement fédéral améliorera les conditions de détention des personnes assujetties à des certificats de sécurité.

Le lieu de détention sera un endroit où les installations et infrastructures nécessaires et adéquates existent en Ontario.

Il est prévu qu'un établissement fédéral sera prêt, dans un délai de quatre à six mois, à accueillir les détenus soumis à des certificats de sécurité. C'est la date la plus proche à laquelle un établissement peut être adéquatement équipé et remis à niveau pour loger ces personnes, et aussi pour faire en sorte qu'elles ne soient pas logées avec le reste de la population carcérale.

J'ai aussi été autorisé à exposer certains détails se rapportant aux conditions de détention.

Sous réserve des impératifs de sécurité pouvant exister dans tel ou tel cas et en général, les détenus seront autorisés :

1. à porter leurs propres vêtements;
2. à acheter à leurs frais un téléviseur et une radio pour utilisation dans leur cellule;
3. à acheter à leurs frais les produits d'hygiène personnelle dont ils ont besoin, en plus des produits de base qui leur seront fournis;
4. à s'abonner à des imprimés (journaux et périodiques);
5. à faire des exercices à l'extérieur qui répondent aux normes applicables aux détenus des pénitenciers fédéraux, possibilité qui sera revue au gré des circonstances, mais dont la durée ne sera pas inférieure à une heure;
6. à emprunter les livres de la bibliothèque du pénitencier, sous réserve des impératifs de logistique;
7. à obtenir des repas en conformité avec les normes du pénitencier;
8. à bénéficier d'un accès surveillé à un téléphone;

9. They will be permitted to have religious visits and ceremonies in the unit, subject to logistics;

10. They will be permitted to have access to essential medical and dental care;

11. They will be permitted to have contact visits, subject to conformity with conditions, primarily searches.

9. à recevoir des visites religieuses et à assister à des cérémonies religieuses dans l'unité, sous réserve des impératifs de logistique;

10. à obtenir les soins médicaux et dentaires essentiels;

11. à recevoir des visites avec contact, sous réserve des conditions applicables, et en particulier de fouilles.

[40] Counsel for Mr. Jaballah suggested that implementation of such a policy should provide more amenities and should be sited to ensure reasonable access for families and counsel.

[40] Selon l'avocat de M. Jaballah, cette ligne directrice devrait procurer des commodités accrues et être appliquée d'une manière qui offre aux familles et aux avocats un accès raisonnable.

#### Evidence on other aspects

[41] I turn from the evidence of the conditions of Mr. Jaballah's detention to review other evidence relevant to the application for release. Three other general topics were addressed: the support of prospective sureties, and bondspersons if required, under possible conditions upon which release might be ordered, the general assessment of the threat of international terrorism to Canada provided by testimony of an officer of the Canadian Security Intelligence Service [CSIS] and documentary evidence filed, and Mr. Jaballah's testimony concerning his willingness to abide by possible conditions and other aspects of his testimony that raised questions of his credibility.

#### Preuve relative à d'autres aspects

[41] Je laisse la preuve relative aux conditions de détention de M. Jaballah pour examiner d'autres preuves se rapportant à la demande de mise en liberté. Trois autres aspects généraux ont été abordés : le soutien d'éventuelles cautions, et de garants s'ils sont requis, selon les conditions auxquelles la mise en liberté pourrait être ordonnée, l'évaluation générale de la menace d'actes de terrorisme international au Canada, une évaluation qui ressort du témoignage d'un agent du Service canadien du renseignement de sécurité [SCRS] et de la preuve documentaire produite, ainsi que le témoignage de M. Jaballah qui se dit prêt à se conformer aux éventuelles conditions, et les autres aspects de son témoignage qui ont suscité un doute sur sa crédibilité.

#### The support of prospective sureties for Mr. Jaballah

[42] In addition to testifying about the difficulties arising for his family from his continuing detention, his wife and his eldest son, Ahmad, expressed their belief in his innocence of any involvement in terrorist activities, in their concern that his circumstances were the result of continuing efforts of Egyptian security authorities to persecute him by providing misinformation about his activities, now mostly more than two decades ago, in Egypt. They stressed the unfairness of his detention with no criminal conduct charges against him, elsewhere or in Canada, against which he could defend himself, and their beliefs that, if released, Mr. Jaballah would abide by any reasonable conditions imposed so that he would not cause further difficulties for his family. Both

#### Le soutien d'éventuelles cautions pour M. Jaballah

[42] Outre qu'ils ont témoigné à propos des difficultés résultant pour eux de la détention de M. Jaballah, son épouse et son fils aîné, Ahmad, se sont déclarés convaincus qu'il n'était nullement impliqué dans des activités terroristes, et que sa situation actuelle était la conséquence des efforts soutenus des autorités égyptiennes en matière de sécurité pour le persécuter en communiquant de fausses informations sur ses activités en Égypte, activités dont la plupart remontent aujourd'hui à plus de 20 ans. Ils ont souligné l'injustice de sa détention alors qu'il n'est l'objet d'aucune accusation, au Canada ou ailleurs, contre laquelle il pourrait se défendre, et ils se sont dits convaincus que, s'il est mis en liberté, M. Jaballah se conformera aux

testified that if he were released and court-imposed conditions were not met, they would have the obligation to, and would, report any such failure to authorities. His son undertook, if required, to relinquish his own computer, which he relied on for his studies, to avoid its use by his father if Mr. Jaballah were released.

[43] There were also 18 other prospective sureties, mainly Canadian citizens and a few permanent residents, prepared to act as guarantors for Mr. Jaballah's release on reasonable conditions. Most had come to know him, or to know of him through his family or from his teaching at the school in Toronto where he had been a teacher and principal for some months in 2000. None of them had known him before he came to Toronto. None knew of his relationships reported by CSIS to be with other persons of concern to security services in Canada or abroad. None was aware of details outlined in the public documents filed in the security certificate proceedings, which gave rise to concerns of the Ministers. Yet all of them expressed respect and sympathy for Mr. Jaballah and his deep commitment to serve his family. They expressed confidence that, if released, he would abide by all imposed conditions, and would do nothing to cause difficulties for his own family, or for any sureties or their families. Among these prospective sureties there is a shared belief that he is not a violent person and would not be associated with terrorism.

[44] Most of these persons by affidavit or testimony were prepared to post bonds, subject to forfeit, if Mr. Jaballah were released and then failed to meet conditions imposed by the Court. One was prepared to replace him in detention for a month, if that could be arranged, so that Mr. Jaballah could be with his family. Prospective bonds, undertaken to be pledged, were collectively nearly \$120,000, a substantial sum for a

conditions raisonnables imposées, pour ne causer aucune difficulté supplémentaire à sa famille. L'épouse et le fils aîné ont tous deux témoigné que, si M. Jaballah est mis en liberté et n'observe pas les conditions imposées par la Cour, alors ils auront l'obligation de signaler tout manquement de ce genre aux autorités, et c'est ce qu'ils feraient. Le fils de M. Jaballah s'est engagé, pour le cas où on le lui demanderait, à se dessaisir de son propre ordinateur, dont il se sert pour ses études, afin d'empêcher son père de l'utiliser s'il venait à être libéré.

[43] Il y avait aussi 18 autres cautions éventuelles, principalement des citoyens canadiens et quelques résidents permanents, disposés à agir comme garants, à des conditions raisonnables, pour la mise en liberté de M. Jaballah. La plupart avaient fait sa connaissance ou avaient entendu parler de lui par l'intermédiaire de sa famille ou à l'occasion des cours qu'il donnait à l'école de Toronto où il avait été professeur et directeur durant quelques mois en 2000. Aucun d'eux ne l'avait connu avant son arrivée à Toronto. Aucun n'avait connaissance des relations que lui prêtait le SCRS avec d'autres personnes à l'égard desquelles les services de sécurité, au Canada ou à l'étranger, avaient des doutes. Aucun ne connaissait les détails qui figuraient dans les documents publics déposés dans la procédure du certificat de sécurité et qui auraient suscité des doutes dans l'esprit des ministres. Tous ont pourtant exprimé leur respect et leur sympathie pour M. Jaballah et pour son engagement profond envers sa famille. Ils se sont déclarés certains que, une fois mis en liberté, M. Jaballah se conformerait à toutes les conditions imposées et ne ferait rien qui soit susceptible de causer des difficultés à sa propre famille, ni aux cautions ou à leurs proches. Toutes les éventuelles cautions partageaient la même croyance : M. Jaballah n'est pas une personne violente et il ne pouvait pas être associé au terrorisme.

[44] La plupart de ces personnes se sont dites prêtes, dans leur affidavit ou leur déposition, à déposer des garanties susceptibles d'être confisquées pour le cas où M. Jaballah, une fois mis en liberté, n'observerait pas les conditions imposées par la Cour. L'une d'elles était disposée à le remplacer en détention durant un mois, si cela pouvait se faire, afin que M. Jaballah retrouve sa famille. Les garanties que tous ces gens s'engageaient à

relatively small group of supporters within his community. Since I make no order for his release at this stage, there is no need for further assessment of their proposed undertakings.

#### General assessment of terrorist threat to Canada

[45] P.G., a senior Middle East analyst of CSIS, responsible for research and analysis, and for production of papers and studies on Islamic extremism, testified on behalf of CSIS. Before joining CSIS in 2001, he had served some 18 years with the Canadian Security Establishment, as a multilingual research analyst.

[46] P.G. described the history of Al-Qaida since the 1980's, working at first against Soviet forces in Afghanistan and later with the Taliban, directing its efforts to training terrorists from many countries and sending them off around the world on terrorist missions, or as "sleeper cells" with no immediate mission but ultimately to attack Mid-East governments considered to be supportive of western interests and governments, and against western governments and societies. Since the attack in New York on September 11, 2001, the amorphous Al-Qaida organization has evolved, with its central core, still presided over by Usama bin Laden, reportedly located in the border region of northern Pakistan. An evolving role is now played by Al-Qaida affiliates led by those trained in the 1980s and 1990s, largely in Afghanistan, operating from time to time to cause havoc in various countries, for example in Bali, in Madrid and earlier against U.S. embassies in East Africa, and against the ship *U.S.S. Cole* in Kuwait. Finally, there are other individuals or organizations having no real links to Al-Qaida but determined to emulate it, as those responsible for London transit bombings in 2005 would appear to be.

déposer se chiffraient au total à près de 120 000 \$, une somme substantielle pour un groupe relativement modeste de gens prêts à le soutenir au sein de sa communauté. Comme je n'ordonnerai pas sa libération à ce stade, il n'est pas nécessaire d'examiner davantage les engagements qu'ils proposent.

#### Évaluation générale de la menace terroriste au Canada

[45] P.G., un analyste principal du Moyen-Orient à l'emploi du SCRS, chargé de la recherche et de l'analyse, ainsi que de la rédaction de documents et d'études sur l'extrémisme islamique, a témoigné au nom du SCRS. Avant de se joindre au SCRS en 2001, il avait travaillé durant quelque 18 ans comme analyste de recherche multilingue au Centre de la sécurité des télécommunications.

[46] P.G. a fait l'historique d'Al-Qaida depuis les années 1980, cette organisation travaillant d'abord contre les forces soviétiques en Afghanistan, et plus tard aux côtés des Talibans, consacrant ses efforts à former des terroristes originaires de nombreux pays et à les envoyer aux quatre coins du monde pour des missions terroristes, ou comme « cellules dormantes » n'ayant pas de mission immédiate à accomplir, mais appelées éventuellement à lancer des attaques contre les gouvernements du Moyen-Orient jugés favorables aux intérêts et gouvernements occidentaux, et contre les institutions et sociétés occidentales elles-mêmes. Depuis les attaques menées à New York le 11 septembre 2001, Al-Qaida, organisation insaisissable, s'est transformée. Son centre névralgique, encore dominé par Oussama ben Laden, serait situé dans la région frontalière du nord du Pakistan. Un nouveau rôle est joué aujourd'hui par les cellules d'Al-Qaida dont les dirigeants avaient été entraînés durant les années 1980 et 1990, surtout en Afghanistan. Ces cellules se manifestent périodiquement par des attentats dans divers pays, par exemple à Bali ou à Madrid, et auparavant contre des ambassades des États-Unis en Afrique de l'Est, et contre le navire *U.S.S. Cole* au Koweït. Finalement, il faut compter avec d'autres personnes ou organisations qui n'ont pas de véritables liens avec Al-Qaida, mais qui sont résolues à l'imiter, comme semblent l'avoir été les auteurs des attentats à la bombe commis dans le métro de Londres, en 2005.

[47] Among affiliates of Al-Qaida, the Egyptian Islamic Jihad or Egyptian Al Jihad continues to be an organization that is widely assessed as terrorist. Since forming an association by agreement with bin Laden in 1998 to promote Jihad, it has widened its targeted interests beyond Egypt. It is an organization, listed as of July 23, 2002 as a terrorist organization under Part II.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 4] of the *Criminal Code* of Canada, in which the Ministers concerned believe Mr. Jaballah has been involved since at least the mid-1980s.

[48] On at least two occasions since September 11, 2001 public statements of bin Laden or on his behalf have warned that Canada can be expected to be a target of terrorist activities. The respondent's record filed for this application contains copies of news articles, other writings and government publications concerning the threat to Canada of international terrorism, and activities in this country that support it. Some Canadians or persons who have since come to Canada have been trained in camps in Afghanistan while those were in operation. There is no doubt that international terrorism is a continuing threat to Canadian security, and there is no doubt that there are persons in Canada who are considered to be linked to international terrorist activities.

[49] In the course of his testimony P.G. commented:

It is the belief of the Service that detention, whether short-term or long-term, has no effect on the dedication and on the allegiance of Islamic extremists to their causes. There certainly has been a number of examples in a number of countries worldwide where individuals who were incarcerated for varying periods of time have gained their releases and returned to the same activities which they were engaged prior to their incarceration and for which in fact they were incarcerated.

P.G. illustrated that belief by reference to specific examples, including a report of 10 released detainees from Guantanamo Bay who, upon return to Afghanistan, engaged again in acts of violence against western

[47] Parmi les cellules d'Al-Qaida, le Djihad islamique égyptien ou Al Djihad égyptien demeure une organisation généralement qualifiée de terroriste. Depuis qu'elle a formé une association par entente avec ben Laden en 1998 pour promouvoir le djihad, elle a élargi ses cibles au-delà de l'Égypte. Il s'agit d'une organisation, désignée au 23 juillet 2002 comme organisation terroriste en vertu de la partie II.1 [éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4] du *Code criminel* du Canada, dans laquelle les ministres concernés croient que M. Jaballah joue un rôle depuis au moins le milieu des années 1980.

[48] À au moins deux reprises depuis le 11 septembre 2001, des déclarations publiques faites par ben Laden ou en son nom nous ont appris que le Canada pourrait devenir la cible d'activités terroristes. Le dossier du défendeur déposé dans le cadre de la présente demande contient des copies d'articles de presse, d'autres écrits et des publications gouvernementales concernant la menace d'actes terroristes contre le Canada et concernant des activités menées dans ce pays qui confirment cette menace. Certains Canadiens ou certaines personnes qui sont depuis arrivées au Canada ont été entraînés dans des camps en Afghanistan lorsque ces camps étaient en activité. Il ne fait aucun doute que le terrorisme international est une menace constante pour la sécurité canadienne, et il ne fait aucun doute qu'il y a au Canada des personnes soupçonnées d'être liées à des activités terroristes internationales.

[49] Durant son témoignage, P.G. s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Le Service croit que la détention, qu'elle soit de courte ou de longue durée, n'a aucun effet sur le dévouement et l'allégeance des extrémistes islamiques à leurs causes. On a connaissance de plusieurs exemples, dans plusieurs pays de par le monde, où des individus qui ont été incarcérés durant des périodes variées ont obtenu leur mise en liberté et ont repris les activités auxquelles ils s'adonnaient avant leur incarcération et pour lesquelles ils avaient en fait été incarcérés.

P.G. a illustré cette conviction par des exemples précis, notamment un rapport sur dix détenus de Guantanamo Bay qui avaient été libérés et qui, à leur retour en Afghanistan, avaient récidivé en commettant des actes

coalition forces. Two other individuals who, after release from detention, are reported to have played leading roles in terrorist actions in Madrid and in Iraq. Admittedly those examples were without reference to other released detainees whose subsequent activities are unknown or unreported, for example, terrorist suspects released from preventive detention in the United Kingdom in 2004, by order of the House of Lords, under the legal regime there found applicable.

[50] While he had read the evidence, both public and classified, concerning Mr. Jaballah, P.G. acknowledged that he had not met Mr. Jaballah, he had not otherwise studied him specifically, and he was unaware of the views about him held by his family and members of his community in Toronto. P.G. did acknowledge that, after the first security certificate against Mr. Jaballah was quashed and he was released, there was no allegation on the public record that he had renewed any of his associations with other persons of concern to CSIS, or that he had engaged in other activities that would be considered detrimental to Canada's national security. P.G. acknowledged also that he was unaware of any information on the public record that Mr. Jaballah had been trained in any camp in Afghanistan, and similarly no public allegation was known to him that Mr. Jaballah had ever personally engaged in active combat.

[51] Nevertheless P.G. also testified that:

It is the belief of the Service that Mr. Jaballah continues to represent a threat to Canadian security and that this threat has not—and I emphasize “not”—been neutralized as a result of his incarceration.

I return to this assessment in considering relief requested here.

Mr. Jaballah's attitude to his release and his credibility

[52] Mr. Jaballah testified about the conditions of his detention, its effects upon him and his family. He had

violents contre les forces coalisées occidentales. Deux autres individus auraient, après leur mise en liberté, joué un rôle prépondérant dans les attentats terroristes commis à Madrid et en Iraq. Ces exemples ne tenaient pas compte bien entendu d'autres détenus mis en liberté dont les activités ultérieures sont inconnues ou ne sont pas rapportées, par exemple les personnes suspectées de terrorisme qui, au Royaume-Uni en 2004, virent leur détention préventive annulée par ordonnance de la Chambre des lords, selon le régime juridique jugé applicable dans ce pays.

[50] P.G. avait lu la preuve, tant publique que confidentielle, concernant M. Jaballah, mais il a admis qu'il n'avait pas rencontré M. Jaballah, qu'il ne l'avait pas d'une autre manière étudié précisément et qu'il n'était pas informé des vues exprimées à son sujet par sa famille et par les membres de sa communauté à Toronto. P.G. a admis que, après que le premier certificat de sécurité délivré contre M. Jaballah fut annulé et que M. Jaballah fut mis en liberté, que le dossier public n'indique nulle part qu'il avait repris telle ou telle de ses associations avec d'autres personnes jugées louches par le SCRS, ou qu'il s'était engagé dans d'autres activités qui seraient considérées comme préjudiciables à la sécurité nationale du Canada. P.G. a reconnu aussi qu'il n'avait connaissance, dans le dossier public, d'aucun renseignement attestant que M. Jaballah avait été entraîné dans un camp en Afghanistan, et il n'avait connaissance non plus d'aucune allégation publique selon laquelle M. Jaballah avait jamais personnellement pris part à une lutte active.

[51] Néanmoins, P.G. a aussi témoigné que :

[TRADUCTION] Le Service croit que M. Jaballah représente encore une menace pour la sécurité du Canada et que cette menace n'a pas—je dis bien « n'a pas »—été neutralisée par son incarcération.

Je reviendrai sur cette évaluation lorsque j'examinerai le redressement demandé ici.

L'attitude de M. Jaballah au regard de sa mise en liberté et de sa crédibilité

[52] M. Jaballah a témoigné à propos des conditions de sa détention, ainsi qu'à propos des effets qu'elle a sur

not previously testified in the certificate proceedings which commenced in August 2001, except after his then counsel had walked away from the Court's proceedings and any responsibility for Mr. Jaballah's case, when he testified only to affirm that he would not adduce any evidence to respond to the certified opinion of the Ministers that he was inadmissible to Canada because of perceived connection or involvement with terrorists or terrorism. Now, in the course of his testimony in support of his application for release from detention, he testified about background circumstances of his arrests, torture and detentions in Egypt, and about his travels and activities after leaving there and before coming to Canada in 1996.

[53] In the course of his testimony Mr. Jaballah undertook that if now released he would obey any conditions imposed upon him by the Court. He stressed that for him the important thing is to be close to his family. Conditions of house arrest, or time outside his home only in the company of persons approved by the Court, he undertook would be met if he were released. In his own words (transcript, page 501, lines 7-12):

... I am willing to accept any condition that the Court asks me to observe because breaking those conditions would mean that I would be deprived of the only thing that I am fighting for, which is being with my children.

[54] I have no doubt about Mr. Jaballah's deep interest in being with and supporting his family. Yet his credibility about other matters leaves much to be desired. In cross-examination, he first stated that he could not remember whether he had contacted anyone in Pakistan after he had come to Canada, he had not contacted anyone in Yemen after leaving there where he only knew one person he had worked with, and later after leaving Azerbaijan in 1995 he had left no friends behind and had no communication with persons in either country after coming to Canada. Later he was asked about telephone company records, then produced, which indicated a number of calls to all three countries, including 72 to Yemen and 47 calls to Azerbaijan from

lui et sur sa famille. Il n'avait pas auparavant témoigné dans la procédure relative au certificat de sécurité qui avait débuté en août 2001, sauf après que son avocat à l'époque se soit retiré de l'instance introduite devant la Cour et eut cessé d'occuper pour M. Jaballah, celui-ci témoignant alors à seule fin d'affirmer qu'il ne produirait aucune preuve en réponse à l'opinion certifiée des ministres selon laquelle il était interdit de territoire au Canada en raison de ses rapports présumés ou de sa complicité présumée avec les milieux terroristes. À présent, durant sa déposition au soutien de sa demande de mise en liberté, il a témoigné à propos des circonstances entourant les arrestations, la torture et les détentions dont il a fait l'objet en Égypte, et à propos de ses déplacements et activités après son départ d'Égypte et avant son arrivée au Canada en 1996.

[53] Durant sa déposition, M. Jaballah a promis que, s'il était maintenant mis en liberté, il se conformerait aux conditions que lui imposerait la Cour. Il a souligné que, pour lui, le plus important est d'être auprès de sa famille. Il s'est engagé à respecter les conditions de sa mise en liberté, qu'il s'agisse des conditions de la résidence surveillée ou de la condition selon laquelle il ne pourrait quitter son domicile qu'accompagné de personnes agréées par la Cour. Selon ses propres mots (transcription, page 501, lignes 7 à 12) :

[TRADUCTION] [...] je suis disposé à accepter toute condition que la Cour me demandera d'observer, parce que la violation de ces conditions signifierait que je serais privé de l'unique chose pour laquelle je lutte, c'est-à-dire être auprès de mes enfants.

[54] Je ne doute nullement du profond désir de M. Jaballah d'être auprès de sa famille et de subvenir à ses besoins. Toutefois, sa crédibilité sous d'autres aspects laisse beaucoup à désirer. En contre-interrogatoire, il a d'abord dit qu'il ne se souvenait pas d'avoir communiqué avec quiconque au Pakistan après être arrivé au Canada, qu'il n'avait communiqué avec personne au Yémen après avoir quitté ce pays où il ne connaissait qu'une personne avec laquelle il avait travaillé, et que, plus tard, après avoir quitté l'Azerbaïdjan en 1995, il n'y avait pas laissé d'amis et n'avait pas communiqué avec quiconque dans l'un ou l'autre de ces pays, une fois arrivé au Canada. Plus tard, il a été interrogé sur des relevés de téléphone, produits

his Canadian telephone, mainly in 1996 and 1997. He then acknowledged that some of the recorded calls were his, or perhaps his wife's. While some recorded calls were so brief, a minute or so, they might have indicated inability to complete a call, as he suggested, numerous longer calls that he appeared to acknowledge as his, were not satisfactorily explained.

[55] Again, there are telephone records of some 75 calls from his telephone to London England, mainly to the International Office for Defence of the Egyptian People, believed to be an office with an operational link for Al-Qaida. These calls he admitted making when he was seeking advice or assistance for his refugee claim, to support his application to review his failed refugee claim. Yet many calls recorded in 1996 and early 1997 were made before Mr. Jaballah's application for refugee status was heard, and, in my opinion, these were not satisfactorily explained. Nor was there any satisfactory explanation of more than 20 calls billed by Bell Canada to Mr. Jaballah's phone number from June 4 to 6, 1996, soon after his arrival in Canada, made to the United Kingdom, Yemen, Azerbaijan and Pakistan.

[56] Other testimony about his lack of communication with certain others in this country after his arrival here, was cast into doubt by records of calls from his telephone to Montréal, to Winnipeg and to Edmonton, in each centre to phone numbers of persons suspected by CSIS of links to international terrorist activity. As for travels within Canada he first said he had only visited Montréal (to arrange automobile insurance at a lower premium than he could arrange in Toronto), Niagara Falls and London. Later when asked specifically about other centres he had visited, he acknowledged that he had driven to St. Catherine's, and also to Winnipeg to visit a particular person, described by him as not really a friend, who had been of assistance to him and his family on their arrival in Canada. His contact with

à ce moment-là, qui indiquaient plusieurs appels vers ces trois pays, notamment 72 appels au Yémen et 47 appels en Azerbaïdjan depuis son téléphone au Canada, principalement en 1996 et 1997. Il a alors reconnu que certains des appels indiqués avaient été faits par lui, ou peut-être par son épouse. Certains des appels indiqués étaient si brefs, une minute environ, qu'il avait pu s'agir, comme il l'a donné à entendre, d'appels impossibles à exécuter, mais de nombreux appels d'une durée plus longue, qu'il a semblé reconnaître comme siens, n'ont pas été expliqués d'une manière satisfaisante.

[55] Les relevés de téléphone indiquent aussi qu'il a fait depuis son téléphone quelque 75 appels à Londres, en Angleterre, principalement au International Office for Defence of the Egyptian People, organisme dont on croit qu'il constitue un lien opérationnel pour Al-Qaida. Ces appels, il a reconnu les avoir faits quand il était en quête de conseils ou d'une aide pour sa demande d'asile, afin d'appuyer sa demande de révision à l'encontre du rejet de sa demande d'asile. Il reste que de nombreux appels consignés en 1996 et au début de 1997 ont été faits avant que la demande d'asile de M. Jaballah soit entendue et, à mon avis, ces appels n'ont pas été expliqués d'une manière satisfaisante. Il n'y a pas eu non plus d'explication satisfaisante pour plus de 20 appels facturés par Bell Canada au numéro de téléphone de M. Jaballah pour la période allant du 4 au 6 juin 1996, peu après son arrivée au Canada, appels qui étaient dirigés vers le Royaume-Uni, le Yémen, l'Azerbaïdjan et le Pakistan.

[56] Un autre témoignage de M. Jaballah au cours duquel il a dit qu'il n'avait pas communiqué avec d'autres au Canada après son arrivée ici a été mis en doute en raison de relevés indiquant des appels faits depuis son téléphone vers Montréal, Winnipeg et Edmonton, dans chaque cas vers des numéros de téléphone de personnes suspectées par le SCRS d'avoir des liens avec le terrorisme international. Quant à ses déplacements à l'intérieur du Canada, il a d'abord dit qu'il n'avait visité que Montréal (afin d'obtenir une assurance automobile moyennant une prime inférieure à celle qu'il pouvait obtenir à Toronto), Niagara Falls et London. Prié plus tard de préciser les autres endroits qu'il avait visités, il a reconnu qu'il s'était rendu en voiture à St. Catherine's et aussi à Winnipeg pour visiter

another person, then living in Alberta, one since charged with terrorist funding activities by prosecutors in the United States, was said to have been casual, and initiated by the person in Alberta whom Mr. Jaballah claims he really did not know. Yet there were numerous phone calls recorded from Mr. Jaballah's Toronto number to Edmonton and to Leduc where his acquaintance was then based. These calls were not satisfactorily explained.

[57] The calls and visits in question were now almost a decade ago but Mr. Jaballah's explanations, while not directly relevant to the conditions of his detention, which is the prime issue of concern in this application, were not satisfactory and are simply not credible. In my opinion that in turn casts doubt upon any undertaking he might give in relation to conditions imposed if he were to be released at this stage.

#### The claim for a "constitutional exemption"

[58] The primary relief sought by Mr. Jaballah is that he be exempt from the continuing application of the detention provisions of IRPA pending final determination of all issues arising in this proceeding, on the ground that their application in his case results in infringement of rights guaranteed by the Charter, in particular by sections 7, 9, 12 and subsection 15(1). That submission is made without reference to the constitutional validity of the detention provisions as enacted. Indeed, the theory of a constitutional exemption as a possible remedy under subsection 24(1) of the Charter is that the Court may order that a person whose rights are adversely affected under otherwise valid legislation may be exempt from application of the legislation in so far as that infringes on rights guaranteed by the Charter.

[59] It is urged that relief of this sort be granted pursuant to subsection 24(1) of the Charter, which provides:

une personne en particulier, dont il a dit qu'elle n'était pas véritablement un ami, mais qui l'avait aidé, lui et sa famille, à leur arrivée au Canada. Il a dit que sa relation avec une autre personne, qui vivait alors en Alberta et qui a depuis été accusée par des procureurs aux États-Unis d'activités de financement du terrorisme, avait été accidentelle et s'était produite à l'initiative de la personne en Alberta dont M. Jaballah a dit qu'il ne la connaissait pas vraiment. Or, d'après les relevés, M. Jaballah a fait, depuis son numéro de téléphone de Toronto, de nombreux appels téléphoniques à Edmonton et à Leduc, où sa relation résidait alors. Ces appels n'ont pas été expliqués d'une manière satisfaisante.

[57] Les appels et visites en question ont eu lieu presque dix ans auparavant, mais les explications de M. Jaballah, bien que ne concernant pas directement les conditions de sa détention, qui constituent la principale question soulevée dans sa demande de mise en liberté, n'ont pas été satisfaisantes et ne sont tout simplement pas crédibles. À mon avis, cela jette également le doute sur tout engagement qu'il pourrait donner au regard des conditions imposées s'il était aujourd'hui mis en liberté.

#### La demande d'« exemption constitutionnelle »

[58] Le redressement principal sollicité par M. Jaballah est une dispense d'application des dispositions de la LIPR concernant la détention jusqu'à ce que l'on tranche définitivement tous les points soulevés dans la présente instance. Selon lui en effet, l'application de ces dispositions dans son cas constitue une atteinte aux droits garantis par la Charte, en particulier ses articles 7, 9 et 12 ainsi que son paragraphe 15(1). Cet argument est avancé sans référence à la validité constitutionnelle des dispositions relatives à la détention telles qu'elles ont été adoptées. En fait, d'après le principe de l'exemption constitutionnelle comme redressement possible en application du paragraphe 24(1) de la Charte, la Cour peut ordonner qu'une personne dont les droits sont lésés par l'application d'une loi autrement valide soit soustraite à l'application de cette loi dans la mesure où cette application porte atteinte à des droits garantis par la Charte.

[59] M. Jaballah presse la Cour de lui accorder un redressement de cette nature, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, qui prévoit ce qui suit :

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[60] It is argued that continuing detention of Mr. Jaballah, mandated in this case by subsection 82(2) since he is a foreign national, with no judicial review of the appropriateness of his detention until as a consequence of the assessment of the reasonableness of the Ministers' certificate under which he is held, results in infringement of his Charter rights.

[61] Several factors are said to support that submission, factors which also underlie the alternate submission that the detention provisions as enacted are unconstitutional for they conflict with the Charter's guarantees of:

- the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accord with principles of fundamental justice (section 7);
- the right not to be arbitrarily detained (section 9)
- the right not to be subjected to any cruel and unusual punishment (section 12); and
- equality before and under the law, and the equal protection of the law, without discrimination based on e.g. national or ethnic origin or religious or other designated or analogous grounds (subsection 15(1)).

[62] The factors relied upon by Mr. Jaballah as supporting his release, either because an exemption should be granted in his case or because the detention provisions are said to be unconstitutional, are these:

- (i) the duration of his detention, now four and a half years, since August 2001;

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[60] Il est allégué que le maintien en détention de M. Jaballah, en application ici du paragraphe 82(2) puisqu'il est un étranger, sans possibilité d'un contrôle judiciaire de l'à-propos de sa détention jusqu'à ce que l'on rende une décision sur le caractère raisonnable ou non du certificat des ministres en vertu duquel il est détenu, constitue une atteinte aux droits que lui garantit la Charte.

[61] Plusieurs facteurs militeraient en faveur de cette conclusion, des facteurs qui sous-tendent aussi la conclusion subsidiaire selon laquelle les dispositions relatives à la détention, telles qu'elles existent aujourd'hui, sont inconstitutionnelles parce qu'elles sont incompatibles avec les garanties suivantes énoncées dans la Charte :

- le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et l'obligation de ne porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (article 7);
- le droit à la protection contre la détention arbitraire (article 9);
- le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (article 12);
- l'égalité devant la loi et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur l'origine nationale ou ethnique, la religion ou autres motifs désignés ou analogues (paragraphe 15(1)).

[62] Les facteurs invoqués par M. Jaballah au soutien de sa mise en liberté, soit parce qu'une exemption devrait être accordée dans son cas, soit parce que les dispositions relatives à la détention seraient inconstitutionnelles, sont les suivants :

- i) la durée de sa détention, aujourd'hui quatre ans et demi, depuis août 2001;

- |   |   |
|---|---|
| (ii) the conditions of his detention and their effects upon him;  | ii) les conditions de sa détention et les effets qu'elles ont sur lui;  |
| (iii) the indeterminate future duration of his detention if it should continue;                                     | iii) la durée future indéfinie de sa détention si elle devait se poursuivre;  |
| (iv) the lack of any provision under IRPA for judicial review of whether his continuing detention is warranted; and | iv) l'absence dans la LIPR de toute disposition prévoyant un contrôle judiciaire qui permettrait de décider si sa détention est justifiée; et |
| (v) the discriminatory impact of the provisions on Mr. Jaballah as a foreign national.                              | v) l'effet discriminatoire des dispositions sur M. Jaballah en tant qu'étranger.  |

[63] The duration of his detention cannot be considered without at least acknowledging its purpose is to hold a foreign national who is considered by two Ministers of the Crown to be inadmissible to Canada because he presents a risk to national security, as a preventive measure, not indefinitely but only so long as that ministerial determination is contested and, if that be upheld as reasonable, then pending his departure from Canada. Subsection 82(2) of the Act providing for detention of a foreign national without the issue of a warrant or judicial review is in the context of other provisions, i.e., for release by the Minister of Citizenship and Immigration upon application by a person detained to permit his or her departure from Canada (subsection 84(1)). If the certificate is contested but upheld as reasonable, continuing detention thereafter, if the person has not been removed for 120 days, may be reviewed by a judge (subsection 84(2)). In the context of the provisions for detention, read as a whole, the future duration of any continuing detention is indeterminate only in the sense that a date for Mr. Jaballah's release cannot be predicted with any certainty.

[63] Il est impossible de considérer la durée de sa détention sans au moins admettre que son objet est la détention d'un étranger que deux ministres de la Couronne déclarent interdit de territoire parce qu'il présente un risque pour la sécurité nationale, et cela à titre de mesure préventive, non pas indéfiniment, mais aussi longtemps que l'avis des ministres est contesté et, s'il est jugé raisonnable, alors jusqu'au départ de l'étranger du Canada. Le paragraphe 82(2) de la LIPR, qui prévoit la détention d'un étranger sans mandat et sans procédure de contrôle judiciaire, doit être lu en corrélation avec d'autres dispositions, notamment celle qui autorise le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, sur demande de la personne détenue, à la mettre en liberté pour qu'elle quitte le Canada (paragraphe 84(1)). Si le certificat est contesté, mais qu'il est jugé raisonnable, la détention peut, par la suite, en cas de non-exécution de la mesure de renvoi dans un délai de 120 jours, être revue par un juge (paragraphe 84(2)). Dans le contexte des dispositions relatives à la détention, considérées globalement, la durée future du maintien en détention n'est indéfinie qu'autant qu'il est impossible de prédire avec quelque certitude la date à laquelle M. Jaballah sera mis en liberté.

[64] While his counsel submits that the application in this case concerns only judicial release from detention and that the provision for release by the Minister is irrelevant, the Court cannot ignore the context in which detention here arises. As a foreign national Mr. Jaballah has no right to be admitted to Canada. He is, in the certified opinion of responsible Ministers, inadmissible to Canada on grounds which Parliament has determined are serious enough to warrant his detention without a

[64] Son avocat fait valoir que la demande dont il s'agit ici ne concerne que la mise en liberté par ordonnance judiciaire et que la disposition prévoyant la mise en liberté par le ministre est hors de propos, mais la Cour ne peut faire abstraction du contexte dans lequel la détention a lieu ici. En tant qu'étranger, M. Jaballah n'a aucun droit d'être admis au Canada. Il est, selon l'avis certifié des ministres compétents, interdit de territoire pour des motifs qui, selon le législateur, sont

warrant until he accepts the Ministers' opinion and departs from Canada, or the opinion is found to be unreasonable, or if found reasonable, then if he applies after four months of further detention and is then released under subsection 84(2).

[65] In so far as the conditions of his detention and the effects of these upon Mr. Jaballah are relevant in considering the motion for his release, I accept the evidence of Dr. Bagby concerning the psychological effects of the conditions upon Mr. Jaballah. I also accept the evidence of his wife and son about the effects of his continuing detention on his family. That said, the conditions of his detention are those of a maximum security institution designed and operated as a remand centre, holding persons on serious criminal charges pending trial. The conditions are far from ideal and they may be particularly difficult for anyone detained over a long period. The institutions concerned are not resorts. Some aspects of detention, for persons seeking to contest the decision of the Ministers, will be addressed, at least in part, by the announced policy to change arrangements for holding security certificate detainees in future.

[66] In *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.), commenting on section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the *Immigration Act* (the predecessor legislation to IRPA), concerning detention in security certificate cases, Madam Justice McGillis wrote at page 669:

With respect to section 9 of the Charter, counsel for the plaintiff relied on the submissions which he made in support of his contention that the principles of fundamental justice include the right not to be arbitrarily detained. I am satisfied that the pre-determination detention of the named person under s. 40.1 of the *Immigration Act* is not arbitrary, in that it is expressly authorized by law and occurs only following a separate decision by two ministers that a person, who is neither a Canadian citizen or permanent resident, has a

graves au point de justifier sa détention sans mandat jusqu'à ce qu'il accepte l'avis des ministres et qu'il quitte le Canada, ou jusqu'à ce que l'avis des ministres soit jugé déraisonnable ou, s'il est jugé raisonnable, alors jusqu'à l'expiration de quatre mois additionnels de détention, après quoi il est mis en liberté en vertu du paragraphe 84(2).

[65] Dans la mesure où les conditions et les effets de la détention de M. Jaballah touchent l'examen de sa requête en mise en liberté, j'accepte le témoignage du D<sup>r</sup> Bagby concernant les effets psychologiques des conditions de détention sur M. Jaballah, ainsi que le témoignage de l'épouse et du fils de M. Jaballah à propos des effets de son maintien en détention sur sa famille. Cela dit, les conditions de sa détention sont celles d'un établissement à sécurité maximale conçu et géré comme centre de détention provisoire, où sont détenus jusqu'à leur procès les individus sur lesquels pèsent de graves accusations criminelles. Les conditions sont loin d'être idéales, et elles peuvent être particulièrement difficiles pour quiconque est détenu pendant une longue période. Les établissements concernés ne sont pas des lieux de vacances. Certains aspects de la détention, pour les personnes qui veulent contester l'avis des ministres, seront réglés, du moins en partie, par la politique annoncée de modifier les modalités de détention des personnes soumises à des certificats de sécurité.

[66] Dans la décision *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1<sup>re</sup> inst.), s'exprimant sur l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration* (le texte qui avait précédé la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*), qui concernait la détention de personnes visées par un certificat de sécurité, la juge McGillis écrivait à la page 669 :

En ce qui concerne l'article 9 de la Charte, l'avocat du demandeur se fonde sur les observations qu'il a formulées à l'appui de son argument que le droit de ne pas être détenu arbitrairement fait partie des principes de justice fondamentale. Je suis convaincue que la détention, en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, de la personne nommée dans l'attestation avant qu'une décision ne soit prise à son sujet ne constitue pas une détention arbitraire, étant donné qu'elle est expressément autorisée par la loi et qu'elle

terrorist background or propensities. In the circumstances, there is no infringement or denial of the right under section 9 of the Charter.

[67] Speaking for the Court of Appeal in upholding the decision in *Ahani* (1996), 37 C.R.R. (2d) 181, at paragraph 4. Mr. Justice Marceau, commented concerning the detention of those subject to a security certificate, as follows:

It is true that the filing of the certificate has the immediate unfortunate effect of leading to the arrest and detention of the person concerned, a fate normally reserved to criminals, and this is, no doubt, the most sensitive aspect of the scheme. It must not be forgotten, however, that this detention is not imposed as a punishment, nor is its sole function to assure the presence of the person. Rather, it is principally a means of providing preventive protection to the Canadian public. And in view of the test for the issuance of the certificate, that is to say the reasoned opinion of two ministers based on security information; in view of the fact that the scheme provides for the obligatory judicial scrutiny of the reasonableness of those opinions within an acceptably short period of time; in view, also, of the possibility given to the detained to put an end to the detention at any time by agreeing to leave the country; and in view, finally, of the type of prohibited class of individuals there are reasons to believe we are dealing with, that is to say individuals somehow associated with terrorism, it appears to us, as it appears to the learned trial judge, that such preventive detention is not arbitrary, nor excessive.

[68] The decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, is relied on, by analogy, on behalf of Mr. Jaballah. There Chief Justice Lamer considered sections 9 and 12 as examples of rights protected also under the more general guarantee of section 7 of the Charter. The criterion for considering whether punishment is cruel and unusual within the meaning of section 12 is whether the punishment prescribed is grossly disproportionate to the offence and to the offender, so excessive as to outrage standards of decency. In this case, Mr. Jaballah's detention is not, strictly speaking, "punishment". It has been characterized by the Court of Appeal in *Ahani*, and in *Re Charkaoui*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.), as a preventive measure for the safety of the public and to ensure that one considered inadmissible to Canada who

n'a lieu qu'après que deux ministres ont respectivement décidé qu'une personne qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent a des antécédents ou des penchants terroristes. Dans ces conditions, il n'y a ni violation ni négation du droit prévu à l'article 9 de la Charte.

[67] S'exprimant pour la Cour d'appel ([1996] A.C.F. n° 937 (QL), au paragraphe 4), qui a confirmé la décision *Ahani*, M. le juge Marceau écrivait ce qui suit à propos de la détention des personnes visées par un certificat de sécurité :

Certes, le dépôt de l'attestation a pour conséquence immédiate et fâcheuse de conduire à l'arrestation et à la détention de la personne concernée, sort normalement réservé aux criminels, et c'est indubitablement l'aspect le plus délicat de la disposition. Toutefois, il ne faut pas oublier que cette détention n'est pas imposée comme sanction, que sa seule fonction était d'assurer la présence de la personne. Il s'agit principalement là d'un moyen d'assurer une protection préventive au public canadien. Et étant donné le critère de la délivrance de l'attestation, c'est-à-dire l'avis raisonné de deux ministres fondé sur les renseignements de sécurité, le fait que la disposition prévoit l'examen judiciaire obligatoire du caractère raisonnable de ces avis dans un délai assez bref, la possibilité donnée au détenu de mettre fin à la détention en tout temps en acceptant de quitter le pays, et étant donné, en dernier lieu, le type de la catégorie interdite d'individus auquel il y a lieu de croire que nous avons affaire, c'est-à-dire les individus associés au terrorisme d'une façon ou d'une autre, il nous semble que, comme dans le cas du juge de première instance, une telle détention préventive n'est ni arbitraire ni excessive.

[68] L'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, est invoqué, par analogie, au nom de M. Jaballah. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer considérait les articles 9 et 12 comme des exemples de droits protégés également sous la garantie plus générale de l'article 7 de la Charte. Le critère à appliquer pour savoir si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'article 12 consiste à établir si la peine prévue est totalement disproportionnée à l'infraction et au contrevenant, et si elle est excessive au point de heurter les normes de la décence. En l'espèce, la détention de M. Jaballah n'est pas, à strictement parler, une « peine ». Elle a été qualifiée par la Cour d'appel, dans l'arrêt *Ahani* et dans l'arrêt (*Re*) *Charkaoui*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.), de mesure préventive appliquée pour assurer la sécurité du public

is not successful in challenging that opinion of the Ministers concerned, may be deported. That preventive measure is an aspect of the Canadian government's responsibility in regard to national security in respect of international terrorism and in enforcement of immigration requirements. Detention of that nature, under conditions applicable in regular institutions for detaining persons charged with criminal offences, and which does not include conditions excessive for general institutional security purposes, cannot be characterized as cruel and unusual treatment or punishment.

[69] In my opinion the legislative process for detention in this case, initiated under subsection 82(2) of IRPA, cannot be compared with that found unconstitutional in *Swain*. Here the provision is mandatory but it is not arbitrary. It provides for detention of a foreign national for a reason, that is the opinion of two Ministers of the Crown, responsible for immigration and for national security, that Mr. Jaballah is not admissible to Canada for national security reasons. The grounds for that opinion have been identified to him, even if all the information available to the Ministers has not been provided. Further, the detention under subsection 82(2), while mandatory upon the certification by the Ministers, is not indeterminate in the sense found in *Swain*. It will end upon Mr. Jaballah's decision not to contest the Ministers' opinion further and to accept removal from Canada, or if he succeeds in establishing that the opinion is unreasonable and is to be quashed, or if he is not successful in that quest but remains in detention for 120 days after the certificate may be upheld, and he then meets the requirements for release under subsection 84(2). In my opinion, those possibilities for terminating the detention in this case, distinguish detention in this case from that in *Swain*.

[70] Finally, I mention briefly three other aspects of his circumstances which are urged for Mr. Jaballah. First, it is said the Court should not ignore, as an aspect

et pour faire en sorte que celui qui est déclaré interdit de territoire et qui ne réussit pas à faire invalider cet avis des ministres concernés puisse être expulsé. Cette mesure préventive est un aspect de la responsabilité du gouvernement canadien au regard de la sécurité nationale devant le terrorisme international, et au regard de l'application des règles d'immigration. Une détention de cette nature, selon les conditions applicables dans les établissements ordinaires ayant pour mandat de détenir les personnes accusées d'infractions criminelles, et qui ne comprend pas de conditions excessives aux fins générales de la sécurité dans les établissements, ne saurait être qualifiée de traitement ou peine cruel et inusité.

[69] À mon avis, le processus de détention suivi dans la présente affaire, un processus engagé en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR, ne peut être comparé avec le processus jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Swain*. Ici, la disposition est obligatoire, mais elle n'est pas arbitraire. Elle prévoit la détention d'un étranger pour une raison précise, c'est-à-dire l'avis de deux ministres de la Couronne, l'un chargé de l'immigration et l'autre de la sécurité nationale, selon lequel M. Jaballah est interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité nationale. Les fondements de cet avis lui ont été signifiés, même si tous les renseignements auxquels ont eu accès les ministres ne lui ont pas été communiqués. Par ailleurs, la détention prévue par le paragraphe 82(2), bien qu'obligatoire par l'effet du certificat des ministres, n'est pas indéfinie au sens de l'arrêt *Swain*. Elle se terminera lorsque M. Jaballah décidera de ne pas contester davantage l'avis des ministres et d'accepter son renvoi du Canada, ou s'il parvient à établir que l'avis est déraisonnable et qu'il doit être annulé, ou, en cas d'insuccès de cette démarche, alors s'il reste en détention durant 120 jours après que le certificat a été jugé raisonnable, et s'il répond aux exigences d'une mise en liberté selon le paragraphe 84(2). À mon avis, ces possibilités de cessation de la détention dans la présente affaire établissent une distinction entre la détention dans la présente affaire et la détention dans l'affaire *Swain*.

[70] Finalement, je mentionnerai brièvement trois autres aspects de la situation de M. Jaballah qui sont invoqués en son nom. Premièrement, il est allégué que

of threatened personal security in relation to section 7 rights, the stress resulting from the threat of removal to a risk of death or torture in Egypt. I am not persuaded this is relevant in considering effects of his detention, for even if he were now released, as a foreign national with no right yet to remain in Canada, that same threat and stress would be facing him. Second, the duration of his detention, since August 2001 is not by itself a standard for assessing the expeditiousness of these proceedings. In *Ahani* and in *Charkaoui*, the courts concerned explained the statutory process as one designed to be expeditious. Yet those courts have also pointed out that any lapse of time arising from judicial or other proceedings initiated by the person in detention to contest the opinion of the Ministers is not alone a basis for assessing whether proceedings are reasonably expeditious, unless there be delay that can be considered an abuse of process.

[71] While much time has elapsed since this security certificate proceeding began, that time has been required, in essence to ensure fairness in proceedings, mainly initiated by Mr. Jaballah, as is his right.

[72] It is urged that detention here should be considered subject to limits prescribed by law as justified in a free and democratic society (section 7 of the Charter) and that some of those limits applicable here should include the necessity for examination of the need or purposes of detention both before it begins and periodically so long as it continues, as a number of international agreements provide. Those agreements may inform the content of "limits prescribed by law" under section 7 in some cases, but, in my opinion, not in relation to a legislative process when Parliament, aware of such procedural protections as demonstrated in relation to permanent residents subject to security certificates under section 83, did not similarly provide procedural protection for foreign nationals when they are subject to national security certificates.

la Cour devrait prendre en compte, en tant qu'aspect de la sécurité personnelle menacée de M. Jaballah au regard des droits garantis par l'article 7, l'état de stress qui résulte de la menace de renvoi de M. Jaballah vers l'Égypte, un pays où il risque la mort ou la torture. Je ne suis pas persuadé que cet aspect concerne l'examen des effets de sa détention, car même s'il était aujourd'hui mis en liberté, étant un étranger qui n'a encore aucun droit de rester au Canada, il serait encore soumis à la même menace et au même état de stress. Deuxièmement, la durée de sa détention, depuis août 2001, n'est pas en soi une norme permettant d'évaluer la célérité de la présente instance. Dans les décisions *Ahani* et *Charkaoui*, les juridictions concernées disaient que le processus prévu par la loi était un processus conçu pour être expéditif. Or, ces mêmes juridictions ont également fait observer que tout délai résultant d'une procédure judiciaire ou autre introduite par la personne en détention en vue de contester l'avis des ministres ne permet pas à lui seul de décider si la procédure est raisonnablement expéditive, sauf s'il y a des retards pouvant être considérés comme un abus de procédure.

[71] Il s'est écoulé beaucoup de temps depuis le début de cette instance relative au certificat de sécurité, mais ce temps a été nécessaire, essentiellement pour garantir l'équité de la procédure, qui a été introduite principalement par M. Jaballah, comme il en avait le droit.

[72] On fait valoir que la détention ici devrait être subordonnée à des limites prescrites par une règle de droit et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique (article 7 de la Charte) et que certaines de ces limites applicables ici devraient comprendre l'obligation d'examiner la nécessité ou l'objet de la détention, avant qu'elle débute, et périodiquement par la suite tant qu'elle se poursuit, comme le prévoient nombre d'accords internationaux. Ces accords peuvent dans certains cas nous renseigner sur le contenu des « limites prescrites par une règle de droit », selon l'article 7, mais, non pas à mon avis, dans le cadre d'un processus dans lequel le législateur, conscient des protections procédurales dont bénéficient les résidents permanents visés par des certificats de sécurité en application de l'article 83, n'a pas prévu les mêmes protections pour les étrangers visés par des certificats de sécurité.

[73] In view of the nature and purpose of the detention of Mr. Jaballah, difficult as those conditions may be for him and his family, in my opinion the conditions do not constitute cruel and unusual punishment under section 12 of the Charter. His mandatory detention as provided by subsection 82(2) of IRPA, by itself, does not constitute arbitrary detention or imprisonment under section 9 of the Charter. Further, the conditions and their effects do not infringe upon his rights guaranteed by section 7 of the Charter.

[74] These conclusions about the conditions of his detention and their effects are consistent with decisions of the Court of Appeal in *Ahani* and in *Charkaoui*. In those cases the Court upheld the security certificate process, including provisions for detention, under IRPA and its precursor, finding they did not infringe on rights guaranteed under sections 7, 9 and 12 of the Charter.

[75] I find otherwise in respect of equality of rights guaranteed by subsection 15(1) of the Charter. In my opinion the right to equality and equal benefit of the law without discrimination on a ground analogous to those specified, assured to Mr. Jaballah and every individual in Canada by subsection 15(1), is infringed by the effects of continuing detention under subsection 82(2) as it has been applied in his case.

[76] Subsection 15(1) of the Charter provides:

**15. (1)** Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[77] The standard for assessing a claim that subsection 15(1) of the Charter has been infringed has been summarized by Chief Justice McLachlin, writing for the Supreme Court in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R.

[73] Vu la nature et l'objet de la détention de M. Jaballah, les conditions de sa détention, si difficiles qu'elles puissent être pour lui et sa famille, ne constituent pas, à mon avis, une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. Sa détention obligatoire, prévue par le paragraphe 82(2) de la LIPR, ne constitue pas en soi une détention ou un emprisonnement arbitraire au sens de l'article 9 de la Charte. En outre, les conditions et leurs effets ne portent pas atteinte aux droits que lui garantit l'article 7 de la Charte.

[74] Ces conclusions à propos des conditions de la détention de M. Jaballah et à propos de leurs effets s'accordent avec les décisions *Ahani* et *Charkaoui* de la Cour d'appel. Dans ces décisions, la Cour d'appel a validé le processus du certificat de sécurité, y compris les dispositions en matière de détention qui figurent dans la LIPR et dans le texte qui le précédait, concluant qu'elles ne portaient pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte.

[75] J'arrive à une conclusion autre en ce qui a trait aux droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. À mon avis, le droit à l'égalité et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés, droits qui sont garantis à M. Jaballah et à toute personne au Canada par le paragraphe 15(1), sont violés par les effets du maintien en détention découlant du paragraphe 82(2) tel que ce paragraphe a été appliqué dans son cas.

[76] Le paragraphe 15(1) de la Charte est ainsi rédigé :

**15. (1)** La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[77] La norme qui permet d'établir s'il y a ou non infraction au paragraphe 15(1) de la Charte a été résumée par la juge en chef McLachlin, pour la Cour suprême, dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3

657, at paragraph 22, and applied in that case as outlined commencing at paragraph 27. That summary is whether there is: (1) differential treatment under the law (2) on the basis of an enumerated or analogous ground (3) which constitutes discrimination, in that the distinction or difference denies the equal human worth and dignity under the law of the claimant.

[78] In considering equality rights affected by the continuing application of subsection 82(2) in this case, I emphasize that I do not assess the constitutional validity of that provision of the Act in light of subsection 15(1) of the Charter. Rather it is the effects of that continuing application which here give rise to concern, where it has continued without review.

[79] It is urged for Mr. Jaballah that in considering whether there is differential treatment, the appropriate comparator group is Canadian citizens who are considered threats to national security for whom the only provision for preventive detention is found in the *Criminal Code*, with early and periodic review of that detention pending trial on a criminal charge. I am not persuaded that is an appropriate comparator group. The *Criminal Code* provides for administration of the criminal law and it applies to all individuals in Canada regardless of citizenship or immigration status. IRPA applies to immigrants and foreign nationals, not to Canadian citizens who under section 6 of the Charter have mobility rights to enter, to leave, and to travel within Canada. Permanent residents and foreign nationals in Canada have only qualified rights to remain, and foreign nationals require permission to be admitted to this country.

[80] There is another comparator group, that is permanent residents detained under a security certificate who, under section 83 of IRPA, have procedural rights not available to foreign nationals. If certified by the Ministers under a security certificate, a foreign national is, upon issue of a warrant, subject to mandatory detention but that detention continues subject to review

R.C.S. 657, au paragraphe 22, et appliqué dans cette affaire comme il est indiqué à partir du paragraphe 27. Le résumé de la norme est le suivant : 1) y a-t-il une différence de traitement selon la loi? 2) cette différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue? 3) constitue-t-elle une discrimination en ce sens qu'elle prive le demandeur, en tant qu'être humain, de l'égalité sur le plan de la valeur et de la dignité?

[78] Examinant les droits à l'égalité qui sont compromis ici par l'application continue du paragraphe 82(2), je souligne que je n'évalue pas la validité constitutionnelle de cette disposition de la LIPR à la lumière du paragraphe 15(1) de la Charte. Ce sont plutôt les effets de cette application continue du paragraphe 82(2) qui ici sont source d'inquiétude, puisqu'elle a eu lieu à l'abri de tout contrôle judiciaire.

[79] On fait valoir pour M. Jaballah que, s'agissant de savoir s'il y a différence de traitement, le groupe de référence à retenir se compose des citoyens canadiens qui sont considérés comme une menace à la sécurité nationale et pour lesquels l'unique disposition en matière de détention préventive se trouve dans le *Code criminel*, avec contrôle rapide et périodique de cette détention jusqu'au procès criminel lui-même. Je ne suis pas persuadé qu'il s'agit là du bon groupe de référence. Le *Code criminel*, qui règle l'application du droit criminel, s'applique à toutes les personnes au Canada, quelle que soit leur nationalité ou leur statut au regard de l'immigration. La LIPR s'applique aux immigrants et aux étrangers, non aux citoyens canadiens qui, selon l'article 6 de la Charte, jouissent de la liberté de circulation et d'établissement, c'est-à-dire du droit de demeurer au Canada, d'y entrer, d'en sortir ou de s'y déplacer. Les résidents permanents et les étrangers au Canada n'ont que des droits restreints d'y demeurer, et les étrangers doivent obtenir une autorisation avant d'y être admis.

[80] Il y a un autre groupe de référence, celui des résidents permanents détenus en vertu d'un certificat de sécurité qui, selon l'article 83 de la LIPR, bénéficient de droits procéduraux que n'ont pas les étrangers. Lorsqu'un mandat est délivré, le ressortissant étranger visé par un certificat de sécurité délivré par les ministres est sujet à une détention obligatoire, mais cette détention

by a judge within 48 hours after beginning of the detention and it continues subject to further review at least once every six months thereafter. That review is not available to a foreign resident detained under subsection 82(2) of IRPA. Citizenship was held to be a ground analogous to those specified in subsection 15(1) for purposes of admission to a provincial law society (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143). In my view, the treatment of one foreign national differently from another who has been admitted as a permanent resident, with only a qualified right to remain, cannot be justified as providing equal protection and benefit of the law.

[81] In my opinion the effect of continuing detention without any review under subsection 82(2) results in a loss of equal protection and equal benefit of the law for a foreign national solely on the basis of his immigration status. That treatment is discriminatory on a ground analogous to those specified in subsection 15(1) of the Charter for no readily discernible reason, at least none that would appear to be relevant to national security concerns, the purpose of detention under both subsection 82(2) and section 83 of IRPA.

[82] If the effects of continuing application of subsection 82(2) without a judicial review of the detention is, as I find, to deny Mr. Jaballah rights assured by subsection 15(1) of the Charter, what is the appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter? For Mr. Jaballah it is urged that he should now be granted exemption from continuing detention on constitutional grounds, unless there be review of that detention on the same basis as provided for a permanent resident detained, as Mr. Jaballah is, under a security certificate, that is, by considering detention on the standards set out in subsection 83(3) of IRPA.

[83] I find that remedy proposed is appropriate in the circumstances of this case where Mr. Jaballah's

se poursuit sous réserve du contrôle exercé par un juge dans un délai de 48 heures après le début de la détention, et elle se poursuit sous réserve d'un contrôle additionnel périodique exercé au moins une fois tous les six mois par la suite. Ce contrôle n'est pas offert à l'étranger détenu en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR. S'agissant de l'admission au barreau d'une province, la nationalité est considérée comme un motif de discrimination analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Selon moi, le fait de traiter un étranger différemment d'une autre personne qui a été admise comme résident permanent, et qui n'a qu'un droit limité de rester au Canada, ne peut être considéré comme un traitement offrant l'égalité devant la loi et le droit au même bénéfice de la loi.

[81] À mon avis, le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application du paragraphe 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration. Ce traitement constitue une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte, et cela sans aucune raison aisément discernable, du moins aucune qui puisse toucher les impératifs de sécurité nationale, l'objet de la détention selon le paragraphe 82(2) et l'article 83 de la LIPR.

[82] Si l'application continue du paragraphe 82(2), sans contrôle judiciaire possible, a pour effet, comme je l'ai dit, de nier à M. Jaballah les droits qui lui sont garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte, quelle est alors la réparation qui s'impose selon le paragraphe 24(1) de la Charte? Pour M. Jaballah, on fait valoir qu'il devrait maintenant bénéficier, pour des raisons constitutionnelles, d'une dispense de maintien en détention, sauf si un contrôle judiciaire peut être exercé sur cette détention comme celui dont peut se prévaloir un résident permanent qui est détenu, comme l'est M. Jaballah, en vertu d'un certificat de sécurité, c'est-à-dire si sa détention est considérée selon les normes exposées au paragraphe 83(3) de la LIPR.

[83] Je suis d'avis que la réparation proposée est adéquate compte tenu des circonstances de la présente

detention has been more than four years without judicial review of the appropriateness of its continuing. That review, which counsel for Mr. Jaballah proposed could proceed on the basis of the evidence presented in this application for release, I now undertake on a basis similar to that applicable in the case of a permanent resident under subsection 83(3). That is that the detention is to continue if I, as the reviewing judge, am satisfied that Mr. Jaballah “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”.

[84] I note that Madam Justice McLachlin (as she then was), after discussing the possibility of a “constitutional exemption” in *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577, at page 627 ff, declined to grant an exemption where to do so would not uphold the statutory provision there in question substantially as Parliament had enacted it, would introduce judicial discretion without useful guidelines, and would provide a result similar to striking down the provision on constitutional grounds.

[85] In my opinion, none of the concerns about a constitutional exemption expressed in *Seaboyer* are here at play. The remedy here proposed does respect the statutory provision in question, subsection 82(2) of IRPA remains in force for mandatory detention of a foreign national who is the subject of a security certificate, and the judicial discretion introduced is to provide only that after long detention without judicial review of the reasons for continued detention, it shall only be continued where a judge, after review, so orders on the same grounds as are applicable in the review of continuing detention of a permanent resident similarly detained. That discretion does not produce a result similar to that which would result if the provision here in question was struck down on constitutional grounds. Subsection 82(2) of IRPA remains in force providing for mandatory detention of a foreign national who is the subject of a security certificate.

affaire, M. Jaballah étant détenu depuis plus de quatre ans sans qu’un contrôle judiciaire n’ait été exercé sur l’à-propos de son maintien en détention. L’avocat de M. Jaballah a proposé qu’un contrôle de ce genre se déroule d’après la preuve produite dans la demande de mise en liberté, et je vais l’entreprendre maintenant sur une base semblable à celle qui est applicable à un résident permanent en application du paragraphe 83(3). Cela signifie que la détention se poursuivra si, en tant que juge chargé du contrôle, je suis convaincu que M. Jaballah « constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi ».

[84] Je relève que la juge McLachlin (son titre à l’époque), après examen de la possibilité d’une « exemption constitutionnelle » dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pages 627 et suivantes, avait refusé d’appliquer le principe de l’exemption dans cette affaire parce que l’application de ce principe eût été contraire à la disposition légale en cause telle que l’avait adoptée le législateur, qu’elle eût conféré un pouvoir discrétionnaire sans directives adéquates, et qu’elle eût produit un résultat équivalant à invalider la disposition pour des raisons constitutionnelles.

[85] Selon moi, aucun des problèmes évoqués dans l’arrêt *Seaboyer* à propos d’une exemption constitutionnelle n’est en jeu ici. La réparation ici proposée respecte tout à fait la disposition légale en cause, le paragraphe 82(2) de la LIPR reste en vigueur pour la détention obligatoire d’un étranger qui est visé par un certificat de sécurité, enfin le pouvoir discrétionnaire conféré à un juge permet uniquement de dire que, après une longue détention sans contrôle judiciaire des motifs de cette détention, celle-ci ne se poursuivra que s’il l’ordonne, après examen, et selon les mêmes justifications que celles applicables à l’examen du maintien en détention d’un résident permanent détenu pour les mêmes raisons. Ce pouvoir discrétionnaire n’entraîne pas un résultat semblable à celui que l’on obtiendrait si la disposition ici en cause était invalidée pour des raisons constitutionnelles. Le paragraphe 82(2) de la LIPR demeure en vigueur et prévoit encore la détention obligatoire d’un étranger visé par un certificat de sécurité.

Detention provisions of IRPA and the Charter

[86] In view of my determination to grant a constitutional exemption to Mr. Jaballah from continuing detention under subsection 82(2) of IRPA unless there be a review of the detention and an order for its continuance by a judge, there is no necessity to deal with the alternative issue raised on his behalf, that is that the provision concerning detention be struck down on constitutional grounds, as infringing on subsection 15(1) equality rights secured by the Charter. Thus, I make no decision about validity of subsection 82(2) in light of subsection 15(1) of the Charter.

[87] The effect of this decision is to provide that detention under subsection 82(2) after a long term without judicial review, shall be continued only by a judge's order after review in relation to the same terms as are applicable under subsection 83(3) in the case of a permanent resident similarly detained.

Review of Mr. Jaballah's detention

[88] I adopt the terms of subsection 83(3) by analogy as the appropriate standards for review of Mr. Jaballah's detention. Those terms are that:

83. . . .

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

[89] The evidence before me in this application for release, in my opinion, is unequivocal that Mr. Jaballah continues to be a danger to national security. That was the evidence of P.G. He and counsel referred to contextual documentary evidence concerning terrorists generally, including Islamic extremists and others, and reports of the Director of CSIS to Parliament's committees. That documentary evidence did not relate directly to Mr. Jaballah, but it is relevant to the general context in the era of international terrorism today.

Les dispositions de la LIPR relatives à la détention et la Charte

[86] Compte tenu de ma décision d'accorder à M. Jaballah une exemption constitutionnelle du maintien en détention prévu par le paragraphe 82(2) de la LIPR à moins qu'un juge examine la détention et ordonne qu'elle se poursuive, il ne m'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire soulevé en son nom, selon lequel la disposition relative à la détention devrait être invalidée pour des motifs constitutionnels, parce qu'elle contrevient aux droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. Je ne me prononce donc pas sur la validité du paragraphe 82(2) de la LIPR au regard du paragraphe 15(1) de la Charte.

[87] Il en résulte qu'une détention fondée sur le paragraphe 82(2), qui s'est prolongée sans contrôle judiciaire, ne pourra se poursuivre que sur ordonnance d'un juge, après examen effectué selon les mêmes modalités que celles applicables, en vertu du paragraphe 83(3), au cas d'un résident permanent détenu pour les mêmes raisons.

Examen de la détention de M. Jaballah

[88] J'adopte par analogie les termes du paragraphe 83(3) en tant que normes de contrôle applicables à la détention de M. Jaballah. Le paragraphe 83(3) est ainsi rédigé :

83. [. . .]

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

[89] Selon moi, la preuve qui m'a été présentée dans la présente demande de mise en liberté montre sans équivoque que M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité nationale. C'était là le témoignage de P.G. Lui et les avocats se sont référés à une preuve documentaire contextuelle concernant les terroristes en général, notamment les extrémistes islamiques et autres, ainsi qu'à des rapports du directeur du SCRS présentés à des comités parlementaires. Cette preuve documentaire ne se rapportait pas directement à M. Jaballah, mais elle concerne le contexte général du terrorisme international tel qu'il existe aujourd'hui.

[90] In response to that, counsel for Mr. Jaballah urge consideration of several factors, including

(1) the opinion of CSIS expressed by P.G., is said to be unfounded;

(2) the absence of any evidence of Mr. Jaballah's involvement in any activities threatening Canada's national security after the first certificate against him was quashed;

(3) any danger he might have posed in 1999 should now be effectively eliminated by publicity and by his lengthy detention, as an alleged terrorist;

(4) Al-Qaida and Egyptian Al Jihad have presumably undergone changes since 1999 and whatever links Mr. Jaballah may have had with them can probably not be restored;

(5) the Court has capacity to craft terms and conditions for his release and those would inevitably be supplemented by continuous surveillance by security service staff; and

(6) the circumstances of those persons who have been detained under security certificates in recent years is indicative of racial profiling by CSIS.

[91] Only the first of these considerations responds directly to the issue of whether Mr. Jaballah constitutes a danger to national security, the key issue for considering his continuing detention. I am not persuaded the opinion expressed by P.G. is unfounded. There is evidence and information in the public record, and more in the confidential record that would support the assessment of P.G., an assessment I accept for this review. A number of the other considerations concern the measure of possible threat Mr. Jaballah poses and they are observations made essentially in the absence of evidence. I acknowledge the Court has capacity to devise terms and conditions for release (*Re Charkaoui*) but here no persuasive argument was made that this could or should be done when there is a threat to national security. I must add, in relation to the last of the considerations suggested, there is no evidence at all of

[90] En réponse à cela, l'avocat de M. Jaballah insiste sur la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment les suivants :

1) l'opinion du SCRS exprimée par P.G. serait infondée;

2) l'absence de preuve d'une participation de M. Jaballah à des activités menaçant la sécurité nationale du Canada après l'annulation du premier certificat délivré contre lui;

3) le danger qu'il a pu poser en 1999 devrait aujourd'hui en réalité être éliminé par la publicité et par sa longue détention à titre de présumé terroriste;

4) Al-Qaida et le Djihad égyptien ont vraisemblablement évolué depuis 1999 et les liens que M. Jaballah a pu avoir avec eux ne peuvent sans doute plus être rétablis;

5) la Cour a le pouvoir d'établir les modalités de sa mise en liberté et lesdites modalités seraient inévitablement accompagnées d'une surveillance constante de la part du personnel du Service;

6) la situation des personnes qui ont été détenues ces dernières années en vertu de certificats de sécurité atteste un profilage racial de la part du SCRS.

[91] Seul le premier de ces facteurs touche directement le point de savoir si M. Jaballah constitue un danger pour la sécurité nationale, soit le point essentiel pouvant justifier le maintien de sa détention. Je ne suis pas convaincu que l'avis exprimé par P.G. est infondé. Le dossier public renferme des preuves et des renseignements, et le dossier confidentiel encore davantage, qui tendent à confirmer l'évaluation de P.G., évaluation que j'accepte aux fins du présent examen. Plusieurs des autres facteurs concernent la mesure de la menace que constitue M. Jaballah, et il s'agit d'observations faites essentiellement en l'absence de preuve. Je reconnais que la Cour a la possibilité d'établir les modalités d'une mise en liberté (voir *Re Charkaoui*), mais il n'a été avancé ici aucun argument persuasif selon lequel cela pourrait ou devrait être fait alors qu'il existe une menace pour la sécurité nationale. Je dois ajouter,

racial profiling by CSIS in its task of assessing who may pose a threat to national security. The fact that only foreign nationals of Arabic descent, and presumably of Muslim religious faith, are currently held in detention, if that is the case, is not evidence that CSIS work is concerned only or primarily with persons with those qualities.

[92] Finally, I add for the record that my determination, on the evidence and arguments adduced in these certificate proceedings and in this application for release, that Mr. Jaballah continues to be a danger to national security is a decision at this stage made on the record before me. It is not a decision on the issue of the reasonableness of the security certificate. That issue will be addressed after hearing further evidence, for the presentation of which leave has been granted.

### Conclusion

[93] As earlier indicated, at paragraph 10 of these reasons, the several conclusions reached in this application for release from detention, which have now been set out by separate order, are:

(i) This Court has authority to consider the application for release from detention made pursuant to the Charter and the *Constitution Act, 1982*.

(ii) In the circumstances of this case, the long continuing detention of Mr. Jaballah under subsection 82(2) of IRPA, as a foreign national, without statutory opportunity for review of that detention, pending consideration of the reasonableness of the Ministers' certificate, results in loss of his right to equality before the law and his right to equal benefit of the law on a discriminatory basis with respect to his immigration status, contrary to subsection 15(1) of the Charter when compared with the circumstances for a permanent resident similarly detained under a security certificate under section 83 of IRPA.

s'agissant du dernier des facteurs proposés, qu'il n'est nullement établi que le SCRS recourt au profilage racial pour savoir si tel ou tel individu pose une menace pour la sécurité nationale. Le fait que seuls des étrangers d'origine arabe et sans doute de religion musulmane soient actuellement détenus, si tel est le cas, n'est pas la preuve que le SCRS s'intéresse uniquement ou principalement aux personnes présentant de tels attributs.

[92] Finalement, j'ajouterai pour mémoire que, eu égard aux témoignages et arguments produits dans la procédure du certificat de sécurité et la demande de mise en liberté, ma décision selon laquelle M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité nationale est à ce stade une décision rendue d'après le dossier que j'ai devant moi. Il ne s'agit pas d'une décision sur le caractère raisonnable ou non du certificat de sécurité. Cet aspect sera examiné après audition de témoignages complémentaires, dont la production a été autorisée.

### Dispositif

[93] Comme je l'ai dit plus haut, au paragraphe 10 des présents motifs, les nombreuses conclusions auxquelles je suis arrivé à l'égard de la demande de mise en liberté et qui apparaissent maintenant dans une ordonnance distincte, sont les suivantes :

i) La Cour a le pouvoir d'examiner la demande de mise en liberté présentée en vertu de la Charte et de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

ii) Eu égard aux circonstances de la présente affaire, la longue détention de M. Jaballah en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, en tant qu'étranger, sans la possibilité d'un contrôle judiciaire de cette détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat des ministres, conduit à le priver de son droit à l'égalité devant la loi et de son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, et cela en raison d'une discrimination fondée sur son statut en matière d'immigration, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, si l'on compare la situation de M. Jaballah à celle d'un résident permanent qui serait pareillement détenu en vertu d'un certificat de sécurité selon l'article 83 de la Loi;

(iii) Those circumstances warrant, as a remedy under subsection 24(1) of the Charter, an exemption from the continuing application of subsection 82(2) of IRPA unless his detention is ordered by a judge, in this proceeding this judge, following review of his detention on the same grounds as are applicable, in the case of a permanent resident similarly detained, under subsection 83(3) of IRPA, that is:

83. . . .

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(iv) Upon considering this application, the evidence adduced and submissions made, I am satisfied that Mr. Jaballah continues to be a danger to national security, and thus his detention should be continued pending further order.

(v) This application for release from detention by Mr. Jaballah is dismissed.

(vi) The provisions for detention under sections 82-85 of IRPA have been held by the Court of Appeal not to infringe upon rights guaranteed by sections 7, 9 and 12 of the Charter. This Court is bound by those decisions. No determination is made about the constitutional validity of subsection 82(2) of IRPA in light of subsection 15(1) of the Charter, and that provision of the Act remains in force.

(vii) Costs sought by Mr. Jaballah on a solicitor-and-client basis were not addressed when this matter was heard. Costs on that basis are not awarded. The matter of costs on this application may be addressed by counsel at the conclusion of the proceedings.

iii) Ces circonstances justifient, à titre de réparation selon le paragraphe 24(1) de la Charte, une exemption de l'application continue du paragraphe 82(2) de la LIPR, à moins que la détention de M. Jaballah ne soit ordonnée par un juge, en l'occurrence le juge soussigné, après examen de cette détention selon les mêmes conditions que celles applicables au cas d'un résident permanent pareillement détenu, c'est-à-dire selon les conditions prévues par le paragraphe 83(3) de la LIPR, ainsi formulé :

83. [ . . . ]

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

iv) Après examen de la demande, de la preuve produite et des arguments avancés, je suis convaincu que M. Jaballah constitue toujours un danger pour la sécurité nationale et que sa détention devrait donc être maintenue jusqu'à nouvelle ordonnance;

v) La demande de mise en liberté de M. Jaballah est rejetée;

vi) La Cour d'appel a jugé que les dispositions relatives à la détention, soit les articles 82 à 85 de la LIPR, ne portent pas atteinte aux droits garantis par les articles 7, 9 et 12 de la Charte. La Cour est liée par les décisions de la Cour d'appel. La Cour n'exprime aucun avis sur la validité constitutionnelle du paragraphe 82(2) de la LIPR au regard du paragraphe 15(1) de la Charte, et cette disposition de la LIPR demeure en vigueur.

vii) Les dépens avocat-client demandés par M. Jaballah n'ont pas été abordés lorsque l'affaire en l'espèce a été instruite. Il n'est pas adjugé de dépens avocat-client. La question des dépens afférents à la présente demande pourra être plaidée par les avocats à l'issue de l'instance.

T-421-04  
2006 FC 132

T-421-04  
2006 CF 132

**The Information Commissioner of Canada**  
(Applicant)

**Commissaire à l'information du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Industry** (*Respondent*)

**Ministre de l'Industrie** (*défendeur*)

*INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF INDUSTRY) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DE L'INDUSTRIE) (C.F.)*

Federal Court, Kelen J.—Ottawa, January 25, 26 and February 13, 2006.

Cour fédérale, le juge Kelen—Ottawa, 25 et 26 janvier et 13 février 2006.

*Access to Information — Judicial review of Chief Statistician of Canada's refusal to disclose individual census returns to Algonquin Bands seeking to research, validate Aboriginal land claim — Chief Statistician relying on Statistics Act, s. 17(1), prohibiting disclosure of individual returns subject to exceptions under s. 17(2) — Whether information sought by Bands "information available to the public under any statutory or other law" pursuant to Statistics Act, s. 17(2)(d) — Here, information available to member of public (Algonquin Bands) pursuant to statutory or other law (Constitutional Act, 1982, s. 35; Privacy Act, s. 8(2)(k); Crown's common-law duties towards Aboriginal people) — Application allowed.*

*Accès à l'information — Contrôle judiciaire du refus du statisticien en chef du Canada de communiquer des renseignements personnels recueillis lors de recensements à des bandes algonquines cherchant à établir une revendication territoriale d'Autochtone — Ce refus était fondé sur l'art. 17(1) de la Loi sur la statistique, qui interdit de révéler les renseignements personnels recueillis lors de recensements, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 17(2) — Les renseignements réclamés par les bandes étaient-ils des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit » au sens de l'art. 17(2)(d) de la Loi sur la statistique — En l'espèce, les renseignements réclamés par les bandes algonquines étaient des renseignements mis à la disposition du public (les bandes algonquines) en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit (en l'occurrence, l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, l'art. 8(2)(k) de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les obligations imposées par la common law à Sa Majesté envers les peuples autochtones) — Demande accueillie.*

*Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Three Algonquin Bands seeking disclosure of individual census returns to research, validate Aboriginal land claim — Crown having common-law duty to act honourably, in good faith, as fiduciary with respect to Aboriginal land claims — These duties, now part of Constitution Act, 1982, s. 35, requiring Crown to disclose records sought — In event Statistics Act, s. 17, prohibiting disclosure of returns, that section inconsistent with Constitution Act, 1982, s. 35, of no force or effect pursuant to s. 52 of that Act as inconsistency not justified.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Trois bandes algonquines réclamaient la divulgation de renseignements personnels recueillis lors de recensements pour les aider à établir une revendication territoriale d'Autochtone — La common law oblige Sa Majesté à agir honorablement, de bonne foi et en qualité de fiduciaire en ce qui concerne les revendications territoriales des Autochtones — Ces obligations, qui ont été constitutionnalisées à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, obligeaient Sa Majesté à divulguer les renseignements demandés — Dans l'hypothèse où il interdirait la divulgation des données des recensements, l'art. 17 de la Loi sur la statistique est incompatible avec l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et, par application de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle, il est inopérant parce qu'on n'a pas pu justifier cette incompatibilité.*

*Privacy — Three Algonquin Bands seeking disclosure of individual census returns pursuant to Privacy Act, s. 8(2)(k) — That section, allowing disclosure of personal information to Indian band for purpose of researching, validating land claim, statutory law within meaning of Statistics Act, s. 17(2)(d) (exception to Statistics Act, s. 17(1) prohibiting disclosure of individual census records).*

*Construction of Statutes — Statistics Act, s. 17(2)(d), providing exception to prohibition against disclosing individual census returns — Phrase “information available to the public” denoting records obtainable by general public, members or sections thereof, having right of access.*

This was an application for judicial review of the Chief Statistician of Canada’s refusal to disclose individual census returns. The refusal was made on the basis of subsection 17(1) of the *Statistics Act*, which prohibits the disclosure of such returns. The disclosure of the census records in issue was sought by Algonquin First Nation Bands researching and validating an Aboriginal land claim. Such a claim requires evidence of community continuity through time in terms of membership, land use and occupancy, and because no Band Lists existed before 1951, the records were allegedly a critically important source of proof. According to the Chief Statistician, paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*, which allows the disclosure of personal information to an Indian band for the purpose of researching or validating a land claim, was subject to subsection 17(1) of the *Statistics Act*.

*Held*, the application should be allowed.

The census records sought were necessary and important for the Algonquin Bands to properly document their land claim. However, in order to determine whether the records were subject to production under the *Access to Information Act*, regard was had to section 24 of that Act, which provides that the head of a government institution shall refuse to disclose information where disclosure is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II of the Act. Section 17 of the *Statistics Act* is one such provision, and it prohibits disclosure of information obtained under the Act subject to the discretionary exceptions under subsection 17(2). Paragraph 17(2)(d) allows the Chief Statistician to disclose “information available to the public under any statutory or

*Protection des renseignements personnels — Trois bandes algonquines réclamaient, en vertu de l’art. 8(2)(k) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, la divulgation de renseignements personnels recueillis lors de recensements — Cet article, qui autorise la divulgation de renseignements personnels à une bande d’Indiens pour lui permettre d’établir une revendication territoriale, constitue « une loi » au sens de l’art. 17(2)(d) de la Loi sur la statistique (exception à l’art. 17(1) de la Loi sur la statistique, qui interdit de révéler les renseignements personnels recueillis lors de recensements).*

*Interprétation des lois — L’art. 17(2)(d) de la Loi sur la statistique prévoit une exception à l’interdiction de divulguer les renseignements personnels recueillis lors de recensements — L’expression « renseignements mis à la disposition du public » vise les documents pouvant être obtenus par le public en général, ou par des membres ou des parties du public, ayant un droit d’accès.*

Il s’agissait d’un recours en révision du refus du statisticien en chef du Canada de révéler des renseignements personnels recueillis lors de certains recensements. Ce refus était fondé sur le paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique*, qui interdit de révéler ce type de renseignements personnels. La demande d’accès était présentée par des bandes algonquines, qui cherchaient à établir une revendication territoriale d’Autochtone. Pour ce faire, elles doivent obtenir des preuves de la continuité de leur communauté dans le temps tant pour ce qui est du nombre de leurs membres que de l’utilisation et de l’occupation du territoire et, comme il n’existait pas de listes de bandes avant 1951, les données des recensements constitueraient des éléments de preuve déterminants. Suivant le statisticien en chef, l’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui autorise la divulgation de renseignements à une bande d’Indiens pour lui permettre d’établir une revendication territoriale, ne s’appliquait pas, en raison du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique*.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les données des recensements réclamées étaient nécessaires et importantes pour permettre aux bandes algonquines de bien démontrer le bien-fondé de leur revendication territoriale. Toutefois, pour déterminer si l’on pouvait exiger la production des données des recensements en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, on a tenu compte de l’article 24 de cette même loi, qui oblige les responsables d’institutions fédérales à refuser la divulgation de renseignements dont la communication est restreinte en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II de cette loi, laquelle comprend l’article 17 de la *Loi sur la statistique*, qui interdit de communiquer les renseignements obtenus en vertu de la loi, sous réserve des exceptions prévues au paragraphe 17(2).

other law.” The question was whether the information sought met this criteria.

Section 35 of the *Constitution Act, 1982*, which protects Aboriginal and treaty rights, is “statutory or other law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. This is because the Crown has a common-law duty to act honourably, in good faith and as a fiduciary with respect to the Algonquin Bands’ land claim, duties which have also been constitutionalized to the extent that they relate to the Crown’s legal obligations under section 35 of the *Constitution Act, 1982* with respect to Aboriginal land claims. Paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is also statutory law within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

As to the meaning of the phrase “information available to the public” in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*, the word “public” is used in that phrase as a noun. According to the *Canadian Oxford Dictionary*, the noun “public” has three meanings: the entirety of the community, members of the community, or a section of the community sharing a common status or interest. Each of these meanings is sufficient to meet the definition of “public” in paragraph 17(2)(d). The definition of the adjective “available” in that same dictionary suggested that the words “information available to the public” denote records capable of being obtained by the entire general public, or by members or sections thereof. To be capable of obtaining a given record requires a right of access.

For these reasons, the information sought by the Algonquin Bands was “information available to the public under any statutory or other law” pursuant to paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* and could be disclosed to the Bands pursuant to paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*.

In the alternative, if the respondent was prohibited from disclosing the individual census returns pursuant to section 17 of the *Statistics Act*, that section would have been inconsistent with section 35 of the *Constitutional Act, 1982* and, as such, of no force or effect pursuant to section 52 of that same Act unless the inconsistency could be justified, which it could not in the case at bar. It would be absurd if the Crown, which has the obligation to assist Aboriginal peoples with respect to

L’alinéa 17(2)d) permet au statisticien en chef d’autoriser la révélation des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit ». Il s’agissait de savoir si les renseignements demandés répondaient à cette définition.

L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui protège les droits ancestraux et les droits issus de traités, constitue « une loi ou [ . . . ] autre règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*. Cela tient au fait que la common law oblige Sa Majesté à agir honorablement, de bonne foi et en qualité de fiduciaire en ce qui concerne la revendication territoriale des bandes algonquines et que ces obligations ont été constitutionnalisées dans la mesure où elles se rapportent aux obligations légales imposées à la Couronne par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en ce qui concerne les revendications territoriales des Autochtones. L’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue aussi « une loi ou une règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*.

Quant au sens de l’expression « *information available to the public* » (renseignements mis à la disposition du public) à l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*, le mot « *public* » y est employé comme substantif. Suivant le *Canadian Oxford Dictionary*, le substantif « *public* » a trois acceptions, à savoir l’ensemble de la collectivité, certains membres de la collectivité ou une partie de la collectivité dont les membres ont une situation ou des intérêts en commun. Chacune des ces acceptions suffit pour répondre à la définition du mot « *public* » à l’alinéa 17(2)d). La définition de l’adjectif « *available* » que donne le même dictionnaire permet de penser que l’expression « *information available to the public* » vise les documents pouvant être obtenus par le public en général, ou par des membres ou des parties du public. Pour pouvoir obtenir un document déterminé, les membres du public doivent avoir un droit d’accès.

Pour ces motifs, les renseignements réclamés par les bandes algonquines étaient des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* et ils pouvaient être divulgués aux bandes algonquines en vertu de l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

À titre subsidiaire, dans l’hypothèse où il interdirait au défendeur de divulguer les données des recensements, l’article 17 de la *Loi sur la statistique* serait incompatible avec l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par application de l’article 52 de cette Loi, il serait inopérant à moins qu’on puisse justifier cette incompatibilité, ce qu’on n’a pas réussi à faire en l’espèce. Il serait absurde que la Couronne, qui est tenue d’aider les peuples autochtones à établir leurs

their land claims, could suppress the evidence necessary for the proof of those claims.

revendications territoriales, puisse dissimuler les éléments de preuve nécessaires pour prouver les revendications territoriales en question.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F); 2001, c. 27, s. 202), 19, 24, 41, 42, 48, 49, Sch. II.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35, 52.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8(2)(k) (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 26).  
*Statistics Act*, R.S.C., 1985, c. S-19, s. 17(1),(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 131), 18.1 (as enacted by S.C. 2005, c. 31, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2002] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; 2003 SCC 8; *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs & Excise*, [1973] F.C. 3; (1973), 34 D.L.R. (3d) 537 (C.A.); *Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2005] 1 S.C.R. 667; (2005), 252 D.L.R. (4th) 529; 28 Admin. L.R. (4th) 1; 41 C.C.E.L. (3d) 1; 333 N.R. 314; 2005 SCC 30; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241.

##### CONSIDERED:

*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511; (2004), 245 D.L.R. (4th) 33; [2005] 3 W.W.R. 419; 19 Admin. L.R. (4th) 195; 206 B.C.A.C. 52; 36 B.C.L.R. (4th) 282; 11 C.E.L.R. (3d) 1; 327 N.R. 53; 2004 SCC 73.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35, 52.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F); 2001, ch. 27, art. 202), 19, 24, 41, 42, 48, 49, ann. II.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8(2)k (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 26).  
*Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19, art. 17(1), (2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 131), 18.1 (édicte par L.C. 2005, ch. 31, art. 1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66; 2003 CSC 8; *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)*, [1973] C.F. 3 (C.A.); *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667; 2005 CSC 30; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; 2004 CSC 73.

## AUTHORS CITED

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford Univ. Press, 2004, "available", "public".  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "available", "public".

APPLICATION for judicial review of a decision by the Chief Statistician of Canada refusing to disclose individual census returns to Algonquin Bands seeking the records to research and validate an Aboriginal land claim. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Daniel Brunet and Jennifer Francis* for applicant.

*Patrick D. Bendin* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Office of the Information Commissioner of Canada*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] KELEN J.: The Information Commissioner seeks review under section 42 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Access Act) of the refusal of the Chief Statistician of Canada to disclose certain census records for the years 1911, 1921, 1931 and 1941. Subsection 17(1) of the *Statistics Act*, R.S.C., 1985, c. S-19 prohibits disclosure of individual census returns. The Information Commissioner submits, *inter alia*, that the Crown has a constitutional obligation under section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to disclose this information to an Aboriginal government for the purpose of validating a land claim.

## DOCTRINE CITÉE

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto : Oxford Univ. Press, 2004, « available », « public ».  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « available », « public ».

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du statisticien en chef du Canada de communiquer des renseignements personnels recueillis lors de recensements à des bandes algonquines, qui cherchent à établir une revendication territoriale autochtone. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Daniel Brunet et Jennifer Francis* pour le demandeur.

*Patrick D. Bendin* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Bureau du Commissaire à l'information du Canada*, Ottawa, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN : Conformément aux dispositions de l'article 42 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, le Commissaire à l'information demande la révision de la décision prise par le statisticien en chef du Canada refusant de communiquer certains dossiers de recensement pour les années 1911, 1921, 1931 et 1941. Aux termes du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19, il est interdit de révéler les relevés de recensement. Le Commissaire à l'information prétend, entre autres, qu'en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], la Couronne a l'obligation constitutionnelle de communiquer cette information à un gouvernement autochtone aux fins d'établir le bien-fondé d'une revendication territoriale.

## Facts

[2] The following three Algonquin First Nation Bands (the Algonquin Bands) are located in north western Quebec and eastern Ontario:

1. the Barriere Lake Band;
2. the Wolf Lake Band; and
3. the Timiskaming Band.

On November 1, 2001 the Algonquin Bands made an access to information request to Statistics Canada, a part of the Department of Industry, for the census returns of 1911, 1921, 1931, and 1941 for the districts of Nipissing, North Renfrew, Renfrew and Timiskaming in the province of Ontario, and the districts of Pontiac, Témiscamingue, Wright and Yamaska in the province of Quebec.

[3] The access request was made by Mr. Peter D. I. Gangi, Director of the Algonquin Nation Secretariat, which represents the rights of the three Algonquin Bands.

[4] The Algonquin Bands are researching and validating an Aboriginal land claim which requires evidence of community continuity through time in terms of membership, land use and occupancy. Because of an absence of Band Lists before 1951, and other departmental files relating to their history, the census records are allegedly a critically important source of proof.

[5] On November 23, 2001 Statistics Canada denied the access request. The Algonquin Bands' communities complained to the Information Commissioner who investigated, and on December 3, 2003, reported to the respondent that the complaint was well founded and recommended that the respondent comply by disclosing the census records.

[6] On December 11, 2003, the Chief Statistician advised the applicant that the recommendation would

## Les faits

[2] Les trois bandes suivantes de la Première nation algonquine (les bandes algonquines) vivent dans le Nord-Ouest du Québec et l'Est de l'Ontario :

1. la bande du lac Barrière;
2. la bande de Wolf Lake;
3. la bande de Timiskaming.

Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, les bandes algonquines ont présenté une demande de communication à Statistique Canada, qui relève du ministère de l'Industrie, afin d'obtenir les relevés des recensements de 1911, 1921, 1931 et 1941 pour les districts de Nipissing, North Renfrew, Renfrew et Timiskaming dans la province de l'Ontario, et les districts de Pontiac, Témiscamingue, Wright et Yamaska dans la province de Québec.

[3] La demande de communication a été présentée par M. Peter D. I. Gangi, directeur du Secrétariat de la nation algonquine, qui représente les intérêts des trois bandes algonquines.

[4] Les bandes algonquines effectuent des recherches en vue d'établir le bien-fondé d'une revendication territoriale d'Autochtone qui exige une preuve de continuité dans le temps touchant leur collectivité quant au nombre de leurs membres ainsi qu'à l'utilisation et à l'occupation du territoire. Parce qu'il n'existait pas de listes de bande avant 1951 et en l'absence, au ministère, d'autres documents portant sur leur histoire, les relevés de recensement seraient une source de preuve extrêmement importante.

[5] Le 23 novembre 2001, Statistique Canada a rejeté la demande de communication. Les bandes algonquines ont adressé une plainte au Commissaire à l'information, qui a procédé à une enquête. Le 3 décembre 2003, celui-ci a informé le défendeur que la plainte était fondée et lui a recommandé de se conformer en communiquant les dossiers de recensement.

[6] Le 11 décembre 2003, le statisticien en chef a avisé le demandeur qu'il ne suivrait pas la recomman-

not be followed. On February 26, 2004 the applicant, with the consent of the Algonquin Bands, commenced this review of the respondent's decision refusing to disclose the census records.

[7] Since this access request, the *Statistics Act* has been amended [S.C. 2005, c. 31] to release the 1911 census records to the public. The amendment, which is set out in Appendix A, provides that census records will be released to the public after 92 years. Accordingly, for example, the 1921 census records will be released to the public in 2013.

[8] The census enumerators during the material times went from household to household, with a translator, throughout the territory presently occupied by the three Algonquin Bands. The enumerators gathered information including the name, address or geographic location, the racial or tribal origin, the language, and other personal information from each person and family residing in that territory.

[9] The Algonquin Bands making this claim for Aboriginal land title claim must satisfy the following three criteria, as succinctly set out by the Supreme Court of Canada:

- i. the land must have been occupied prior to sovereignty;
- ii. if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation by their ancestors; and
- iii. at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

See *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 *per* Lamer C.J. (as he then was), at paragraph 143.

[10] In this case, the Algonquin Bands have obtained the necessary evidence for the 19th century, but are missing proof of continuity of occupation for the 20th

dition. Le 26 février 2004, le demandeur, avec le consentement des bandes algonquines, a entrepris le présent recours en révision de la décision du défendeur de refuser de communiquer les dossiers de recensement.

[7] Depuis cette demande de communication, la *Loi sur la statistique* a été modifiée [L.C. 2005, ch. 31] de sorte que les dossiers du recensement de 1911 ont pu être rendus publics. La modification, qui apparaît à l'annexe A, dispose que les dossiers de recensement seront divulgués au public après 92 ans. Ainsi, les dossiers du recensement de 1921, par exemple, seront rendus publics en 2013.

[8] Au cours de la période en question, les recenseurs sont allés de ménage en ménage, accompagnés d'un traducteur, dans tout le territoire actuellement occupé par les trois bandes algonquines. Ils ont recueilli des renseignements, notamment le nom, l'adresse ou le lieu géographique, l'origine raciale ou tribale, la langue et d'autres renseignements personnels concernant chaque personne et famille résidant sur ce territoire.

[9] Les bandes algonquines revendiquant ce titre foncier aborigène doivent satisfaire aux trois exigences suivantes, énoncées succinctement par la Cour suprême du Canada :

- i. ils doivent avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté;
- ii. si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté;
- iii. au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le juge en chef Lamer (tel était alors son titre), au paragraphe 143.

[10] Dans la présente affaire, les bandes algonquines ont obtenu la preuve requise pour le XIX<sup>e</sup> siècle, mais il leur manque la preuve de la continuité de l'occupation

century until 1951, when [at the time the Department of Citizenship and Immigration] the Department of Indian and Northern Affairs first maintained Band Lists. The Algonquin Bands state that the census records constitute accurate proof of who was living in the territories in question, as the enumerators travelled to each Aboriginal settlement in the course of their census record duties.

[11] The Algonquin Bands received funding from 1997 to 2004 from the federal government for the purpose of researching and preparing this land claim. This funding provided for research including:

i that the Algonquin Bands have traditionally used and occupied the territory in question and that this use and occupation continues; and

ii. a description of the extent and location of the land use and occupancy.

#### The Decision under Review

[12] The decision under review is of the Chief Statistician of Canada, Mr. Ivan P. Fellegi, dated December 11, 2003 advising the Information Commissioner:

... I am unable to follow your recommendation in this matter to make the records at issue available to the requestor. For the reasons set out in my letter to you of December 5, 2002 (one year earlier), I strongly believe that such a disclosure is contrary not only to the provisions of the Statistics Act but to the Privacy Act as well.

[13] The “reasons” in the letter dated December 5, 2002 include:

1. that paragraph 8(2)(k) [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 26] of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] is subject to subsection 17(1) of the *Statistics Act* so that it does not apply; and
2. that there is no obligation owed to the Algonquin Bands because:

pendant le XX<sup>e</sup> siècle jusqu’en 1951, lorsque [à l’époque le ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration] le ministère des Affaires indiennes et du Nord a commencé à tenir des listes de bande. Les bandes algonquines déclarent que les dossiers de recensement constituent une preuve rigoureuse établissant qui vivait sur le territoire en question, puisque les recenseurs se sont rendus dans chacun des peuplements autochtones dans l’exécution de leur travail de recensement.

[11] Entre 1997 et 2004, les bandes algonquines ont reçu des fonds du gouvernement fédéral pour effectuer des travaux de recherche et de préparation liés à cette revendication territoriale. La recherche visait à :

i. établir que les bandes algonquines ont traditionnellement utilisé et occupé le territoire en question et que cette utilisation et occupation se poursuivent;

ii. décrire dans quelle mesure et à quel endroit le territoire est utilisé et occupé.

#### La décision contestée

[12] La décision contestée est celle du statisticien en chef du Canada, M. Ivan P. Fellegi, datée du 11 décembre 2003, avisant le Commissaire à l’information :

[TRADUCTION] [. . .] je ne puis suivre votre recommandation dans cette affaire de rendre les documents en question disponibles au requérant. Pour les raisons énoncées dans ma lettre du 5 décembre 2002 (il y a un an), je crois fermement que cette divulgation contreviendrait non seulement aux dispositions de la Loi sur la statistique, mais à celles de la Loi sur la protection des renseignements personnels également.

[13] Les « raisons » énoncées dans la lettre du 5 décembre 2002 sont notamment :

1. que l’alinéa 8(2)k [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 26] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] est assujéti au paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique* de sorte qu’il ne s’applique pas;
2. qu’il n’y a pas d’obligation envers les bandes algonquines parce que :

a. it is difficult to identify the Aboriginal rights in this context;

b. the Aboriginal claimants must prove in a court of law that they have an Aboriginal right;

c. there is no fiduciary duty owed by Statistics Canada to the Algonquin Bands;

d. the Algonquin Bands should make use of the 1940 National Registration records which are an alternative source of evidence to validate the land claims.

a. il est difficile de préciser les droits ancestraux dans ce contexte;

b. les revendicateurs autochtones doivent prouver devant une cour de justice qu'ils possèdent un droit ancestral;

c. Statistique Canada n'a pas d'obligation de fiduciaire à l'endroit des bandes algonquines;

d. les bandes algonquines devraient avoir recours aux Registres nationaux de 1940 comme autre source de preuve pour établir leurs droits.

#### Confidentiality Undertaking

[14] Dr. James Morrison, a respected and qualified ethnohistorian researching this land claim for the Algonquin Bands, deposed that if the census records are disclosed to him on behalf of the Algonquin Bands, he will undertake to maintain the confidentiality of the census records not related to the ancestors of the Algonquin Bands so that the personal information of non-Algonquin persons would continue to be kept confidential.

#### Engagement de confidentialité

[14] Le professeur James Morrison, un ethnohistorien qualifié et respecté effectuant des recherches liées à cette revendication territoriale pour les bandes algonquines, a témoigné que si les dossiers de recensement lui étaient divulgués au nom des bandes algonquines, il s'engagerait à préserver la confidentialité des dossiers de recensement n'ayant aucun rapport avec les ancêtres des membres des bandes algonquines de manière à ce que les renseignements personnels des personnes non algonquines puissent demeurer confidentiels.

#### Notice of Constitutional Question

[15] The Information Commissioner served a notice of constitutional question on the provincial attorney generals and the attorney general of Canada with respect to the constitutional effect of section 35 of the *Constitution Act, 1982* in the context of the facts in this case. None of the provincial attorney generals have intervened or made any representations.

#### Avis de question constitutionnelle

[15] Le Commissaire à l'information a signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général de chaque province et au procureur général du Canada relativement aux effets de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans le contexte de la présente affaire. Aucun des procureurs généraux provinciaux n'est intervenu ou n'a formulé d'observations.

#### Relevant Legislation

[16] The relevant legislation is as follows:

1. the *Access Act*;

2. the *Privacy Act*;

3. the *Statistics Act*;

#### La législation pertinente

[16] La législation pertinente est la suivante :

1. la *Loi sur l'accès à l'information*;

2. la *Loi sur la protection des renseignements personnels*;

3. la *Loi sur la statistique*;

#### 4. the *Constitution Act, 1982*;

The relevant excerpts of these statutes are set out in Appendix A.

#### Standard of Review

[17] In the case at bar, the Court is called upon to review a decision of the Chief Statistician on a question of information disclosure under the Access Act. The parties submit, and the Court agrees, that the appropriate standard against which to review the decision is correctness. The Supreme Court of Canada in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226 held, at paragraph 26, that the Court deciding the appropriate standard of review must apply a pragmatic and functional approach.

[18] The first factor the Court must consider is the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal. This factor was assessed by the Supreme Court of Canada in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66. At paragraph 15, Justice Gonthier held that the Access Act does not contain a privative clause insulating decisions of heads of government institutions on questions of access to information, and sections 41 and 42 of that Act provide a statutory right of judicial review of these decisions before the Federal Court. Accordingly, this factor warrants no deference.

[19] The second factor to consider is the expertise of the decision maker relative to the Court. The finding under review is the statutory interpretation of the Chief Statistician of the interplay of provisions under the Access Act, *Privacy Act*, *Statistics Act*, and *Constitution Act, 1982*. Relative to the reviewing judge, this decision maker has no expertise in statutory interpretation. The Court is better able to decide questions of law than the Chief Statistician. Accordingly, this factor militates no deference to the decision under review.

#### 4. la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les extraits pertinents de ces lois sont reproduits à l'annexe A.

#### La norme de contrôle

[17] Dans la présente affaire, la Cour est invitée à réexaminer une décision du statisticien en chef sur une question de divulgation de l'information en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les parties plaident, et la Cour en convient, que la norme de contrôle appropriée est la décision correcte. Dans l'affaire *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, la Cour suprême du Canada a statué, au paragraphe 26, que la Cour ayant à décider de la norme de contrôle pertinente devait employer une approche fonctionnelle et pragmatique.

[18] Le premier facteur que cette Cour doit considérer est la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi. Ce facteur a été apprécié par la Cour suprême du Canada dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66. Au paragraphe 15, le juge Gonthier a conclu que la *Loi sur l'accès à l'information* ne contenait pas de clause privative protégeant les décisions des responsables d'une institution fédérale sur des questions d'accès à l'information, et qu'au contraire, les articles 41 et 42 de cette Loi établissaient le droit d'exercer un recours en révision de ces décisions devant la Cour fédérale. Ce facteur ne justifie donc pas de retenue.

[19] Le deuxième facteur qu'il faut considérer est le degré de compétence du décideur par rapport à celui de la Cour. La décision contestée a trait à l'interprétation que fait le statisticien en chef de l'effet réciproque des dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de la *Loi sur la statistique* et de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par rapport au juge saisi de la révision, le décideur n'a pas de compétence en interprétation des lois. La Cour est mieux placée pour décider des points de droit que le statisticien en chef. Par conséquent ce facteur ne milite pas en faveur d'une retenue à l'égard de la décision contestée.

[20] The third factor to consider is the purpose of the applicable legislation, namely that of the Access Act, *Privacy Act*, *Statistics Act*, and *Constitution Act, 1982*. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, the Supreme Court, *per* Gonthier J., at paragraph 17 determined that the purpose of the Access Act is advanced by adopting a less deferential standard of review.

[21] In my view, the purpose of the secrecy and disclosure provisions of section 17 [s. 17(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 131)] of the *Statistics Act* are similarly advanced by adopting a less deferential standard of review. The purpose of maintaining the authorized secrecy of records held by Statistics Canada is not advanced by affording greater curial deference to a decision maker who may be inclined to favour his or her own department.

[22] The purpose of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, which includes respecting and recognizing Aboriginal land claims, was not considered at all by the Chief Statistician, even though the Information Commissioner requested the Chief Statistician consider this law in authorizing the disclosure of the census records. Similarly, the Chief Statistician did not consider the purpose of paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*, which is to disclose personal information to an Indian band for the purpose of researching a land claim. Therefore, the Court will not accord deference to the Chief Statistician in his decision with respect to the purposes of these four statutes.

[23] The fourth factor to be addressed is the nature of the question, whether it is one of law, fact, or mixed law and fact. The Court will accord greater deference to the head of government's factual findings, and less deference on questions of legal principle or interpretation. The question in the review at bar involves a statutory interpretation of the interplay of provisions under the Access Act, *Privacy Act*, *Statistics*

[20] Le troisième facteur à considérer est l'objectif de la législation pertinente, à savoir la *Loi sur l'accès à l'information*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, le juge Gonthier de la Cour suprême a conclu, au paragraphe 17, que l'objectif de la *Loi sur l'accès à l'information* est servi par l'adoption d'une norme de contrôle qui commande une moins grande retenue.

[21] À mon avis, l'objectif des dispositions de l'article 17 [art. 17(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 131)] de la *Loi sur la statistique* relatives au secret et à la divulgation est également servi par l'adoption d'une norme de contrôle commandant une moins grande retenue. L'objectif pour lequel la loi autorise que soient gardés secrets les documents conservés par Statistique Canada n'est pas servi en faisant preuve d'une plus grande retenue judiciaire à l'égard d'un décideur qui peut être enclin à favoriser sa propre organisation.

[22] L'objectif de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui consiste notamment à respecter et à reconnaître les revendications territoriales des Autochtones, n'a pas du tout été considéré par le statisticien en chef, même si le Commissaire à l'information lui a demandé de le faire en autorisant la divulgation des dossiers de recensement. De même, le statisticien en chef n'a pas considéré l'objectif de l'alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui est de communiquer des renseignements personnels à une bande indienne à des fins de recherches relatives à une revendication territoriale. Par conséquent, la Cour ne fera pas preuve de retenue à l'égard de la décision du statisticien en chef en ce qui a trait à l'objectif visé par ces quatre lois.

[23] Le quatrième facteur à considérer a trait à la nature de la question, à savoir s'il s'agit d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait. La Cour fera preuve d'une plus grande retenue à l'égard des conclusions de fait du décideur, mais d'une moins grande retenue sur les questions de droit ou d'interprétation des lois. La question soulevée par le présent recours en révision a

*Act*, and *Constitution Act, 1982* with respect to the census records sought for an Aboriginal land claim. This is a question of law, which warrants no deference.

[24] Having regard to the four factors, the Court agrees that the decision of the Chief Statistician to refuse disclosure should be assessed on the correctness standard.

#### Burden of Proof

[25] On judicial review, section 48 of the Access Act provides that the head of the government institution bears the burden of establishing that an access request was denied in accordance with law:

48. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

Therefore, in the review at bar the Minister must satisfy the Court, on the balance of probabilities, that the decision of the Chief Statistician to refuse access to the census records was correct.

#### Issues

[26] The issues are as follows:

1. Are the census records necessary for the land claim of the Algonquin Bands?;
2. Are the census records in this case subject to production under the Access Act?;
3. Is section 35 of the *Constitution Act, 1982* “statutory or other law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*?;
4. Is paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* “statutory or other law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of

pour objet l’interprétation de la *Loi sur l’accès à l’information*, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de la *Loi sur la statistique* et de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et l’effet réciproque de leurs dispositions en ce qui a trait aux dossiers de recensement demandés dans le cadre d’une revendication territoriale d’Autochtone. Il s’agit d’une question de droit, qui ne commande aucune retenue.

[24] Eu égard à ces quatre facteurs, la Cour reconnaît que la norme de contrôle qui convient pour apprécier la décision du statisticien en chef de refuser la divulgation est la décision correcte.

#### La charge de la preuve

[25] Selon l’article 48 de la *Loi sur l’accès à l’information*, il incombe à l’institution fédérale concernée, lors d’un contrôle judiciaire, d’établir qu’une demande de communication a été refusée conformément à la loi :

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d’établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d’un document incombe à l’institution fédérale concernée.

Dans le présent recours, le ministre doit donc convaincre la Cour, selon la prépondérance des probabilités, que la décision du statisticien en chef de refuser l’accès aux dossiers de recensement était correcte.

#### Les questions en litige

[26] Les questions en litige sont les suivantes :

1. Les dossiers de recensement sont-ils nécessaires pour la revendication territoriale des bandes algonquines?
2. Les dossiers de recensement en question doivent-ils être divulgués en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*?
3. L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue-t-il une « loi ou [. . .] autre règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*?
4. L’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une « loi ou

the *Statistics Act*?

5. What is “information available to the public” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*? and

6. In the alternative that the respondent was prohibited from disclosing census records pursuant to section 17 of the *Statistics Act*, what would be the effect of section 52 of the *Constitution Act, 1982*?

#### Analysis

Issue No. 1: Are the census records necessary for the land claim of the Algonquin Bands?

[27] The Government of Canada funding to the Algonquin Bands from 1997 to 2004 for the research of this land claim demonstrates that the Government of Canada has accepted that the Algonquin Bands may have a legitimate land claim.

[28] The Court is satisfied, upon reviewing the evidence, that the census information sought is necessary and important for the Algonquin Bands to properly document their land claim. This census information is probably the best evidence of the proof required to complete the evidence of their continued occupation of the territory in question.

[29] The respondent submits that this evidence is not critically important because there was a national register in 1940 prepared for conscription purposes and that this national register listed all persons over the age of 16 years. The Court is satisfied that this national register is not adequate evidence for several reasons:

1. it does not deal with the time period between 1900 and 1940;

2. it was completed for purpose of identifying young men of conscription age. Many such persons sought to avoid conscription and took steps to avoid being registered;

[. . .] autre règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*?

5. Que signifie « les renseignements mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*?

6. Dans l’hypothèse où il serait interdit au défendeur de divulguer les dossiers de recensement, en application de l’article 17 de la *Loi sur la statistique*, quel serait l’effet de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

#### Analyse

Question n° 1 : Les dossiers de recensement sont-ils nécessaires pour la revendication territoriale des bandes algonquines?

[27] En finançant les bandes algonquines entre 1997 et 2004 pour effectuer des recherches relatives à cette revendication territoriale, le gouvernement du Canada a démontré qu’il reconnaissait que les bandes algonquines pouvaient avoir une revendication territoriale légitime.

[28] Après avoir examiné la preuve, la Cour est convaincue que les données de recensement demandées sont nécessaires et importantes pour permettre aux bandes algonquines de bien documenter leur revendication territoriale. Ces données sont sans doute les meilleurs éléments de la preuve requise pour établir la continuité de leur occupation du territoire en question.

[29] Le défendeur soutient que cette preuve n’a pas d’importance déterminante parce que des registres nationaux ont été dressés en 1940 pour les fins de la conscription et que ces registres contiennent la liste de toutes les personnes âgées de plus de 16 ans. La Cour estime que ces registres nationaux ne constituent pas une preuve adéquate pour plusieurs raisons :

1. Ils ne portent pas sur la période entre 1900 et 1940.

2. Ils ont été dressés afin de recenser les jeunes hommes ayant l’âge d’être conscrits. Plusieurs ont cherché à éviter la conscription et ont pris des mesures pour ne pas être inscrits aux registres.

3. this national register did not record the names of persons under the age of 16 years which would be part of the proof required for this land claim;

4. the national register was not compiled in the same comprehensive manner as for census enumeration; and

5. part of the national register is missing.

Issue No. 2: Are the census records in this case subject to production under the Access Act?

[30] This issue, and the subsequent four issues, involve the interpretation and interplay of four statutes. Counsel for the applicant described this legal exercise as “intense legal gymnastics.” The Court agrees that this case requires a multi-step exercise in statutory interpretation.

[31] Section 4 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F); 2001, c. 27, s. 202] of the Access Act provides that every citizen has a right of access to any record under the control of a government institution, subject only to the Access Act and notwithstanding any other Act of Parliament:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[32] This general right of access to information is attenuated by operation of section 24 of the Access Act, which mandates the head of government institutions to refuse disclosure of information that is restricted pursuant to any provision enumerated in Schedule II to the Access Act, which includes section 17 of the *Statistics Act*.

3. Ces registres nationaux ne contiennent pas le nom des personnes de moins de 16 ans qui feraient partie de la preuve requise pour cette revendication territoriale.

4. Les données de ces registres nationaux n’ont pas été compilées d’une manière aussi rigoureuses que celles d’un recensement.

5. Une partie des registres nationaux est manquante.

Question n° 2 : Les dossiers de recensement en question doivent-ils être divulgués en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*?

[30] Pour répondre à cette question, comme aux quatre suivantes, il faut interpréter quatre lois et analyser leurs effets réciproques. L’avocat du demandeur a qualifié cet exercice juridique de [TRADUCTION] « gymnastique juridique intensive ». La Cour convient que la présente affaire exige un exercice d’interprétation juridique en plusieurs étapes.

[31] Selon l’article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F); 2001, ch. 27, art. 202] de la *Loi sur l’accès à l’information*, tout citoyen a droit à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale, sous réserve des autres dispositions de cette Loi mais nonobstant toute autre loi fédérale :

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[32] Ce droit général d’accès à l’information est restreint par l’effet de l’article 24 de la *Loi sur l’accès à l’information*, qui exige que le responsable d’une institution fédérale refuse la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II de ladite Loi, qui inclut l’article 17 de la *Loi sur la statistique*.

[33] Subsection 24(1) of the Access Act incorporates by reference to Schedule II the restriction on the disclosure of census records mandated by section 17 of the *Statistics Act*.

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

...

## SCHEDULE II

(Section 24)

...

Statistics Act, section 17

[34] Absent any exemption, paragraph 17(1)(b) of the *Statistics Act* would require the respondent refuse to disclose the census records.

## SECURITY

17. (1) Except for the purpose of communicating information in accordance with any conditions of an agreement made under section 11 or 12 and except for the purposes of a prosecution under this Act but subject to this section,

...

(b) no person who has been sworn under section 6 shall disclose or knowingly cause to be disclosed, by any means, any information obtained under this Act in such a manner that it is possible from the disclosure to relate the particulars obtained from any individual return to any identifiable individual person, business or organization. [Emphasis added.]

[35] However, the mandatory prohibition against disclosure mandated by subsection 17(1) of the *Statistics Act* is subject to the discretionary exemptions under subsection 17(2). In the review at bar, the applicant submits that paragraph 17(2)(d) is engaged to exempt the bar against disclosure because the census records are "information available to the public under

[33] Le paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* incorpore par renvoi à l'annexe II la restriction relative à la divulgation des dossiers de recensement imposée par l'article 17 de la *Loi sur la statistique*.

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

[. . .]

## ANNEXE II

(Article 24)

[. . .]

Loi sur la statistique, article 17

[34] En l'absence d'exemption, l'alinéa 17(1)b) de la *Loi sur la statistique* obligerait le défendeur à refuser de divulguer les dossiers de recensement.

## SECRET

17. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et sauf pour communiquer des renseignements conformément aux modalités des accords conclus en application des articles 11 ou 12 ou en cas de poursuites engagées en vertu de la présente loi :

[. . .]

b) aucune personne qui a été assermentée en vertu de l'article 6 ne peut révéler ni sciemment faire révéler, par quelque moyen que ce soit, des renseignements obtenus en vertu de la présente loi de telle manière qu'il soit possible, grâce à ces révélations, de rattacher à un particulier, à une entreprise ou à une organisation identifiables les détails obtenus dans un relevé qui les concerne exclusivement. [Non souligné dans l'original.]

[35] Toutefois, cette interdiction de divulgation prescrite par le paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique* est assujettie à certaines exceptions discrétionnaires en vertu du paragraphe 17(2). Dans le présent recours en révision, le demandeur plaide que l'alinéa 17(2)d) lève l'interdiction de divulgation parce que les dossiers de recensement sont des « renseigne-

any statutory or other law”:

17. . . .

(2) The Chief Statistician may, by order, authorize the following information to be disclosed:

. . .

(d) information available to the public under any statutory or other law; [Emphasis added.]

[36] The applicant submits that both paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* and section 35 of the *Constitution Act, 1982* operate to satisfy the exemption requirement that the census records are “information available to the public under any statutory or other law”.

[37] The respondent submits that section 24 of the Access Act is a mandatory prohibition since the disclosure of the census records are “restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II,” which includes section 17 of the *Statistics Act*. The Court does not agree. The restriction in subsection 17(1) of the *Statistics Act* must be read subject to the discretionary exceptions set out in subsection 17(2) of the *Statistics Act*.

[38] The meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* in this case involves a three-step analysis, which logically should be undertaken in the following sequence.

### Issue No. 3:

#### STEP 1

Is section 35 of the *Constitution Act, 1982* “statutory or other law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*?

[39] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* protects Aboriginal and treaty rights that exist already by established land claim agreements or those rights which

ments mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit » :

17. [. . .]

(2) Le statisticien en chef peut, par arrêté, autoriser la révélation des renseignements suivants :

[. . .]

d) les renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit; [Non souligné dans l’original.]

[36] Le demandeur soutient que l’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ainsi que l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont pour effet de satisfaire aux conditions requises pour que s’applique l’exception en faisant des dossiers de recensement des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit ».

[37] Le défendeur prétend que l’article 24 de la *Loi sur l’accès à l’information* équivaut à une interdiction formelle puisque « la communication [des dossiers de recensement] est restreinte en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II », qui inclut l’article 17 de la *Loi sur la statistique*. La Cour n’est pas de cet avis. La restriction du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique* doit être interprétée à la lumière des exceptions discrétionnaires prévues au paragraphe 17(2) de la *Loi sur la statistique*.

[38] Pour saisir le sens de l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique* dans ce cas-ci, il faut procéder à une analyse en trois étapes, qui devrait logiquement être entreprise dans l’ordre suivant.

### Question n° 3 :

#### PREMIÈRE ÉTAPE

L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue-t-il une « loi ou [. . .] autre règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique*?

[39] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les droits ancestraux des peuples autochtones ainsi que les droits issus de traités qui existent déjà en

may be acquired pursuant to such claims to Aboriginal title:

## PART II

## RIGHTS OF THE ABORIGINAL PEOPLES OF CANADA

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired. [Emphasis added.]

[40] In 1997, the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw*, held per Lamer C.J., at paragraph 2 that Aboriginal title was a distinct species of Aboriginal right recognized and affirmed under section 35 of the *Constitution Act, 1982*:

In *Adams*, and in the companion decision in *Côté*, I considered and rejected the proposition that claims to aboriginal rights must also be grounded in an underlying claim to aboriginal title. But I held, nevertheless, that aboriginal title was a distinct species of aboriginal right that was recognized and affirmed by s. 35(1). Since aboriginal title was not being claimed in those earlier appeals, it was unnecessary to say more. This appeal demands, however, that the Court now explore and elucidate the implications of the constitutionalization of aboriginal title. The first is the specific content of aboriginal title, a question which this Court has not yet definitively addressed, either at common law or under s. 35(1). [Emphasis added.]

[41] Then Chief Justice Lamer held, at paragraph 133, that subsection 35(1) does not create Aboriginal rights, rather it accorded constitutional status to those rights which existed in 1982. In paragraph 143, the Chief Justice held that a claim to Aboriginal title must show continuity between present and pre-sovereignty occupation of the territory over which Aboriginal title is

raison d'accords établis sur des revendications territoriales ou les droits qui sont susceptibles d'être acquis par suite d'une revendication du titre aborigène :

## PARTIE II

## DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. [Non souligné dans l'original.]

[40] En 1997, le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada a conclu dans *Delgamuukw*, au paragraphe 2, que le titre aborigène était une espèce distincte de droit ancestral reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

Dans *Adams*, ainsi que dans l'arrêt connexe *Côté*, j'ai examiné et rejeté l'argument voulant qu'une revendication visant des droits ancestraux doive aussi s'appuyer sur une revendication sous-jacente visant un titre aborigène. J'ai néanmoins conclu que le titre aborigène était une espèce distincte de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). Comme aucun titre aborigène n'était revendiqué dans ces pourvois antérieurs, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage. Cependant, dans le cadre du présent pourvoi, la Cour doit examiner et élucider les conséquences de la constitutionnalisation du titre aborigène. La première conséquence a trait au contenu précis du titre aborigène, question à laquelle notre Cour n'a pas encore répondu de manière définitive, tant au regard de la common law que du par. 35(1). [Non souligné dans l'original.]

[41] Le juge en chef Lamer a ensuite conclu au paragraphe 133 de l'arrêt que le paragraphe 35(1) n'a pas créé de droits ancestraux, mais qu'il a plutôt constitutionnalisés ceux qui existaient en 1982. Au paragraphe 143, le juge en chef a affirmé que la revendication d'un titre aborigène doit établir une continuité entre l'occupation actuelle du territoire visé

claimed. (The census records sought in the case at bar are for that purpose.) The Chief Justice held in paragraph 186 that the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct Aboriginal land title negotiations in good faith. It is through such negotiated settlements that the basic purpose of subsection 35(1) will be achieved. The Chief Justice stated that the basic purpose of the negotiations is the:

... reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.” Let us face it, we are all here to stay.

In *Delgamuukw*, the Chief Justice was speaking for himself and two other Judges.

[42] In 2004 Chief Justice McLachlin delivered the unanimous judgment of the Supreme Court of Canada in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511 which set out the legal obligations of the Crown in its dealings with Aboriginal peoples from the assertion of sovereignty to the resolution of their land claims. The Chief Justice held, and I paraphrase except where shown in quotation marks:

1. The “honour of the Crown” means that the Crown must act honourably in its dealings with Aboriginal peoples to achieve “the reconciliation of the pre-existence of Aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.” See paragraph 17 of *Haida*;

2. “The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where the Crown has assumed discretionary control over specific Aboriginal interests, the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty. . . . the duty’s fulfillment requires that the Crown act with reference to the Aboriginal group’s best interests.” See paragraph 18 of *Haida*;

3. Where treaties (and I take this to include land claims which may lead to treaties) are involved, “the honour of the Crown requires negotiations leading to a just settlement of Aboriginal claims”. See paragraph 20 of

par la revendication et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté. (C’est ce que visent les dossiers de recensement dans l’affaire qui nous occupe.) Au paragraphe 186, il a dit que la Couronne a l’obligation morale, sinon légale, d’entamer et de mener de bonne foi des négociations relatives au titre foncier aborigène. C’est au moyen de tels règlements négociés que l’objet fondamental du paragraphe 35(1) pourra être atteint. Le juge en chef a dit que cet objet était de :

[. . .] concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté ». Il faut se rendre à l’évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

Dans l’arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef s’exprimait en son nom et au nom de deux autres juges.

[42] En 2004, la juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada a signé un jugement unanime dans l’affaire *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, dans lequel sont définies les obligations de la Couronne dans ses rapports avec les peuples autochtones, qu’il s’agisse de l’affirmation de sa souveraineté ou du règlement de leurs revendications territoriales. Elle a formulé les conclusions suivantes, que je paraphrase à moins qu’il n’y ait des guillemets :

1. L’« honneur de la Couronne » signifie que la Couronne doit agir honorablement dans ses rapports avec les peuples autochtones afin de parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté ». Voir le paragraphe 17 de *Nation Haïda*.

2. « L’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances. Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l’égard d’intérêts autochtones particuliers, le principe de l’honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire [. . .] pour s’acquitter de son obligation de fiduciaire, la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone. » Voir le paragraphe 18 de *Nation Haïda*.

3. Quand des traités sont en jeu (ce qui inclut selon moi des revendications territoriales susceptibles d’aboutir à un traité), l’« honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des

*Haida*;

4. “It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests”. See paragraph 20 of *Haida*;

5. “Put simply, Canada’s Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.” See paragraph 25 of *Haida*; and

6. The “honour of the Crown requires that the Crown act with good faith”. See paragraph 41 of *Haida*.

[43] Based upon *Haida*, I conclude that the Crown’s duty to act honourably with respect to the Algonquin Bands’ land claim in this case requires that the Crown disclose the census records in its possession which may prove continuity of occupation between present and pre-sovereignty occupation, one of the proofs required for Aboriginal land title.

[44] The Court is also of the view that the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty with respect to these census records being kept by the Crown. This duty requires that the Crown act with reference to the Aboriginal bands’ best interests and disclose these census records which relate to the Aboriginal rights in the territories at stake.

revendications autochtones. » Voir le paragraphe 20 de *Nation Haïda*.

4. « L’article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu’il s’agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d’autres droits et intérêts. » Voir le paragraphe 20 de *Nation Haïda*.

5. « En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l’arrivée des Européens; ils n’ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D’autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l’ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l’honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s’il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts ». Voir le paragraphe 25 de *Nation Haïda*.

6. L’« honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi. » Voir le paragraphe 41 de *Nation Haïda*.

[43] En m’appuyant sur l’arrêt *Nation Haïda*, je conclus que le devoir qu’a la Couronne d’agir honorablement relativement à la revendication territoriale des bandes algonquines dans la présente affaire signifie qu’elle doit divulguer les dossiers de recensement en sa possession qui sont susceptibles de prouver la continuité de l’occupation depuis la période antérieure à l’affirmation de la souveraineté jusqu’à aujourd’hui, l’un des éléments de preuve requis pour établir l’existence du titre foncier aborigène.

[44] La Cour est aussi d’avis que l’honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire par rapport à ces dossiers de recensement conservés par la Couronne. Cette obligation signifie que la Couronne doit agir dans l’intérêt supérieur des bandes autochtones et divulguer les dossiers de recensement qui se rapportent à leurs droits sur les territoires en question.

[45] It is also the Court's view that the honour of the Crown requires good faith negotiations leading to a just settlement of the Aboriginal claims. This duty to negotiate in good faith, which is an implied part of section 35, means that the Crown disclose census records in the possession of the Crown which are relevant to the proof of Aboriginal title.

[46] It would be absurd and wrong if the Crown had the evidence the Aboriginal people required to prove their land claim, but the Government was entitled to suppress it. This would be inconsistent with section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[47] The duty to act honourably, in good faith and as a fiduciary are common-law duties that have now been constitutionalized to the extent that they relate to the Crown's legal obligations under section 35 of the *Constitution Act, 1982* with respect to Aboriginal land claims. Accordingly, section 35 and the aforementioned common-law duties are "statutory or other law" within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

#### Issues No. 4:

##### STEP 2

Is paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* "statutory or other law" within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*?

[48] Paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* exempts census records from the prohibition against disclosure of personal information under subsection 19(1) of the *Access Act*. It is "statutory law".

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

[45] La Cour est également d'avis que l'honneur de la Couronne commande qu'elle tienne des négociations de bonne foi menant à un règlement équitable des revendications autochtones. Cette obligation de négocier de bonne foi, implicite dans l'article 35, signifie que la Couronne doit divulguer les dossiers de recensement qui sont en sa possession et qui sont pertinents pour établir l'existence du titre aborigène.

[46] Si la Couronne avait la preuve dont le peuple autochtone a besoin pour prouver le bien-fondé de sa revendication territoriale, il serait absurde et condamnable que le gouvernement ait le droit de la dissimuler. Cela contreviendrait à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[47] Le devoir d'agir honorablement, de bonne foi et à titre de fiduciaire est un devoir imposé par la common law qui a maintenant été constitutionalisé dans la mesure où il se rapporte aux obligations légales de la Couronne en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* relativement aux revendications territoriales des Autochtones. Par conséquent, l'article 35 et le devoir de common law susmentionné constituent une « loi ou [. . .] autre règle de droit » au sens de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*.

#### Question n° 4 :

##### DEUXIÈME ÉTAPE

L'alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une « loi ou [. . .] autre règle de droit » au sens de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*?

[48] L'alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a pour effet d'exclure les dossiers de recensement des renseignements personnels qu'il est interdit de communiquer en vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il s'agit d'une « loi ».

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21

8. [. . .]

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

...

[...]

(k) to any aboriginal government, association of aboriginal people, Indian band, government institution or part thereof, or to any person acting on behalf of such government, association, band, institution or part thereof, for the purpose of researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada; [Emphasis added.]

k) communication à tout gouvernement autochtone, association d'autochtones, bande d'Indiens, institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ou à leur représentant, en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs; [Non souligné dans l'original.]

[49] The respondent submits that the reference to “statutory law” in paragraph 17(2)(d) [of the *Statistics Act*] cannot mean subsection 19(2) of the Access Act since this is a circular argument, i.e. section 24 of the Access Act refers to section 17 of the *Statistics Act* which refers to subsection 19(2) of the Access Act. (Subsection 19(2) of the Access Act refers to section 8 of the *Privacy Act*. See Appendix A.) While the Court agrees that this is circular, the exemption at paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is obviously “statutory law”, and the intent of Parliament in enacting this law is obvious, namely personal information under the control of a government institution may be disclosed to an Indian band for the purpose of researching or validating a land claim. Accordingly, paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is “statutory law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

[49] Le défendeur soutient que la « loi » à laquelle fait référence l'alinéa 17(2)d) [de la *Loi sur la statistique*] ne peut pas être le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* puisqu'il s'agit d'un argument circulaire : l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information* fait référence à l'article 17 de la *Loi sur la statistique* qui fait référence au paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. (Le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* fait référence à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Voir annexe A.) Bien que la Cour reconnaisse que cela soit circulaire, l'exception prévue à l'alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* relève manifestement de la « loi », et l'intention du législateur en adoptant cette disposition légale est évidente, à savoir permettre que des renseignements personnels relevant d'une institution fédérale puissent être communiqués à une bande indienne en vue de l'établissement des droits de ses membres. Par conséquent, l'alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est une « loi » au sens de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*.

#### Issue No. 5:

##### STEP 3

What is “information available to the public” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*?

[50] The meaning of the phrase “information available to the public” in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* is a question of law to be determined by the Court with the aid of dictionaries. See *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs & Excise*, [1973] F.C. 3 (C.A.), per Jackett C.J., at page 7:

#### Question n° 5 :

##### TROISIÈME ÉTAPE

Que signifie « les renseignements mis à la disposition du public » au sens de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*?

[50] Le sens de l'expression « *information available to the public* » (« les renseignements mis à la disposition du public ») dans la version anglaise de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* est une question de droit que la Cour doit trancher en s'aidant des définitions données par les dictionnaires. Voir *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)*, [1973] C.F. 3 (C.A.), le juge en chef Jackett, à la page 7 :

In legal theory, as I understand the law, the general rule is that a word in a document such as a statute or order in council having the effect of law is to be given its ordinary or popular meaning according to the context and that meaning is a question of law to be determined by the Court with the aid of dictionaries and other legitimate aids to construction. . . .

[51] The respondent submits that the word “available” means accessible as a matter of right or legal certainty. *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed. (Oxford, U.K.: Clarendon Press, 1989) defines “available” as “Capable of being employed with advantage or turned to account; hence, capable of being made use of, at one’s disposal, within one’s reach.”

[52] The respondent submits that the word “public” must be interpreted to denote the public at large, and not some element or subset of the public. *The Oxford English Dictionary*, defines the adjective “public” as, *inter alia*: “1. Of or pertaining to the community as a whole; belonging to, affecting, or concerning the community or nation. . . . Open or available to, used or shared by all members of a community; not restricted to private use.”

[53] With respect, the Court does not agree with the respondent. The definition cited by the respondent relates to the word “public” as an adjective, not as a noun. In the words “available to the public” in the review at bar, the word “public” is a noun. In determining the grammatical and ordinary sense of words used by Canadians, the Court prefers definitions provided in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., (Toronto: Oxford University Press, 2004). The *Canadian Oxford Dictionary* defines the noun “public” as:

1. the community in general, or members of the community.
2. a section of the community having a particular interest or some special connection . . .

The noun “public” thus has three meanings, referring to either the entirety of the community, to members of the community, or to a section of the community sharing a common status or interest. Each of these meanings is sufficient to meet the definition of “public” in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

En droit, le principe général est qu’il y a lieu d’interpréter les textes de lois ou les décrets ayant force de loi, en donnant aux termes leur sens ordinaire et usuel dans le contexte que le sens des mots est une question de droit qui doit être tranchée par la Cour à l’aide de dictionnaires ou d’autres moyens légitimes d’interprétation.

[51] Le défendeur soutient que le mot « *available* » dans le texte anglais de la loi (« mis à la disposition ») implique le droit ou la certitude juridique d’obtenir quelque chose. Selon *The Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford, U.K. : Clarendon Press, 1989), « *available* » signifie : [TRADUCTION] « susceptible d’être employé, utilisé, dont on peut disposer, qui est à portée de main ».

[52] Le défendeur soutient que le mot « *public* » doit être interprété comme signifiant le public en général, pas un élément particulier ou une partie du public. Selon *The Oxford English Dictionary*, l’adjectif « *public* » signifie notamment : [TRADUCTION] « 1. relatif à la collectivité prise dans son ensemble; qui appartient à la collectivité ou à l’État, ou qui en relève [. . .] Qui peut être utilisé ou partagé par tous les membres d’une collectivité, qui n’est pas restreint à un usage privé ».

[53] Avec respect, la Cour n’est pas d’accord avec le défendeur. La définition qu’il cite se rapporte au mot « *public* » pris comme adjectif, pas comme nom. Dans l’expression « *available to the public* », le mot « *public* » est un nom. Pour déterminer le sens grammatical et ordinaire des mots utilisés par les Canadiens, la Cour préfère les définitions que l’on trouve dans le *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Oxford University Press, 2004), où le mot « *public* », comme nom, est défini ainsi :

- [TRADUCTION] 1. la collectivité en général, ou des membres de la collectivité. 2. une partie de la collectivité ayant un intérêt particulier ou quelque chose en commun [. . .]

Le nom « *public* » a donc trois sens, et désigne soit l’ensemble de la collectivité, certains membres de la collectivité ou une partie de la collectivité dont les membres ont une situation ou des intérêts en commun. Chacun de ces sens est suffisant pour définir le mot « *public* » à l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*.

[54] The *Canadian Oxford Dictionary* defines the adjective “available” as:

1. capable of being used; at one’s disposal; obtainable.

Accordingly, the words “information available to the public” denote records capable of being obtained by the entire general public, or by members or sections thereof. To be capable of obtaining a given record, the member of the public must have a right of access.

[55] In the alternative that the meaning of “available to the public” was equivocal, ambiguous or unclear, in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2005] 1 S.C.R. 667, the Supreme Court of Canada, *per* Binnie J. held, at paragraph 80 that the appropriate approach to statutory interpretation is to read the words of a statute in their entire context, liberally construed, and in their ordinary sense in accordance with the intention of Parliament:

the “presumption” suggested by Lord Hatherley 135 years ago is out of step with modern principles of statutory interpretation accepted in Canada, as set out in Driedger’s *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [p. 87]

This approach was recently affirmed in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, and *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, and is reinforced by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment “is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”. Such interpretative principles apply with special force in the application of human rights laws. [Emphasis added.]

[56] The information in the census records requested by the Algonquin Bands is exactly the type of information which Parliament intended under the *Privacy Act* may be disclosed to an Aboriginal people or Indian band. Similarly, it is exactly the type of

[54] Le *Canadian Oxford Dictionary* définit l’adjectif « *available* » comme suit :

[TRADUCTION] 1. susceptible d’être utilisé; mis à la disposition de quelqu’un; pouvant être obtenu.

Par conséquent, l’expression « *information available to the public* » s’applique à des dossiers pouvant être obtenus par le public en général, ou par des membres ou des parties du public. Pour être en mesure d’obtenir un dossier en particulier, les membres du public doivent avoir un droit d’accès.

[55] Dans l’hypothèse où le sens de l’expression « *available to the public* » serait équivoque, ambigu ou imprécis, le juge Binnie de la Cour suprême du Canada a affirmé dans l’arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 80, que la façon appropriée d’interpréter les lois consiste à lire les termes d’une loi dans leur contexte global, interprétés dans leur sens large et en suivant le sens ordinaire conformément à l’intention du législateur :

[...] la « présomption » évoquée par lord Hatherley, il y a 135 ans, va à l’encontre des principes contemporains d’interprétation des lois reconnus au Canada, tel que Driedger les décrit dans *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. [p. 87]

Cette approche a récemment été confirmée dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, et dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33. De plus, elle est renforcée par l’art. 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui prévoit que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». Ces principes d’interprétation s’appliquent avec une rigueur particulière dans le cadre de l’application des lois relatives aux droits de la personne. [Non souligné dans l’original.]

[56] Les renseignements qui se trouvent dans les dossiers de recensement demandés par les bandes algonquines sont exactement du même type que ceux dont le législateur voulait permettre la divulgation à une population autochtone ou à une bande indienne en vertu

information which the Crown is obliged to provide an Aboriginal people or Indian band under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Applying the modern approach to statutory interpretation, the words “available to the public” should be liberally construed and interpreted to mean a member of the public, and not only the public as a whole.

[57] Further in the alternative that the meaning of “available to the public” was unclear, the respondent would not have met his burden of proof under section 48 of the Access Act in that I am not satisfied on the balance of probabilities that the respondent’s interpretation of “available to the public” was correct. On this basis, I would allow this application.

#### Conclusion with Respect to Issues 3, 4, and 5

[58] In conclusion, the correct statutory interpretation in the review at bar is that paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* is engaged because a member of the public, i.e. the Algonquin Bands, has a right of access to the information by statute or other law, namely section 35 of the *Constitution Act, 1982*, the common-law duties referred to in paragraph 46, and paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*. I note that only one statute or common-law duty is sufficient to satisfy the requirement of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

#### Issue No. 6:

In the alternative that the respondent was prohibited from disclosing census records pursuant to section 17 of the *Statistics Act*, what would be the effect of section 52 of the *Constitution Act, 1982*?

[59] Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that any law that is inconsistent with the Constitution of Canada is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect:

de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. De même, c’est exactement le type d’information que la Couronne est tenue de communiquer à une population autochtone ou à une bande indienne en vertu de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si on adopte les principes contemporains d’interprétation des lois, les mots « *available to the public* » doivent être interprétés dans leur sens large, dans le sens d’un membre du public et non du public dans son ensemble.

[57] Toujours dans l’hypothèse où le sens des mots « *available to the public* » ne serait pas clair, le défendeur ne se serait quand même pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe en vertu de l’article 48 de la *Loi sur l’accès à l’information*, parce que je ne suis pas convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que son interprétation de l’expression était correcte. Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir la demande.

#### Conclusion relativement aux questions n<sup>os</sup> 3, 4 et 5

[58] En conclusion, l’interprétation correcte de la loi dans la présente affaire est que l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* s’applique parce qu’un membre du public, c’est-à-dire les bandes algonquines, a un droit d’accès en raison d’une loi ou d’une autre règle de droit, soit l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des obligations de common law mentionnées au paragraphe 46, et en raison de l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Je fais remarquer qu’une seule loi ou obligation de common law suffit à satisfaire aux exigences de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*.

#### Question n<sup>o</sup> 6 :

Dans l’hypothèse où il serait interdit au défendeur de divulguer les dossiers de recensement, en application de l’article 17 de la *Loi sur la statistique*, quel serait l’effet de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

[59] Selon le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution du Canada rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit :

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[60] The Crown has an obligation independent of the Access Act to provide the Algonquin Bands with those parts of the census records required to prove their land title claim. This obligation has been constitutionalized in section 35 of the *Constitution Act, 1982*. In accordance with section 52 of the *Constitution Act, 1982* and to the extent that section 17 of the *Statistics Act* is inconsistent, section 17 is of no force or effect unless it can be justified.

[61] In *R v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at paragraphs 59-62 the Supreme Court of Canada held that legislation can restrict Aboriginal constitutional rights, but the Courts demand justification for such government regulation. Therefore, if section 17 of the *Statistics Act* prohibits the disclosure of the census records in this case, it is not automatically of no force or effect by the operation of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. This legislation is valid if it meets the test for justifying an interference with the Aboriginal right under subsection 35(1).

[62] In the case at bar, the Court concludes that section 17 does not meet the test for justifying an interference with the right of the Aboriginal peoples to obtain their own census records necessary to prove their land title claims. It would be absurd if the Crown, which has the obligation to assist Aboriginal peoples with respect to their land claims, could suppress the evidence necessary for the proof of these land claims. The respondent has not offered any justification for overriding this constitutional right. While the confidentiality of census records are necessary to ensure full and frank responses to enumerators, the census records sought are more than 60 years old, and can be disclosed subject to a confidentiality undertaking referred to herein. Recent census records are not being

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[60] Indépendamment de la *Loi sur l'accès à l'information*, la Couronne a l'obligation de fournir aux bandes algonquines les dossiers de recensement qui sont nécessaires pour prouver le bien-fondé de leur revendication territoriale. Cette obligation a été constitutionnalisée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Conformément à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'article 17 de la *Loi sur la statistique*, dans la mesure où il est incompatible, est inopérant à moins qu'il soit possible d'en établir le bien-fondé.

[61] Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux paragraphes 59 à 62, la Cour suprême du Canada a statué qu'un texte de loi pouvait restreindre les droits constitutionnels des Autochtones, mais que les tribunaux exigeaient qu'une telle intervention gouvernementale soit justifiée. Par conséquent, si l'article 17 de la *Loi sur la statistique* interdit la divulgation des dossiers de recensement dans la présente affaire, il n'est pas automatiquement inopérant en raison de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il sera valide s'il satisfait au critère applicable permettant de justifier une atteinte au droit autochtone reconnu au sens du paragraphe 35(1).

[62] Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour conclut que l'article 17 ne satisfait pas au critère applicable permettant de justifier une atteinte au droit des peuples autochtones d'obtenir leurs propres dossiers de recensement nécessaires à l'établissement du bien-fondé de leurs revendications territoriales. Il serait absurde que la Couronne, qui a l'obligation de venir en aide aux peuples autochtones en ce qui a trait à leurs revendications territoriales, puisse dissimuler la preuve nécessaire à l'établissement de leur bien-fondé. Le défendeur n'a offert aucune justification pour déroger à ce droit constitutionnel. Bien que la confidentialité des dossiers de recensement soit nécessaire pour garantir que les réponses données aux recenseurs soient complètes et sincères, les dossiers de recensement

sought or disclosed, nor are they necessary, because the Band Lists which began in 1950 provide the evidence necessary for a land claim. Accordingly, the disclosure of the census records for 1941 and earlier will not deter full and frank census records in the future.

#### Remedy

[63] In the review at bar, the Chief Statistician erred in law with respect to:

- i. section 35 of the *Constitution Act, 1982*,
- ii. the common-law obligations of the Crown to disclose the information to the Algonquin Bands with respect to their land claim; and
- iii. paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*.

Since the decision under review was based on errors of law, it should be set aside and referred back to the Chief Statistician with directions to consider the access request under paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* in accordance with these reasons for order, and with a direction that the census records for 1921, 1931 and 1941 can be disclosed to Dr. James Morrison on behalf of the Algonquin Bands upon his undertaking that he will keep confidential the personal information in the census records with respect to non-Aboriginal persons. The 1911 census records have been made public so the right to access their disclosure is moot.

[64] Both parties advised the Court that they are not seeking costs in this case. Accordingly, the Court will make no order as to costs.

demandés ont plus de 60 ans, et ils peuvent être dévoilés sous réserve de l'engagement de confidentialité mentionné plus haut. Ce ne sont pas des dossiers de recensement récents qui sont demandés ou divulgués, et ceux-ci ne sont pas nécessaires parce que les listes de bande qu'on a commencé à dresser en 1950 fournissent la preuve requise pour la revendication territoriale. Par conséquent, la divulgation des dossiers de recensement de 1941 et des années antérieures n'aura pas pour effet d'empêcher la confection de dossiers de recensement complets et honnêtes à l'avenir.

#### La mesure corrective

[63] Dans la présente affaire, le statisticien en chef a commis des erreurs de droit touchant :

- i. l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,
- ii. l'obligation qu'a la Couronne en common law de divulguer aux bandes algonquines l'information utile à leur revendication territoriale;
- iii. l'alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Puisque la décision contestée était entachée d'erreurs de droit, elle doit être annulée et renvoyée au statisticien en chef, qui devra considérer la demande de communication en cause au regard de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*, conformément aux présents motifs et suivre la directive portant que les dossiers de recensement de 1921, 1931 et 1941 peuvent être communiqués à M. James Morrison au nom des bandes algonquines sous réserve de son engagement à préserver la confidentialité des renseignements personnels se trouvant dans les dossiers de recensement concernant des personnes non autochtones. Puisque les dossiers de recensement de 1911 ont été rendus publics, la question du droit d'accès ou de leur divulgation est sans objet.

[64] Les deux parties ont avisé la Cour qu'elles ne demandent pas l'adjudication des dépens dans la présente affaire. Il n'y aura donc pas d'ordonnance sur les dépens.

## APPENDIX A

## ANNEXE A

1. *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

...

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

(b) the information is publicly available; or

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

...

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

...

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under

1. *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[...]

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où :

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[...]

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

[...]

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou

subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

**42.** (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44.

...

**48.** In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

**49.** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

## SCHEDULE II

(Section 24)

*Statistics Act*, section 17

[Emphasis added]

...

2. *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (assented to July 1, 1983)

après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

**42.** (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour :

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44.

[...]

**48.** Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

**49.** La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

## ANNEXE II

(article 24)

*Loi sur la statistique*, article 17

[Non souligné dans l'original]

[...]

2. *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (sanctionnée le 1<sup>er</sup> juillet 1983)

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

. . .

(k) to any aboriginal government, association of aboriginal people, Indian band, government institution or part thereof, or to any person acting on behalf of such government, association, band, institution or part thereof, for the purpose of researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada; [Emphasis added.]

### 3. *Statistics Act*, R.S.C., 1985, c. S-19

#### SECURITY

17. (1) Except for the purpose of communicating information in accordance with any conditions of an agreement made under section 11 or 12 and except for the purposes of a prosecution under this Act but subject to this section,

(a) no person, other than a person employed or deemed to be employed under this Act, and sworn under section 6, shall be permitted to examine any identifiable individual return made for the purposes of this Act; and

(b) no person who has been sworn under section 6 shall disclose or knowingly cause to be disclosed, by any means, any information obtained under this Act in such a manner that it is possible from the disclosure to relate the particulars obtained from any individual return to any identifiable individual person, business or organization.

(2) The Chief Statistician may, by order, authorize the following information to be disclosed:

(a) information collected by persons, organizations or departments for their own purposes and communicated to Statistics Canada before or after May 1, 1971, but that information when communicated to Statistics Canada shall be subject to the same secrecy requirements to which it was subject when collected and may only be disclosed by Statistics Canada in the manner and to the extent agreed on by the collector thereof and the Chief Statistician;

8. [. . .]

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

[. . .]

(k) communication à tout gouvernement autochtone, association d'autochtones, bande d'Indiens, institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ou à leur représentant, en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs; [Non souligné dans l'original.]

### 3. *Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19

#### SECRET

17. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et sauf pour communiquer des renseignements conformément aux modalités des accords conclus en application des articles 11 ou 12 ou en cas de poursuites engagées en vertu de la présente loi :

(a) nul, si ce n'est une personne employée ou réputée être employée en vertu de la présente loi et qui a été assermentée en vertu de l'article 6, ne peut être autorisé à prendre connaissance d'un relevé fait pour l'application de la présente loi;

(b) aucune personne qui a été assermentée en vertu de l'article 6 ne peut révéler ni sciemment faire révéler, par quelque moyen que ce soit, des renseignements obtenus en vertu de la présente loi de telle manière qu'il soit possible, grâce à ces révélations, de rattacher à un particulier, à une entreprise ou à une organisation identifiables les détails obtenus dans un relevé qui les concerne exclusivement.

(2) Le statisticien en chef peut, par arrêté, autoriser la révélation des renseignements suivants :

(a) les renseignements recueillis par des personnes, des organisations ou des ministères, pour leur propre usage, et communiqués à Statistique Canada avant ou après le 1<sup>er</sup> mai 1971; toutefois, ces renseignements sont assujettis, lorsqu'ils ont été communiqués à Statistique Canada, aux prescriptions concernant le secret auxquelles ils étaient assujettis lorsqu'ils ont été recueillis et ils ne peuvent être révélés par Statistique Canada que de la manière et dans la mesure où en sont convenus ceux qui les ont recueillis et le statisticien en chef;

(b) information relating to a person or organization in respect of which disclosure is consented to in writing by the person or organization concerned;

(c) information relating to a business in respect of which disclosure is consented to in writing by the owner for the time being of the business;

(d) information available to the public under any statutory or other law;

(e) information relating to any hospital, mental institution, library, educational institution, welfare institution or other similar non-commercial institution except particulars arranged in such a manner that it is possible to relate the particulars to any individual patient, inmate or other person in the care of any such institution;

(f) information in the form of an index or list of individual establishments, firms or businesses, showing any, some or all of the following in relation to them:

(i) their names and addresses,

(ii) the telephone numbers at which they may be reached in relation to statistical matters,

(iii) the official language in which they prefer to be addressed in relation to statistical matters,

(iv) the products they produce, manufacture, process, transport, store, purchase or sell, or the services they provide, in the course of their business, or

(v) whether they are within specific ranges of numbers of employees or persons engaged by them or constituting their work force; and

(g) information relating to any carrier or public utility. [Emphasis added.]

4. *An Act to amend the Statistics Act*, S.C. 2005, c. 31 (assented to June 29, 2005)

**1. The *Statistics Act* is amended by adding the following after section 18:**

**18.1** (1) The information contained in the returns of each census of population taken between 1910 and 2005 is no longer subject to sections 17 and 18 ninety-two years after the census is taken.

b) les renseignements ayant trait à une personne ou à une organisation, lorsque cette personne ou organisation donne, par écrit, son consentement à leur révélation;

c) les renseignements ayant trait à une entreprise, lorsque celui qui à ce moment-là en est le propriétaire donne, par écrit, son consentement à leur révélation;

d) les renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit;

e) les renseignements ayant trait à un hôpital, un établissement pour malades mentaux, une bibliothèque, un établissement d'enseignement, un établissement d'assistance sociale ou autre établissement non commercial du même genre, à l'exception des détails présentés de telle façon qu'elle permettrait à n'importe qui de les rattacher à un malade, un pensionnaire ou une autre personne dont s'occupe un tel établissement;

f) les renseignements revêtant la forme d'un index ou d'une liste, relativement à des établissements particuliers, ou des firmes ou entreprises particulières, indiquant l'un ou plusieurs des éléments suivants :

(i) leurs noms et adresses,

(ii) les numéros de téléphone où les joindre relativement à des données statistiques,

(iii) la langue officielle qu'ils préfèrent utiliser relativement à des données statistiques,

(iv) les produits obtenus, manufacturés, fabriqués, préparés, transportés, entreposés, achetés ou vendus par eux, ou les services qu'ils fournissent au cours de leurs activités,

(v) s'ils se rangent dans des catégories déterminées quant au nombre des employés ou des personnes qu'ils engagent ou qui constituent leur main-d'œuvre;

g) les renseignements ayant trait à un transporteur ou à une entreprise d'utilité publique. [Non souligné dans l'original.]

4. *Loi modifiant la Loi sur la statistique*, L.C. 2005, ch. 31 (sanctionnée le 29 juin 2005)

**1. La *Loi sur la statistique* est modifiée par adjonction, après l'article 18, de ce qui suit :**

**18.1** (1) Les articles 17 et 18 cessent de s'appliquer aux renseignements contenus dans les relevés de tout recensement de la population fait entre 1910 et 2005 quatre-vingt-douze ans après la tenue du recensement.

(2) The information contained in the returns of each census of population taken in 2006 or later is no longer subject to sections 17 and 18 ninety-two years after the census is taken, but only if the person to whom the information relates consents, at the time of the census, to the release of the information ninety-two years later.

(3) When sections 17 and 18 cease to apply to information referred to in subsection (1) or (2), the information shall be placed under the care and control of the Library and Archives of Canada.

5. *Constitution Act, 1982*, being Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)

## PART II

### RIGHTS OF THE ABORIGINAL PEOPLES OF CANADA

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

...

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. [Emphasis added.]

(2) La même règle s’applique à l’égard de tout recensement de la population fait en 2006 ou par la suite, mais seulement si la personne visée par les renseignements consent, lors du recensement, à ce que ceux-ci cessent d’être protégés quatre-vingt-douze ans plus tard.

(3) Lorsque les articles 17 et 18 cessent de s’appliquer aux renseignements visés aux paragraphes (1) et (2), ceux-ci sont placés sous la garde et la responsabilité de Bibliothèque et Archives du Canada.

5. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)

## PARTIE II

### DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, “peuples autochtones du Canada” s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

[. . .]

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. [Non souligné dans l’original.]

2006 FC 150  
T-1681-05

2006 CF 150  
T-1681-05

Wappen-Reederei GmbH & Co. K.G., a body politic and corporate of Hamburg, Germany, and Reederei MS Eilbek GmbH & Co. K.G., a body politic and corporate of Hamburg, Germany (*Plaintiffs*)

Wappen-Reederei GmbH & Co. K.G., personne morale de Hambourg (Allemagne), et Reederei MS Eilbek GmbH & Co. K.G., personne morale de Hambourg (Allemagne) (*demandereses*)

v.

c.

M.V. “Hyde Park”, the Owners and All Others Interested in the Vessel M.V. “Hyde Park” (*Defendants*)

Le navire « Hyde Park » et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur ledit navire « Hyde Park » (*défendeurs*)

T-1719-05

T-1719-05

Halcot Shipping Corp. and Halcot Shipping Limited Partnership (*Plaintiffs*)

Halcot Shipping Corp. et Halcot Shipping Limited Partnership (*demandereses*)

v.

c.

Wappen-Reederei GmbH & Co. K.G. and Reederei MS Eilbek GmbH & Co. K.G. and the Vessel “Cast Prosperity” and the Owners and All Others Interested in the Vessel “Cast Prosperity” (*Defendants*)

Wappen-Reederei GmbH & Co. K.G. et Reederei MS Eilbek GmbH & Co. K.G. et le navire « Cast Prosperity » et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur ledit navire « Cast Prosperity » (*défendeurs*)

*INDEXED AS: WAPPEN-REEDEREI GMBH & CO. KG v. HYDE PARK (THE) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : WAPPEN-REEDEREI GMBH & CO. KG c. HYDE PARK (LE) (C.F.)*

Federal Court, Gauthier J.—Ottawa, November 10, 2005 and February 7, 2006

Cour fédérale, juge Gauthier—Ottawa, 10 novembre 2005 et 7 février 2006

*Transportation — Owners of ships involved in collision seeking return of VHF radio recordings, disclosure of bridge recordings — These recordings, found on voyage data recorder (VDR) of one of ships, seized by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) following accident — TSB refusing to release copies of recordings on basis privileged pursuant to Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, s. 28 — Not necessary for recording equipment to be located on bridge, control room of ship for Act, s. 28(1) definition of “on-board recording” to cover bridge recordings — Bridge recordings thus subject to s. 28 privilege — VHF recordings subject to Act, s. 29, but not s. 28 — These recordings could be produced, but their use was limited by Act, s. 29(6) — Motion allowed in part.*

*Transports — Les propriétaires de navires en cause dans un abordage sollicitaient la restitution des enregistrements OM et la communication des enregistrements de la passerelle — Lesdits enregistrements, qui ont été trouvés dans un enregistreur de données de bord (appareil VDR) de l’un des navires, ont été saisis par le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (BST) après l’accident — Le BST a refusé de communiquer des copies de ces enregistrements, soutenant que ceux-ci étaient protégés par un privilège en vertu de l’art. 28 de la Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports — Il n’est pas nécessaire que le matériel d’enregistrement se trouve sur la passerelle ou dans une salle de contrôle du navire pour que la définition de l’expression « enregistrements de bord » énoncée à l’art. 28(1) de la Loi couvre les enregistrements de la passerelle — Les enregistrements de la passerelle étaient donc assujettis au privilège prévu à l’art. 28 — Les*

*Construction of Statutes — Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, ss. 28, 29 — Reference in Act, s. 28(1) to recording made “on the bridge or in a control room” covering bridge recordings even if recording equipment not located on bridge or in control room of ship — Act, s. 29(6), prohibiting use of communication record in legal, disciplinary proceedings, not limited to proceedings against persons listed in s. 29(1).*

*Practice — Discovery — Production of Documents — Owners of vessels involved in collision, bringing motion to obtain on-board recordings seized by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) — TSB refusing to release copy of recordings on basis privileged — Whether bridge recordings relevant to actions, discoverable under Federal Courts Rules, rr. 222, 223 — Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, s. 28(6) allowing disclosure if public interest, administration of justice outweighing importance of privilege attached to bridge recordings — Disclosure not warranted in case at bar.*

Two ships, the *Cast Prosperity* and the *Hyde Park*, collided on the St. Lawrence River. The *Cast Prosperity* was equipped with a voyage data recorder (VDR), or black box, at the time of the incident. A VDR records and stores various ship data, such as voice communications on the bridge of the ship, as well as communications with other ships and shore stations such as the vessel traffic services (VTS). These communications are stored on a separate band and are recorded directly off the VHF radio system. Following the collision of the *Cast Prosperity* with the *Hyde Park*, the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) seized the original and all existing copies of portions of the “on-board recordings”, including the bridge and VHF recordings, and refused to release a copy of those recordings on the basis that they were privileged. The owners and operators of the ships sought, *inter alia*, an order directing the TSB to return the original of the VHF recordings and to provide complete copies of the bridge recordings.

*enregistrements OM étaient assujettis à l’art. 29 de la Loi, mais non à l’art. 28 — Ces enregistrements pouvaient être produits, mais leur utilisation était restreinte par l’art. 29(6) de la Loi — Requête accueillie en partie.*

*Interprétation des lois — Art. 28 et 29 de la Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports — La mention à l’art. 28(1) des enregistrements des conversations reçues « par la passerelle ou toute salle de contrôle » couvre les enregistrements de la passerelle même si le matériel d’enregistrement ne se trouve pas sur la passerelle ou dans une salle de contrôle du navire — L’art. 29(6) de la Loi, qui interdit l’utilisation des enregistrements contrôlé dans les procédures judiciaires ou disciplinaires, ne se limite pas aux procédures intentées contre les personnes mentionnées à l’art. 29(1).*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Les propriétaires de navires en cause dans un abordage ont présenté une requête visant à obtenir la restitution des enregistrements de bord que le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (BST) avait saisis — Le BST a refusé de communiquer une copie des enregistrements au motif qu’ils étaient protégés par un privilège — Il s’agissait de savoir si les enregistrements de la passerelle étaient pertinents quant aux actions et si leur communication pouvait être exigée en application des règles 222 et 223 des Règles des Cours fédérales — L’art. 28(6) de la Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports permet la communication lorsque l’intérêt public dans la bonne administration de la justice l’emporte sur la protection conférée aux enregistrements de la passerelle — La communication n’était pas justifiée en l’espèce.*

Un abordage a eu lieu sur le fleuve Saint-Laurent entre le navire *Cast Prosperity* et le navire *Hyde Park*. Lors de l’incident, le navire *Cast Prosperity* était muni d’un enregistreur de données de bord (appareil VDR), couramment appelé « boîte noire ». L’appareil VDR sert à consigner et à emmagasiner différentes données sur les navires, dont les communications avec d’autres navires et avec des stations littorales comme les services du trafic maritime (STM). Ces communications sont stockées sur une bande distincte et consignées directement à partir du système de radio à ondes métriques (enregistrements OM). Après l’abordage du *Cast Prosperity* avec le *Hyde Park*, le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (BST) a saisi l’original et toutes les copies existantes de certaines parties des « enregistrements de bord », y compris les enregistrements de la passerelle et les enregistrements OM, et a refusé de communiquer une copie de ces enregistrements, soutenant que ceux-ci étaient protégés par un privilège. Les propriétaires et exploitants des navires ont sollicité,

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

The relevant provisions in the case at bar were sections 28 and 29 of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* (TSB Act). Section 28 deals with on-board recordings and section 29 deals with communication records. Both of these sections contain certain prohibitions with respect to the use of these types of information (i.e. subsections 28(7) and 29(6)).

The first issue was whether subsection 28(1) of the TSB Act, which defines the term “on-board recording”, covered any of the recordings seized by the TSB. That subsection refers to a recording as one “that is made . . . on the bridge or in a control room of the ship.” Considering the French and English wording of subsection 28(1), as well as the international context, it could not be said that bridge recordings are not covered by the definition of “on-board recording” simply because not all of the recording equipment is located on the bridge or in a control room of the ship. The bridge recordings at issue here were therefore subject to section 28. The VHF recordings were not subject to section 28 of the TSB Act. The legislator is presumed to have meant something by the addition of the words “made on the bridge or in the control room of the ship” in the definition of “on-board recording” in subsection 28(1). The manner in which a recording is made appears to be the only thing that will determine if a recording is subject to section 28 or 29. The VHF recordings were subject to the regime set out in section 29. That section deals specifically with radio communications with VTS. It does not contain a general privilege preventing a party from communicating, producing or giving evidence about those recordings. However, subsection 29(6) does provide that “[a] communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.” This prohibition applies only to a communication record that relates to a transportation occurrence being investigated under the Act and which was released to an investigator. Having regard to the scheme of the Act and the general context, subsection 29(6) is not limited to legal proceedings instituted against the persons listed in subsection (1), and the underlying actions in the case at bar fell within its ambit. While Parliament focused that prohibition on the purpose for which these records were actually to be used, and the records at issue here could be listed in an affidavit of documents, the use of these records was limited by subsection 29(6).

notamment, une ordonnance enjoignant au BST de leur restituer l’original des enregistrements OM et de leur fournir des copies complètes des enregistrements de la passerelle.

*Jugement* : la requête doit être accueillie en partie.

Les dispositions pertinentes en l’espèce étaient les articles 28 et 29 de la *Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports* (Loi sur le BST). L’article 28 concerne les enregistrements de bord et l’article 29, les enregistrements contrôle. Ces deux dispositions énoncent certaines restrictions au sujet de l’utilisation de ces types d’information (c.-à-d. les paragraphes 28(7) et 29(6)).

La première question était de savoir si le paragraphe 28(1) de la Loi sur le BST, qui définit l’expression « enregistrement de bord », s’appliquait aux enregistrements saisis par le BST. Cette disposition renvoie aux enregistrements des communications orales reçues « par la passerelle ou toute salle de contrôle d’un navire ». Compte tenu du libellé du paragraphe 28(1) en français et en anglais ainsi que du contexte international, il n’y avait pas lieu de dire que les enregistrements de la passerelle ne sont pas visés par la définition de l’expression « enregistrement de bord » pour la simple raison que le matériel d’enregistrement ne se trouve pas en totalité sur la passerelle ou dans une salle de contrôle du navire. En conséquence, les enregistrements de la passerelle en litige étaient assujettis à l’article 28 de la Loi sur le BST, mais non les enregistrements OM. Il faut supposer que le législateur avait une idée précise en tête lorsqu’il a ajouté les mots « effectués à ces endroits » dans la définition de l’expression « enregistrement de bord » au paragraphe 28(1). La façon dont l’enregistrement des communications est effectué semble être le seul élément qui permettra de savoir si l’enregistrement en question est assujéti à l’article 28 ou à l’article 29. Les enregistrements OM étaient assujettis aux règles énoncées à l’article 29, qui porte explicitement sur les communications radio avec les STM et ne crée aucun privilège général empêchant une partie de communiquer ces enregistrements, de les produire ou de témoigner à leur sujet. Cependant, le paragraphe 29(6) énonce ce qui suit : « Dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi ». Cette interdiction s’applique uniquement aux enregistrements contrôle qui concernent un accident de transport faisant l’objet d’une enquête prévue par la Loi et qui ont été communiqués à un enquêteur. Eu égard à l’esprit de la Loi et au contexte général, le paragraphe 29(6) ne se limite pas aux procédures judiciaires intentées contre les personnes mentionnées au paragraphe 29(1); il couvre également les deux actions intentées en l’espèce. Même si le

Anomalies caused by the absence of a provision enabling the Court to balance the interest of administration of justice with the privilege set out in subsection 29(6) can only be dealt with by amendments to the legislation.

The second issue was whether the bridge recordings should be disclosed pursuant to subsection 28(6) of the TSB Act, which provides that “the court may order the production and discovery of the on-board recording” if it concludes that “in the circumstances of the case . . . the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section.” Here, the bridge recordings were of little evidentiary value and as such, their disclosure was not warranted.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183), 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)).
- Canadian Aviation Safety Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-12, ss. 32, 33, 34, 35, 36.
- Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 7 (as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5), 24(3), (4.1) (as am. *idem*, s. 15), 28 (as am. *idem*, s. 17), 29 (as am. by S.C. 1998, c. 10, s. 167; c. 20, s. 18), 30 (as am. *idem*, s. 19), 31, 32 (as am. *idem*, s. 20), 33 (as am. *idem*), 35 (as am. *idem*, s. 22).
- Convention on International Civil Aviation*, December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 222, 223.
- International Convention for the Safety of Life at Sea*, 1974, [1980] Can. T.S. No. 45, c. V.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 287 N.R. 248; 2002 SCC 42.

législateur a fait porter cette interdiction sur l'utilisation à laquelle ces enregistrements étaient effectivement destinés et que les enregistrements en litige pouvaient être mentionnés dans un affidavit de documents, leur utilisation était limitée par le paragraphe 29(6).

Les anomalies causées par l'absence de disposition permettant à la Cour de contrebalancer l'intérêt lié à l'administration de la justice avec la protection énoncée au paragraphe 29(6) ne peuvent être corrigées que par une modification de la loi.

La deuxième question était de savoir si les enregistrements de la passerelle devraient être communiqués conformément au paragraphe 28(6) de la Loi sur le BST, qui énonce que « s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce [. . .] que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par le présent article », le tribunal « en ordonne la production et l'examen ». Les enregistrements de la passerelle avaient une faible valeur probante en l'espèce; par conséquent, leur communication n'était pas justifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer*, [1980] R.T. Can. n° 45, ch. V.
- Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183), 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.
- Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne*, L.R.C. (1985), ch. C-12, art. 32, 33, 34, 35, 36.
- Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3, art. 7 (mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5), 24(3), (4.1) (mod., *idem*, art. 15), 28 (mod., *idem*, art. 17), 29 (mod. par L.C. 1998, ch. 10, art. 167; ch. 20, art. 18), 30 (mod., *idem*, art. 19), 31, 32 (mod., *idem*, art. 20), 33 (mod., *idem*), 35 (mod., *idem*, art. 22).
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 222, 223.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

- Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; (2002) CSC 42.

## REFERRED TO:

*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 SCC 75; *Propair inc. et al. c. Goodrich Corporation*, [2003] J.Q. n° 243 (Sup. Ct) (QL); *Air Inuit (1985) Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1475 (Sup. Ct.); *Chernetz v. Eagle Copters Ltd.* (2003), 335 A.R. 113; [2004] 9 W.W.R. 325; 28 Alta. L.R. (4th) 137; 2003 ABQB 331; *Algoma Central Corp. v. Prestigious (The)* (1994), 74 F.T.R. 145 (F.C.T.D.); *Ultramar Canada Inc. v. Czantoria (The)* (1994), 84 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act Review Commission. *Advancing Safety*. Ottawa: The Commission, 1994.

International Maritime Organization. *Guidelines on Voyage Data Recorder (VDR) Ownership and Recovery*, May 29, 2002, MSC/Circ. 1024.

International Maritime Organization. Resolution A.849(2). "Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents", adopted November 27, 1997.

International Maritime Organization. Resolution A.861(20). "Recommendation on Performance Standards for Shipborne Voyage Date Recorder (VDRs)", adopted November 27, 1997.

International Maritime Organization. Resolution MSC.163(78). "Performance Standards for Shipborne Simplified Voyage Data Recorders (S-VDRs)", adopted May 17, 2004.

"United States Aviation Safety Data: Uses and Issues Related to Sanctions and Confidentiality" (2005), 70 *J. Air L. & Com.* 83.

MOTION for the return and disclosure of recordings seized by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board. Motion allowed in part.

## APPEARANCES:

*Nicholas J. Spillane* for plaintiffs in T-1681-05.

*Gassim Bangoura* and *Peter G. Pamel* for defendants in T-1681-05.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Propair inc. et al. c. Goodrich Corporation*, [2003] J.Q. n° 243 (C.S.) (QL); *Air Inuit (1985) Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1475 (C.S.); *Chernetz v. Eagle Copters Ltd.* (2003), 335 A.R. 113; [2004] 9 W.W.R. 325; 28 Alta. L.R. (4th) 137; 2003 ABQB 331; *Algoma Central Corp. c. Prestigious (Le)* (1994), A.C.F. n° 421 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ultramar Canada Inc. c. Czantoria (Le)*, [1994] A.C.F. n° 1509 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Commission d'examen de la Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports. *Mission sécurité*. Ottawa : La Commission, 1994.

Organisation maritime internationale. *Directives sur la propriété et la récupération des enregistreurs des données du voyage (VDR)* 29 mai 2002, MSC/Circ. 1024.

Organisation maritime internationale. Résolution A.849(20). « Code de l'OMI pour la conduite des enquêtes sur les accidents et les incidents de mer », adoptée le 27 novembre 1997.

Organisation maritime internationale. Résolution A-861(20). « Recommandation sur les normes de fonctionnement des enregistreurs des données du voyage (VDR) de bord » adoptée le 27 novembre 1997.

Organisation maritime internationale. Résolution MSC.163(78). « Normes de fonctionnement des enregistreurs des données de voyage simplifiés (S-VDR) de bord », adoptée le 17 mai 2004.

« United States Aviation Safety Data : Uses and Issues Related to Sanctions and Confidentiality » (2005), 70 *J. Air L. & Com.* 83.

REQUÊTE visant à obtenir la restitution et la communication des enregistrements saisis par le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU :

*Nicholas J. Spillane* pour les demanderessees dans le dossier T-1681-05.

*Gassim Bangoura* et *Peter G. Pamel* pour les défendeurs dans le dossier T-1681-05.

*Martin F. Sheehan* for Transportation Safety Board of Canada.

*Martin F. Sheehan* pour le Bureau de la sécurité des transports du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

*Brisset Bishop s.e.n.c.*, Montréal, for plaintiffs in T-1681-05.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, for defendants in T-1681-05.

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for Transportation Safety Board of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Brisset Bishop s.e.n.c.*, Montréal, pour les demandereses dans le dossier T-1681-05.

*Borden Ladner Gervais s.r.l.*, Montréal, pour les défendeurs dans le dossier T-1681-05.

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L. s.r.l.*, Montréal, pour le Bureau de la sécurité des transports du Canada.

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

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

[1] GAUTHIER J.: On September 26, 2005 the German container vessel *Cast Prosperity* collided with the Liberian chemical tanker *Hyde Park* in the St. Lawrence River.

[1] LA JUGE GAUTHIER : Le 26 septembre 2005, le porte-conteneurs allemand *Cast Prosperity* a abordé le navire *Hyde Park*, un navire libérien transporteur de produits chimiques, sur le fleuve Saint-Laurent.

[2] At the time of the incident, the *Cast Prosperity* was equipped with a voyage data recorder (VDR), commonly referred to as a “black box”, which records and stores various ship data (such as ship’s position, speed, heading, etc.) including voice communications via microphones on the bridge of the ship (bridge recordings). The VDR also records radio communications with other ships and with shore stations such as the vessel traffic services (VTS). These recordings are stored on a separate band and are recorded directly off the VHF radio system (VHF recordings).

[2] Lors de l’incident, le navire *Cast Prosperity* était muni d’un enregistreur de données de bord (appareil VDR), couramment appelé « boîte noire », qui sert à consigner et à emmagasiner différentes données sur les navires (comme la position, la vitesse et le cap du navire), y compris les communications orales par microphone sur la passerelle du navire (enregistrements de la passerelle). L’appareil VDR permet également d’enregistrer les communications radio avec d’autres navires et avec des stations littorales comme les services du trafic maritime (STM). Ces enregistrements sont stockés sur une bande distincte et consignés directement à partir du système de radio à ondes métriques (enregistrements OM).

[3] In the course of its investigation into the collision, the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (TSB) seized the original and all existing copies of portions of what it considers the “on-board recordings”, in particular for the period between 2200 hours and 2300 hours on September 26, 2005. These include the bridge recordings as well as the VHF recordings. The TSB refuses to release a copy of those recordings on the basis that they are privileged.

[3] Au cours de son enquête concernant l’abordage, le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (BST) a saisi l’original et toutes les copies existantes de certaines parties de ce qu’elle considère comme les « enregistrements de bord », notamment pour la période allant de 22 h à 23 h le 26 septembre 2005. Ces enregistrements comprennent les enregistrements de la passerelle et les enregistrements OM. Le BST refuse de communiquer une copie de ces enregistrements, soutenant que ceux-ci sont protégés par un privilège.

[4] The report of the TSB has not yet been issued.

[5] The plaintiffs in T-1681-05 are the owners and operators of the *Cast Prosperity* and they instituted an action against the owners and operators of the *Hyde Park*. Similarly, the owners and operators of the *Hyde Park* instituted an action against the owners and operators of the *Cast Prosperity* in T-1719-05.

[6] The owners and operators of the *Cast Prosperity* filed this motion in both actions to obtain an order:

(i) directing the TSB to return to them the original of the VHF recordings because such recordings do not fall under section 28 [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 17] of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, as amended (the TSB Act);

(ii) directing the TSB to preserve until further ordered by this Court, the original of the bridge recordings they seized and directing the TSB to provide for the parties to the two actions (T-1681-05 and T-1719-05), complete copies of these recordings within five days of the order;

(iii) directing that the said copies shall remain confidential and shall not be disclosed by the parties to anyone other than their respective experts, consultants, insurers and attorneys, or by their experts, consultants, insurers and attorneys to any third party, without the specific permission of the Court;

(iv) directing that none of the recordings shall be filed in the Court record in whole or in part, without the specific permission of the Court.

[7] The owners and operators of the *Hyde Park* filed written submissions in support of the motion. Hereinafter, I will refer collectively to the owners and operators of these two vessels as "the parties".

[4] Le rapport du BST n'a pas encore été publié.

[5] Les demandereses dans l'affaire T-1681-05 sont les propriétaires et exploitants du navire *Cast Prosperity* et elles ont intenté une action contre les propriétaires et exploitants du navire *Hyde Park*. Dans la même veine, les propriétaires et exploitants du *Hyde Park* ont intenté une action contre les propriétaires et exploitants du navire *Cast Prosperity* dans le dossier T-1719-05.

[6] Les propriétaires et exploitants du *Cast Prosperity* ont déposé la présente requête dans les deux actions afin d'obtenir une ordonnance :

i) enjoignant au BST de leur restituer l'original des enregistrements OM, parce que ces enregistrements ne sont pas visés par l'article 28 [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 17] de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3, telle qu'elle a été modifiée (la Loi sur le BST);

ii) enjoignant au BST de préserver, jusqu'à ce que la Cour fédérale rende une autre ordonnance à ce sujet, l'original des enregistrements de la passerelle qu'il a saisi et de fournir aux parties dans les deux actions (T-1681-05 et T-1719-05) des copies complètes de ces enregistrements dans les cinq jours suivant l'ordonnance;

iii) portant que lesdites copies doivent demeurer confidentielles et que les parties ne doivent pas les communiquer à qui que ce soit, sauf à leurs experts, consultants, assureurs et avocats respectifs, et ne peuvent non plus laisser ces personnes les communiquer à une tierce partie, sans l'autorisation expresse de la Cour;

iv) portant qu'aucun des enregistrements ne peut être versé au dossier de la Cour en tout ou en partie, sans l'autorisation expresse de la Cour.

[7] Les propriétaires et exploitants du navire *Hyde Park* ont déposé des observations écrites au soutien de la requête. J'utiliserai ci-après l'expression « les parties » pour désigner collectivement les propriétaires et exploitants des deux navires.

[8] In accordance with section 28 of the TSB Act, notice of the said motion was given to the TSB who filed written representations and presented arguments at the hearing. The TSB's position is that section 28 of the TSB Act applies to all the recordings that were seized by them and that the facts alleged by the parties in support of their request do not establish that public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recordings.

[9] This is the first time that this issue is raised in the context of a marine casualty. The parties agree that there are only a few cases where Canadian courts have been asked for permission to disclose cockpit recordings in the context of an air transportation casualty.

[10] The parties say that the purpose of their motion is simply to insure the preservation of certain evidence and to make it available to the parties in the two above-mentioned actions. They submit that the motion would not seek, were it not contested by the TSB, any substantive determination with respect to that evidence, whether with respect to confidentiality or otherwise. They thus seek costs against the TSB.

## LEGISLATION

[11] The most relevant sections of the TSB Act are sections 28 and 29 [as am. by S.C. 1998, c. 10, s. 167; c. 20, s. 18]. They read as follows:

*Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3

28. (1) In this section, "on-board recording" means the whole or any part of

(a) a recording of voice communications originating from, or received on or in,

(i) the flight deck of an aircraft,

(ii) the bridge or a control room of a ship,

(iii) the cab of a locomotive, or

[8] Conformément à l'article 28 de la Loi sur le BST, un avis de ladite requête a été donné au BST, qui a déposé des observations écrites et a présenté des arguments à l'audience. De l'avis du BST, l'article 28 de la Loi sur le BST s'applique à tous les enregistrements qu'il a saisis et les faits que les parties ont invoqués au soutien de leur requête n'établissent pas que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur la protection conférée aux enregistrements de bord.

[9] C'est la première fois qu'une question de cette nature est soulevée dans le contexte d'un accident maritime. Les parties conviennent qu'il y a peu de cas où l'on a demandé aux tribunaux canadiens l'autorisation de communiquer des enregistrements du poste de pilotage dans le contexte d'un accident aéronautique.

[10] Les parties soutiennent que leur requête a simplement pour but d'assurer la préservation de certains éléments de preuve, de façon qu'elles puissent y avoir accès dans les deux actions susmentionnées. Elles ajoutent que si le BST n'avait pas contesté cette demande, leur requête ne viserait pas à obtenir une décision de fond sur la confidentialité ou d'autres aspects de ces éléments de preuve. C'est pourquoi elles réclament les dépens contre le BST.

## LES DISPOSITIONS LÉGALES

[11] Les dispositions les plus pertinentes de la Loi sur le BST sont les articles 28 et 29 [mod. par L.C. 1998, ch. 10, art. 167; ch. 20, art. 18], dont voici le texte :

*Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3

28. (1) Au présent article, « enregistrement de bord » s'entend de tout ou partie soit des enregistrements des communications orales reçues par le poste de pilotage d'un aéronef, par la passerelle ou toute salle de contrôle d'un navire, par la cabine d'une locomotive ou par la salle de contrôle ou de pompage d'un pipeline, ou en provenant, soit des enregistrements vidéo des activités du personnel assurant le fonctionnement des aéronefs, navire, locomotive ou pipeline, qui sont effectués à ces endroits à l'aide du matériel d'enregistrement auquel le personnel n'a pas accès. Y sont

- (iv) the control room or pumping station of a pipeline, or  
 (b) a video recording of the activities of the operating personnel of an aircraft, ship, locomotive or pipeline

that is made, using recording equipment that is intended to not be controlled by the operating personnel, on the flight deck of the aircraft, on the bridge or in a control room of the ship, in the cab of the locomotive or in a place where pipeline operations are carried out, as the case may be, and includes a transcript or substantial summary of such a recording.

(2) Every on-board recording is privileged and, except as provided by this section, no person, including any person to whom access is provided under this section, shall

- (a) knowingly communicate an on-board recording or permit it to be communicated to any person; or  
 (b) be required to produce an on-board recording or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

(3) Any on-board recording that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

(4) The Board may make such use of any on-board recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsection (5), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion thereof that is unrelated to the causes or contributing factors of the transportation occurrence under investigation or to the identification of safety deficiencies.

(5) The Board shall make available any on-board recording obtained under this Act to

...

- (b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or  
 (c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18.

(6) Notwithstanding anything in this section, where, in any proceedings before a court or coroner, a request for the production and discovery of an on-board recording is made, the court or coroner shall

- (a) cause notice of the request to be given to the Board, if the Board is not a party to the proceedings;

assimilés la transcription ou le résumé substantiel de ces enregistrements.

(2) Les enregistrements de bord sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre de cet article :

- a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;  
 b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(3) Les enregistrements de bord relatifs à un accident de transport faisant l'objet d'une enquête prévue par la présente loi sont mis à la disposition de l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve du paragraphe (5), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n'ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l'accident de transport faisant l'objet de l'enquête ou avec les manquements à la sécurité.

(5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi à la disposition :

[...]

- b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;  
 c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 18.

(6) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, le tribunal ou le coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement de bord examine celui-ci à huis clos et donne au Bureau la possibilité de présenter des observations à ce sujet après lui avoir transmis un avis de la demande, dans le cas où celui-ci n'est pas partie aux

(b) *in camera*, examine the on-board recording and give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto; and

(c) if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section, order the production and discovery of the on-board recording, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the on-board recording.

(7) An on-board recording may not be used against any of the following persons in disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of an officer or employee to perform the officer's or employee's functions, or in legal or other proceedings, namely, air or rail traffic controllers, marine traffic regulators, aircraft, train or ship crew members (including, in the case of ships, masters, officers, pilots and ice advisers), airport vehicle operators, flight service station specialists, persons who relay messages respecting air or rail traffic control, marine traffic regulation or related matters and persons who are directly or indirectly involved in the operation of a pipeline.

(8) For the purposes of subsection (6), "court" includes a person or persons appointed or designated to conduct a public inquiry into a transportation occurrence pursuant to this Act or the *Inquiries Act*.

29. (1) In this section, "communication record" means the whole or any part of any record, recording, copy, transcript or substantial summary of

(a) any type of communications respecting air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters,

(b) any type of communications respecting rail traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, rail traffic controllers, train crew members, maintenance of way employees, signal maintainers, vehicle operators and persons who relay messages respecting rail traffic control or related matters,

(c) any type of communications respecting marine traffic regulation or related matters that take place between any of

procédures. S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par le présent article, le tribunal ou le coroner en ordonne la production et l'examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

(7) Il ne peut être fait usage des enregistrements de bord dans le cadre de procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre contre les contrôleurs de la circulation aérienne, les régulateurs de trafic maritime, les aiguilleurs, le personnel de bord des aéronefs, navires—y compris, dans ce dernier cas, les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou trains, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol, les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou ferroviaire ou du trafic maritime ou aux questions connexes et les personnes qui assurent le fonctionnement des pipelines.

(8) Pour l'application du paragraphe (6), ont pouvoirs et qualité de tribunal les personnes nommées ou désignées pour mener une enquête publique sur un accident de transport conformément à la présente loi ou à la *Loi sur les enquêtes*.

29. (1) Au présent article, « enregistrement contrôlé » s'entend de tout ou partie de l'enregistrement, de la transcription ou d'un résumé appréciable de toute communication :

a) relative au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d'aéronefs, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes;

b) relative au contrôle de la circulation ferroviaire ou aux questions connexes, entre les aiguilleurs, le personnel de bord, les préposés à l'entretien des voies ou de la signalisation, les conducteurs de véhicules ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation ferroviaire ou aux questions connexes;

c) relative au contrôle du trafic maritime ou aux questions connexes, entre les régulateurs du trafic maritime, les

the following persons, namely, marine traffic regulators, persons designated under subsection 58(1) or section 76, 99 or 106 of the *Canada Marine Act*, ship crew members (including masters, officers, pilots and ice advisers), and staff of Coast Guard radio stations, rescue coordination centres and subcentres and harbour master offices;

(d) any type of communications respecting maritime distress, maritime safety or related matters

(i) that take place between any of the following persons, namely, Coast Guard radio station operators, ship crew members (including masters, officers, pilots and ice advisers), and staff of vessel traffic services centres, persons designated under subsection 58(1) or section 76, 99 or 106 of the *Canada Marine Act*, rescue coordination centres and subcentres, harbour master offices and ship agents' offices, or

(ii) that take place between any person on shore and a ship via a Coast Guard radio station, or

(e) any type of communication respecting the operation of a pipeline that takes place between persons who are control room personnel, pumping station personnel, operating personnel or members of a maintenance crew or an emergency response crew.

(6) A communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

[12] The earlier versions of sections 28 and 29 of the TSB Act are in Annex 1.

## ISSUES

(i) Does section 28 apply to the VHF recordings or the bridge recordings as these recordings were not made using equipment that is on the bridge or in the control room of the ship?

(ii) Should the Court use its discretion under subsection 28(6) to order the production and discovery of any portion of the recordings seized by the TSB?

[13] I do not believe that it is necessary at this stage to determine the other issues raised by the TSB and the

personnes désignées en vertu du paragraphe 58(1) ou des articles 76, 99 ou 106 de la *Loi maritime du Canada*, les équipages—y compris les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou le personnel des stations radio de la garde côtière, des centres et sous-centres de coordination du sauvetage ou des bureaux de capitaine de port;

d) relative à la détresse ou à la sécurité en mer ou aux questions connexes, entre soit les opérateurs de station radio de la garde côtière, les personnes désignées en vertu du paragraphe 58(1) ou des articles 76, 99 ou 106 de la *Loi maritime du Canada*, les équipages—y compris les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou le personnel des centres de services de trafic maritime, des centres et sous-centres de coordination du sauvetage ou des bureaux de capitaine de port ou d'agent maritime, soit une personne sur la côte et un navire par l'intermédiaire d'une station radio de la garde côtière;

e) relative au fonctionnement des pipelines, entre le personnel de la salle de contrôle ou de pompage et les personnes qui assurent le fonctionnement ou l'entretien de ceux-ci ou les interventions d'urgence.

(6) Dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôlés obtenus en application de la présente loi.

[12] Les versions précédentes des articles 28 et 29 de la Loi sur le BST se trouvent à l'annexe 1.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

i) L'article 28 s'applique-t-il aux enregistrements OM ou aux enregistrements de la passerelle, étant donné que ces enregistrements n'ont pas été effectués à l'aide de matériel qui se trouve sur la passerelle ou dans la salle de contrôle du navire?

ii) La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire découlant du paragraphe 28(6) pour ordonner la production et l'examen d'une partie des enregistrements saisis par le BST?

[13] Je ne crois pas qu'il soit nécessaire, à ce stade-ci, de trancher les autres questions que le BST et les parties

parties. However, I note that the TSB has argued that the VTS recordings obtained by the parties directly from VTS are also privileged and should not have been communicated to the parties. They should not be used in these proceedings. My comments with respect to the VHF recordings and the application of sections 28 and 29 will certainly bring some light on this further issue.

[14] Also, the parties and the TSB disagree on the proper interpretation to be given to subsection 28(7) of the TSB Act. The TSB says that it applies to any proceedings including proceedings that do not include any of the persons referred to in that section as a party. The parties submit that this subsection should be construed restrictively and applies only to proceedings against such persons. Even though this issue has not been addressed so far by the courts, this case only requires that the Court discuss the interpretation of subsection 29(6).

[15] Finally, at the hearing, the parties also argued that they should be entitled to listen to the recordings with the Court because the TSB Act speaks of an examination *in camera*—à huis-clos. In their view, this expression only permits the exclusion of the public; it does not mean that the Court is entitled to review the evidence in the absence of a party or *ex parte* (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3).

[16] The TSB disagrees and says that it would be contrary to the scheme of the Act and the intention of the legislator to communicate to the parties and their counsel the privileged information before the Court has actually made a ruling authorizing such communication pursuant to subsection 28(6). The TSB submits that this interpretation appears to have been adopted by the courts in the past for, to its knowledge, whenever a court was called upon to review privileged information under subsection 28(6) or 30(5) of the TSB Act (or their predecessors), they examined it alone in their chambers.

ont soulevées. Cependant, je souligne que le BST a fait valoir que les enregistrements des STM que les parties ont obtenus directement de ceux-ci sont également protégés par un privilège et qu'ils n'auraient pas dû leur être communiqués. Les enregistrements ne devraient pas être utilisés dans les présentes instances. Mes commentaires concernant les enregistrements OM et l'application des articles 28 et 29 apporteront certainement des éclaircissements sur cette question supplémentaire.

[14] De plus, les parties et le BST ne s'entendent pas sur l'interprétation à donner au paragraphe 28(7) de la Loi sur le BST. Selon le BST, le paragraphe s'applique à toute procédure, même si aucune des personnes visées par cette disposition n'est partie à cette procédure. Pour leur part, les parties font valoir que cette disposition devrait être interprétée de façon restrictive de manière à s'appliquer uniquement aux procédures engagées contre des personnes visées par la disposition. Même si les tribunaux n'ont pas examiné cette question jusqu'à maintenant, il suffit, pour les besoins de la présente affaire, que la Cour se penche sur l'interprétation du paragraphe 29(6).

[15] Enfin, au cours de l'audience, les parties ont également soutenu qu'elles devraient avoir le droit d'écouter les enregistrements avec la Cour, parce que la Loi sur le BST fait mention d'un examen à huis clos. À leur avis, cette expression permet uniquement l'exclusion du public; elle ne signifie pas que la Cour a le droit d'examiner la preuve en l'absence d'une partie ou *ex parte* (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3).

[16] Le BST n'est pas d'accord et fait valoir que la communication des renseignements protégés aux parties et à leurs avocats avant que la Cour ait autorisé cette communication conformément au paragraphe 28(6) irait à l'encontre de l'économie de la Loi et de l'intention du législateur. De l'avis du BST, les tribunaux semblent avoir adopté cette interprétation dans le passé car, à sa connaissance, chaque fois qu'une cour de justice a été appelée à examiner des renseignements privilégiés en vertu des paragraphes 28(6) ou 30(5) de la Loi sur le BST (ou des dispositions qu'ils ont remplacées), elle l'a fait seule dans son cabinet.

[17] It also appears that this interpretation is consistent with how courts have dealt with other types of privileged information in the context of requests for disclosure (see for example the process set out in sections 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183] and 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5]).

[18] However, at the end of the hearing, the parties advised the Court that it need not decide this point today for they had agreed, for the purpose of this motion only, that the Court could listen to these recordings alone in its chambers.

[19] Before reviewing the aforementioned issues to be decided, it is useful to look at the general context (national and international) and at the objectives of the TSB and the TSB Act.

## BACKGROUND

[20] Prior to June 1989, when the TSB Act was enacted, there was no coordinated independent multimodal accident investigation entity in Canada. Each mode of transportation had its own regime.

[21] When one compares the *Canadian Aviation Safety Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-12 (CASB Act) with the 1989 version of the TSB Act, it becomes evident that the statutory regime in place for the investigation of aviation casualties was the model used for the new multimodal accident investigation Board created by the TSB Act, particularly in respect of protection of information and evidence gathered by the TSB during an investigation.

[22] The TSB Act provided that after 3 years of operation, an independent commission would assess its effect on the safety of transportation in all the modes it covered. This review was completed in January 1994. The report of the Commission entitled “Advancing Safety” is useful because it reviews the historical themes which influenced the design of the TSB and the policy reasons behind many of the provisions that the Court

[17] Il semble également que cette interprétation soit compatible avec la façon dont les cours de justice ont traité d’autres types de renseignements privilégiés dans le contexte des demandes de communication (voir, par exemple, la procédure énoncée aux articles 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183] et 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5]).

[18] Cependant, à la fin de l’audience, les parties ont fait savoir à la Cour qu’elle n’était pas tenue de trancher cette question pour l’instant, car elles avaient convenu, aux fins de la présente requête seulement, que la Cour pourrait écouter ces enregistrements seule dans son cabinet.

[19] Avant d’analyser les questions en litige susmentionnées, il convient d’examiner le contexte général (national et international) ainsi que la mission du BST et l’objet que vise la Loi sur le BST.

## LES FAITS À L’ORIGINE DU LITIGE

[20] Avant la promulgation de la Loi sur le BST en juin 1989, il n’y avait aucun organisme indépendant d’enquête multimodal au Canada. Chaque mode de transport avait son propre régime.

[21] Une comparaison de la *Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne*, L.R.C. (1985), ch. 12 (Loi sur le BCSA), et de la version de 1989 de la Loi sur le BST montre que le régime légal en vigueur à l’égard des enquêtes relatives aux accidents aéronautiques a été le modèle utilisé pour le nouvel organisme d’enquête multimodal créé par la Loi sur le BST, notamment en ce qui concerne la protection des renseignements et de la preuve recueillis par le BST pendant une enquête.

[22] La Loi sur le BST prévoyait que, trois ans après son entrée en vigueur, une commission indépendante évaluerait ses effets sur la sécurité du transport pour tous les modes concernés. Cet examen a pris fin en janvier 1994. Intitulé « Mission sécurité », le rapport de la Commission est utile parce qu’il comporte un résumé des thèmes historiques qui ont influencé la conception du BST ainsi que des raisons politiques sous-jacentes à

now has to construe.

[23] The main objective of the TSB is described at section 7 [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5] of the TSB Act. It is to advance transportation safety in federally regulated elements of the marine, rail, pipeline and air transportation systems by:

(a) conducting independent investigations and when necessary, public inquiries, and to select a transportation occurrence in order to make findings as to their causes and contributing factors;

(b) identifying safety deficiencies as evidenced by transportation occurrences;

(c) making recommendations designed to eliminate or reduce any such safety deficiencies; and

(d) reporting publicly on its investigations and on the findings in relation thereto.

[24] Subsection 7(2) specifies that it is not the TSB's function to assign fault or determine civil or criminal liability.

[25] But, "human failings are often involved, there is tension between the need to get at the truth to avoid future danger and the concern of those involved that they may be held to blame if they reveal facts which point to their own mistakes."<sup>1</sup>

[26] The TSB's investigators are given diverse powers such as the power to compel a person to produce information or to give a statement. They may require a person to submit to a medical examination. They may search and seize anything involved or likely to be involved in a transportation occurrence. They may require a physician or practitioner to provide health information concerning a patient that is relevant to their investigation and they even have the right to require the person having custody of the body of a deceased person

l'adoption de bon nombre des dispositions que la Cour doit interpréter aujourd'hui.

[23] La principale mission du BST est décrite à l'article 7 [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5] de la Loi sur le BST. Elle consiste à promouvoir la sécurité des transports en ce qui a trait aux éléments sous réglementation fédérale des systèmes de transport maritime, ferroviaire et aérien et des systèmes de transport par pipeline :

a) en procédant à des enquêtes indépendantes, y compris des enquêtes publiques au besoin, sur les accidents de transport choisis, afin d'en dégager les causes et les facteurs;

b) en constatant les manquements à la sécurité mis en évidence par de tels accidents;

c) en faisant des recommandations sur les moyens d'éliminer ou de réduire ces manquements;

d) en publiant des rapports rendant compte de ses enquêtes et présentant les conclusions qu'il en tire.

[24] Le paragraphe 7(2) précise que le BST n'est pas habilité à attribuer ni à déterminer les responsabilités civiles ou pénales.

[25] Cependant, « [c]omme les défaillances humaines jouent souvent un rôle dans les accidents, des tensions naissent inévitablement entre la nécessité d'obtenir toute la vérité pour éviter d'autres accidents et la crainte des parties concernées qu'elles ne soient tenues responsables si elles révèlent des faits relatifs à des erreurs éventuelles de leur part »<sup>1</sup>.

[26] Les enquêteurs du BST sont investis de divers pouvoirs, notamment celui de contraindre une personne à produire des renseignements ou à fournir une déclaration. Ils peuvent contraindre une personne à se soumettre à un examen médical. Ils peuvent perquisitionner en tout lieu susceptible d'être lié à un accident de transport et saisir tout objet connexe. Ils peuvent également exiger d'un médecin ou autre professionnel de la santé des renseignements relatifs à leurs patients qui sont utiles à leurs enquêtes et ont

to permit the performance of an autopsy or a medical examination that may be relevant to the conduct of their investigation.

[27] It is in that context that Parliament has chosen to create a complex set of rules about how the TSB and others can use the information it collects during its investigations. As mentioned in *Advancing Safety* (at page 154), “[m]ost fact-finding bodies, including courts, are content with general rules about the use of information [but] the *CTAISB Act* [TSB Act] is unusual in its detailed and different treatment of various types of information” such as witness statements (section 30 [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 19]), draft reports and representations of interested parties (subsections 24(3) and 24(4.1) [as am. *idem*, s. 15]), on-board recordings (section 28), communication records (section 29) and reports of transportation occurrences and the identity of the person who reports such occurrences (section 31). The Act also provides that an investigator is not a competent or compellable witness in any proceedings unless the Court ordered it for a special cause (section 32 [as am. *idem*, s. 20]) and that the opinion of a member of the TSB or an investigator is not admissible in evidence in any legal, disciplinary or other proceedings (section 33 [as am. *idem*]).

[28] Although the need to identify safety deficiencies as efficiently as possible was the prime public interest motivating the introduction of all such provisions, it appears from pages 156 and 157 of the Commission’s report that “the introduction of cockpit voice recorders was based on what was in effect a social contract between flight crew and their employers and regulators, granting this right was an extraordinary concession which should not go any further.” According to the evidence put before the Commission,<sup>2</sup> “flight crews considered the introduction of technology to record cockpit conversations an extraordinary invasion of workplace privacy, originally they tolerated the introduction of this technology on the understanding that it would be used only to promote safety.”<sup>3</sup>

même le droit de requérir de la personne ayant la garde de cadavres l’autorisation d’effectuer sur ceux-ci les autopsies ou les examens médicaux qui, à leur avis, sont susceptibles d’être utiles à leur enquête.

[27] C’est dans ce contexte que le législateur a choisi de créer un ensemble complexe de règles concernant la façon dont le BST et d’autres peuvent utiliser les renseignements qu’ils recueillent pendant leurs enquêtes. Tel qu’il est mentionné dans le rapport *Mission sécurité* (à la page 169), « [l]a plupart des organismes d’enquête, y compris les tribunaux, se satisfont de règles générales sur l’utilisation des renseignements. La *Loi sur le BCEATST* [La Loi sur le BST] se distingue par le traitement détaillé et différent qu’elle prévoit pour diverses catégories de renseignements », comme les déclarations des témoins (article 30 [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 19]), les projets de rapport et les observations des parties intéressées (paragraphe 24(3) et 24(4.1) [mod., *idem*, art. 15]), les enregistrements de bord (article 28), les enregistrements contrôle (article 29) et les signalements des accidents de transport ainsi que l’identité de la personne qui fait ce signalement (article 31). La Loi prévoit également que l’enquêteur n’est pas un témoin habile à témoigner et contraignable, sauf sur ordonnance du tribunal rendue pour un motif spécial (article 32 [mod., *idem*, art. 20]), et que l’opinion du membre du BST ou de l’enquêteur est inadmissible en preuve dans toute procédure judiciaire, disciplinaire ou autre (article 33 [mod., *idem*]).

[28] Même si le principal intérêt public sous-jacent à l’adoption de toutes ces dispositions était la nécessité de déterminer les manquements à la sécurité de la façon la plus efficace qui soit, il appert de la page 172 du rapport de la Commission que « le recours aux enregistreurs de communications dans le poste de pilotage reposait à l’origine sur ce qui était au fond un contrat social entre les équipages et leurs employeurs et organismes de réglementation, mais [que] l’octroi de ce droit était une concession extraordinaire qu’il ne faudrait surtout pas étendre ». Selon les renseignements dont la Commission a été saisie<sup>2</sup>, « [b]ien que les équipages aient considéré le recours à la technologie pour enregistrer les conversations dans le poste de pilotage comme une atteinte extraordinaire à la protection de la vie privée au travail, ils ont toléré le recours à cette technologie parce

qu'il était entendu qu'elle servirait uniquement à promouvoir la sécurité »<sup>3</sup>.

[29] In his affidavit, Mr. Kinsman says at paragraph 13 that the policy underlying the statutory privilege with respect to on-board recordings is the public interest in insuring that the various protagonists involved in the security of the travelling public are unimpeded in times of crisis by the threat that their actions or words could be used against them. This appears somewhat different than what is reflected in the Commission's report and some of the decisions dealing with this issue.<sup>4</sup> Mr. Kinsman does not indicate on what basis he came to that conclusion. He further indicates that the TSB is of the view that the privilege is necessary to encourage frank communications between marine traffic regulators and various crew members in times of crisis. Again, there is no indication as to the basis on which the TSB came to that conclusion and this view is contested by the parties based on the fact that VTS recordings have been used consistently in shipping cases and are known not to be confidential by all those involved in the industry. The parties say that those on board any ship within appropriate distance of the sending or receiving stations are able to listen to those communications, which are made over public frequencies such as channels 8 and 13.<sup>5</sup>

[30] The Commission found that the wording adopted in 1989 led to "a maze of overlapping rules riddled with exceptions."<sup>6</sup> It recommended various changes to simplify and clarify these issues but in 1998 only minor amendments were made to section 28 while subsections 29(2)-(5) were completely deleted (see Annex 1).

[31] When the TSB Act was adopted in 1989, on-board recordings were made mainly, if not only, in the cockpit of aircrafts.<sup>7</sup>

[29] Au paragraphe 13 de son affidavit, M. Kinsman explique que la politique sous-jacente au privilège d'origine légale relatif aux enregistrements de bord réside dans l'intérêt public lié à la nécessité de veiller à ce que les différents intervenants chargés d'assurer la sécurité du public voyageur ne soient pas entravés, en temps de crise, par le risque que leurs paroles ou leur conduite soient utilisées contre eux. Cet intérêt semble un tant soit peu différent de celui qui est expliqué dans le rapport de la Commission et dans certaines décisions portant sur cette question<sup>4</sup>. M. Kinsman ne mentionne pas les raisons pour lesquelles il en est arrivé à cette conclusion. Il ajoute que le BST estime que le privilège est nécessaire afin d'encourager les communications ouvertes entre les organismes chargés de réglementer le trafic maritime et les différents membres d'équipage en temps de crise. Encore là, aucune explication n'est donnée à l'appui de cette conclusion du BST et les parties contestent cette opinion, parce que les enregistrements des STM sont régulièrement utilisés dans les litiges en matière de navigation et tous les intervenants de l'industrie savent que ces enregistrements ne sont pas confidentiels. Selon les parties, les personnes qui se trouvent à bord de n'importe quel navire suffisamment rapproché des stations émettrices ou réceptrices peuvent écouter ces communications, qui sont faites sur des fréquences publiques comme les postes 8 et 13<sup>5</sup>.

[30] Estimant que les dispositions légales adoptées en 1989 étaient « un labyrinthe de règles qui se chevauchent et sont truffées d'exceptions »<sup>6</sup>, la Commission a recommandé des changements visant à simplifier et à clarifier ces aspects. Cependant, en 1998, seules des modifications mineures ont été apportées à l'article 28, tandis que les paragraphes 29(2) à (5) ont été abrogés en entier (voir l'annexe 1).

[31] Lorsque la Loi sur le BST a été adoptée en 1989, les enregistrements de bord étaient effectués principalement, sinon exclusivement, dans le poste de pilotage des aéronefs<sup>7</sup>.

[32] Although the National Transportation Safety Board of the United States recommended to the American Coast Guard as early as 1976 the installation of black boxes on board ocean-going tankships and container ships, it is only in 1997 that the International Maritime Organization (IMO) adopted its resolution A. 861(20) setting out performance standards for ship-born voyage data recorders. By that time, it was felt that the level of technological sophistication of modern ships was such that Chapter V of the *International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974*, [[1980] Can. T.S. No. 45] (SOLAS) could be modified to provide for the mandatory installation of VDRs on board certain types of vessels as of July 1, 2002.

[33] That performance standard describes the purpose of VDRs as follows:

The purpose of a voyage data recorder (VDR) is to maintain a store, in a secure and retrievable form, of information concerning the position, movement, physical status, command and control of a vessel over the period leading up to and following an incident having an impact thereon. Information contained in a VDR should be made available to both the Administration and the shipowner. This information is for use during subsequent investigation to identify the cause(s) of the incident.

[34] Resolution MSC.163(78) adopted on May 17, 2004 sets out a performance standard for ship-born simplified voyage data recorders (S-VDRs). This simplified version must be installed by 2008 on all existing vessels including those constructed before 2002. The stated purpose of those S-VDRs is identical to the purpose of VDRs set out in the performance standard for VDRs.

[35] In addition to these performance standards, the Assembly of the IMO adopted a Code for the investigation of marine casualties and incidents (Resolution A.849(20)) on November 27, 1997.<sup>8</sup>

[36] Like the TSB Act, the Code spells out that it is not the purpose of such investigations to determine liability or to blame a person. At article 10, it deals with

[32] Bien que le National Transportation Safety Board (Commission nationale de la sécurité des transports) des États-Unis ait recommandé à la garde côtière américaine, dès 1976, l'installation de boîtes noires à bord des navires-citernes et des porte-conteneurs de haute mer, ce n'est qu'en 1997 que l'Organisation maritime internationale (OMI) a adopté sa résolution A.861(20) établissant les normes de fonctionnement des enregistreurs de données de bord des navires. Vers cette période, on estimait que les navires modernes avaient atteint un tel degré de perfectionnement technologique qu'il était possible de modifier le chapitre V de la *Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer* [[1980] R.T. Can. n° 45] (Convention SOLAS) afin d'exiger l'installation de VDR à bord de certains types de navires dès le 1<sup>er</sup> juillet 2002.

[33] Dans ces normes, l'objet du VDR est décrit comme suit :

L'enregistreur des données du voyage (VDR) a pour objet de conserver, de manière sûre et sous une forme récupérable, des renseignements concernant la position, le mouvement, l'état physique, la commande et le contrôle d'un navire au cours de la période qui précède et de celle qui suit un événement ayant une incidence sur ces données. Les renseignements mis en mémoire dans un VDR devraient être mis à la disposition de l'Administration et du propriétaire du navire. Ces renseignements sont destinés à être utilisés dans le cadre de toute enquête qui pourrait être effectuée ultérieurement pour déterminer la ou les causes de l'événement.

[34] La résolution MSC.163(78) adoptée le 17 mai 2004 énonce une norme de fonctionnement à l'égard des enregistreurs de données de bord simplifiés des navires (S-VDR). Cette version simplifiée doit être installée d'ici 2008 sur tous les navires existants, y compris ceux qui ont été construits avant 2002. L'objet déclaré de ces S-VDRs simplifié est identique à celui qui est énoncé dans la norme de fonctionnement relative au VDR.

[35] En plus de ces normes de fonctionnement, l'assemblée de l'OMI a adopté un Code pour la conduite des enquêtes sur les accidents et les incidents de mer (Résolution A.849(20)) le 27 novembre 1997<sup>8</sup>.

[36] À l'instar de la Loi sur le BST, le Code énonce que ces enquêtes n'ont pas pour but de déterminer la responsabilité d'une personne ou de la blâmer. À

disclosure of records as follows:

**10.1** The State conducting the investigation of a casualty or incident, wherever it has occurred, should not make the following records, obtained during the conduct of the investigation, available for purposes other than casualty investigation, unless the appropriate authority for the administration of justice in that State determines that their disclosure outweighs any possible adverse domestic and international impact on that or any future investigation, and the State providing the information authorizes its release:

**.1** all statements taken from persons by the investigating authorities in the course of the investigation;

**.2** all communications between persons having been involved in the operation of the ship;

**.3** medical or private information regarding persons involved in the casualty or incident;

**.4** opinions expressed during the conduct of the investigation.

**10.2** These records should be included in the final report, or its appendices, only when pertinent to the analysis of the casualty or incident. Parts of the record not pertinent, and not included in the final report, should not be disclosed. [Underlining added.]

[37] Section 10.1 is similar to the wording of section 5.12 of Annex 13<sup>9</sup> of the *Convention on International Civil Aviation* [December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36], except that it does not include a provision like subparagraph (d) of section 5.12 which deals with cockpit voice recordings and transcripts from such recordings.

[38] Section 10.2 of the Code reproduces word for word section 5.12.1 of the said Annex 13 mentioned above.

[39] Finally, the IMO issued its circular MSC/CIRC./1024, dated May 29, 2002 entitled "Guidelines on voyage data recorder (VDR) ownership and recovery", the most relevant portions of which read as follows:

#### **Ownership of VDR information**

1. The ship owner will, in all circumstances and at all times, own the VDR and its information. However, in the event of an

l'article 10, il énonce ce qui suit au sujet de la communication des documents :

**10.1** L'État qui mène l'enquête sur un accident ou un incident, quel que soit le lieu où celui-ci s'est produit, ne devrait communiquer aucun des éléments ci-après, recueillis au cours de l'enquête, à d'autres fins que l'enquête sur l'accident, à moins que l'autorité chargée de l'administration de la justice dans ledit État ne détermine que leur divulgation importe plus que les incidences négatives éventuelles, aux niveaux national et international, sur l'enquête ou sur toute enquête ultérieure et que l'État ayant fourni cette information n'autorise leur divulgation :

**.1** toutes les déclarations obtenues de personnes par les services d'enquête au cours de l'enquête;

**.2** toutes les communications entre personnes qui ont participé à l'exploitation du navire;

**.3** les renseignements d'ordre médical ou privé concernant les personnes mises en cause dans l'accident ou l'incident;

**.4** les opinions exprimées au cours de l'enquête.

**10.2** Ces éléments ne devraient être inclus dans le rapport final ou dans ses appendices que s'ils sont pertinents à l'analyse de l'accident ou de l'incident. Les parties de ces éléments qui ne sont pas pertinentes et qui ne sont pas incluses dans le rapport final ne devraient pas être divulguées. [Soulignement ajouté.]

[37] L'article 10.1 est semblable à l'article 5.12 de l'annexe 13<sup>9</sup> de la *Convention relative à l'aviation civile internationale* [7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36], sauf qu'il ne comporte aucune disposition semblable à l'alinéa d) de l'article 5.12, qui concerne les enregistrements des conversations dans le poste de pilotage et les transcriptions de ces enregistrements.

[38] L'article 10.2 du Code reproduit mot à mot l'article 5.12.1 de l'annexe 13 susmentionnée.

[39] Enfin, l'OMI a publié sa circulaire MSC/CIRC./1024, datée du 29 mai 2002 et intitulée « Directives sur la propriété et la récupération des enregistrements des données du voyage (VDR) », dont voici les parties les plus pertinentes :

[TRADUCTION]

#### **Propriété des renseignements du VDR**

1 Le VDR et les renseignements qu'il contient appartiennent en toutes circonstances et à tout moment au propriétaire du

accident the following guidelines would apply. The owner of the ship should make available and maintain all the decoding instructions necessary to recover the recorded information.

#### Recovery of VDR and relevant information

2. . . .

1. Recovery of the VDR information should be undertaken as soon as possible after an accident to best preserve the relevant evidence for use by both the investigator and the ship owner.

. . .

#### Custody of VDR information

3. In all circumstances, during the course of an investigation, the investigator should have custody of the original VDR information. . . .

#### Read-out of VDR information

4. In all circumstances, the investigator is responsible to arrange down loading and read-out of the information and should keep the ship owner fully informed. . . .

#### Access to VDR information

5. A copy of VDR information must be provided to the ship owner at an early stage in all circumstances.

6. Further access to the information will be governed by the applicable domestic legislation of the flag State. . . .

7. Any disclosure of VDR information should be in accordance with section 10 of the Code. . . . [My emphasis.]

#### ANALYSIS

[40] In interpreting the TSB Act, the Court must be guided by the principles summarized by Justice Iacobucci in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26-27 as follows:

In Elmer Driedger's definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

navire. Toutefois, en cas d'accident, les Directives suivantes sont applicables. Le propriétaire du navire devrait fournir et conserver toutes les instructions de décodage nécessaires pour récupérer les renseignements enregistrés.

#### Récupération du VDR et des renseignements pertinents

2. [. . .]

1. La récupération des renseignements du VDR devrait être entreprise dès que possible après un accident pour préserver au mieux les éléments de preuve pertinents, qui seront utilisés aussi bien par l'enquêteur que par le propriétaire du navire.

[. . .]

#### Garde des renseignements du VDR

3. En toutes circonstances, au cours d'une enquête, l'enquêteur devrait avoir la garde de l'original des renseignements du VDR, tout comme un enquêteur aurait la garde des autres dossiers ou pièces justificatives en vertu du Code pour la conduite des enquêtes sur les accidents et les incidents de mer.

#### Lecture des renseignements du VDR

4. En toutes circonstances, l'enquêteur est responsable de l'organisation du déchargement et de la lecture des renseignements et il devrait tenir le propriétaire du navire pleinement informé. [. . .]

#### Accès aux renseignements du VDR

5. Une copie des renseignements du VDR doit être fournie au propriétaire du navire à bref délai en toutes circonstances.

6. Tout autre accès aux renseignements sera régi par la législation interne applicable de l'État du pavillon. [. . .]

7. Toute divulgation de renseignements de VDR devrait être conforme à la section 10 du Code [. . .] [Non souligné dans l'original.]

#### ANALYSE

[40] Pour interpréter la Loi sur le BST, la Cour doit tenir compte des principes que le juge Iacobucci a résumés dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27 :

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation across a wide range of interpretive settings: . . . I note as well that, in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like people take their colour from their surroundings". This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger's principle gives rise to what was described in *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 52, as "the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter".

[41] In that context, the Court will also consider the evolution of sections 28 and 29 (Annex 1) and the few elements of the legislative history put forward by the TSB in the affidavit of Mr. Asselin.

[42] Canada signed the SOLAS Convention and the international developments described in the background are part of the larger context that the Court can consider.<sup>10</sup>

(A) Does subsection 28(1) cover any of the recordings seized by the TSB?

[43] The definition found at subsection 28(1) refers to "a recording . . . that is made . . . on the bridge or in a control room of the ship."

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes : [. . .] Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 6, [TRADUCTION] « les mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement ». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l'application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 52, de « principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet ».

[41] Dans ce contexte, la Cour tiendra également compte de l'évolution des articles 28 et 29 (annexe 1) et des quelques éléments de l'historique législatif que le BST a résumés dans l'affidavit de M. Asselin.

[42] Le Canada a signé la Convention SOLAS et les documents internationaux décrits dans les faits à l'origine du litige font partie du contexte général que la Cour peut prendre en compte<sup>10</sup>.

(A) Le paragraphe 28(1) s'applique-t-il à l'un ou l'autre des enregistrements saisis par le BST?

[43] La définition énoncée au paragraphe 28(1) renvoie aux « enregistrements des communications orales reçues [. . .] par la passerelle ou toute salle de contrôle d'un navire [. . .] qui sont effectués à ces endroits ».

[44] There is no dispute that the microphones capturing the voice communications are on the bridge of the *Cast Prosperity*. These microphones are certainly part of the recording equipment referred to in section 28. The fact that the storage of the information captured by the microphones is made in a black box located in a utility room of the vessel cannot take these on-board recordings out of the ambit of the definition.

[45] The only express reference to the recording equipment in that section was added in 1998 to specify that the recording equipment could not be controlled by the operating personnel. There is no doubt here that wherever the black box is on-board the *Cast Prosperity*, it is not controlled by the operating personnel.

[46] Having considered the language of subsection 28(1)(a) in French and in English in the context of the scheme of the Act and as well as the international context, the Court cannot accept the parties' position that the bridge recordings are not covered by the definition of "on-board recording" simply because not all of the recording equipment is located on the bridge or in a control room of the ship.

[47] With respect to the VHF recordings, the situation is quite different.

[48] At paragraph 12 of his affidavit, Mr. Kinsman of the TSB says that the VDR "on the *Cast Prosperity* is an on-board recording and contains communication records as these are defined in the Act." This legal conclusion appears to be based solely on the fact that the VHF recording is "a recording of voice communications originating from, or received on or in, . . . the bridge or a control room of a ship". Mr. Kinsman does not refer to or consider the portion of the definition which is at the heart of the dispute today.

[49] The Court cannot simply focus on what is recorded as opposed to where or how the recording is made. The legislator is presumed to have meant something when he added the words "made . . . on the

[44] Il n'est pas contesté que les microphones qui captent les communications orales se trouvent sur la passerelle du *Cast Prosperity*. Ces microphones font certainement partie du matériel d'enregistrement visé à l'article 28. Le fait que les renseignements captés par les microphones sont stockés dans une boîte noire située dans un local d'entretien du navire ne peut avoir pour effet d'exclure ces enregistrements de bord de la portée de la définition.

[45] La seule mention explicite du matériel d'enregistrement que comporte cette disposition a été ajoutée en 1998 de façon à préciser que le personnel n'a pas accès au matériel d'enregistrement. Dans la présente affaire, il est indéniable que, quel que soit l'endroit où la boîte noire se trouve à bord du *Cast Prosperity*, le personnel n'y a pas accès.

[46] Après avoir examiné le libellé du paragraphe 28(1) en français et en anglais dans le contexte de l'esprit de la Loi et dans le contexte international, la Cour ne peut accepter la position des parties selon laquelle les enregistrements de la passerelle ne sont pas visés par la définition de l'expression « enregistrement de bord » pour la simple raison que le matériel d'enregistrement ne se trouve pas en totalité sur la passerelle ou dans une salle de contrôle du navire.

[47] En ce qui a trait aux enregistrements OM, la situation est bien différente.

[48] Au paragraphe 12 de son affidavit, M. Kinsman, du BST, mentionne que le [TRADUCTION] VDR « à bord du *Cast Prosperity* est un enregistrement de bord et renferme des enregistrements contrôle au sens de la Loi ». Cette conclusion de droit semble fondée uniquement sur le fait que l'enregistrement OM est un enregistrement « des communications orales reçues [. . .] par la passerelle ou toute salle de contrôle d'un navire [. . .], ou en provenant ». M. Kinsman ne renvoie pas à la partie de la définition qui est au cœur du litige aujourd'hui.

[49] La Cour ne peut simplement mettre l'accent sur ce qui est enregistré plutôt que sur l'endroit où l'enregistrement est effectué ou sur la façon dont il est fait. Il faut supposer que le législateur avait une idée

bridge or in the control room of the ship” after stating what content was included at paragraphs 28(1)(a), (b) and (c).

[50] This is particularly important with respect to radio communications with VTS. Indeed, the manner in which the recording of such communications is made appears to be the only thing that will determine if a recording is subject to section 28 or to section 29.<sup>11</sup>

[51] Such a distinction is important since the differences in the protection set out in those two sections are significant.

[52] Section 29 of the TSB Act deals specifically with radio communications with VTS and it does not contain a general privilege preventing a party from communicating those recordings or from producing them or giving evidence about them (*a contrario*, see subsection 28(2)).

[53] Also, subsection 29(6) which prohibits use of a “communication record obtained under this Act”<sup>12</sup> appears to apply only to a communication record that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act and which was released to an investigator for the purpose of the investigation. In effect, this language was the one used in the subsections 29(3), (4) and (5) which were repealed in 1998.<sup>13</sup>

[54] This makes sense when one considers that as submitted by the parties, the communications on the VHF radio are not private or confidential when they are made.<sup>14</sup> These recordings have also been available to ship operators involved in collisions for many years.<sup>15</sup>

[55] But, as mentioned, Parliament has prohibited the use of a communication record obtained under this Act against any person referred to in subsection 29(1) in any legal proceedings or, subject to the applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings. In the present circumstances, it is not clear if this prohibition

précise en tête lorsqu’il a ajouté les mots « effectués à ces endroits » après avoir énoncé les éléments enregistrés au paragraphe 28(1).

[50] Cet aspect est particulièrement important en ce qui concerne les communications radio avec les STM. Effectivement, la façon dont l’enregistrement de ces communications est effectué semble être le seul élément qui permettra de savoir si l’enregistrement en question est assujéti à l’article 28 ou à l’article 29<sup>11</sup>.

[51] Cette distinction est importante, étant donné que la protection prévue par ces deux dispositions est sensiblement différente.

[52] L’article 29 de la Loi sur le BST porte explicitement sur les communications radio avec les STM et ne crée aucun privilège général empêchant une partie de communiquer ces enregistrements, de les produire ou de témoigner à leur sujet (*a contrario*, voir le paragraphe 28(2)).

[53] De plus, le paragraphe 29(6), qui interdit l’utilisation « des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente Loi »<sup>12</sup>, semble s’appliquer uniquement aux enregistrements contrôle qui concernent un accident de transport faisant l’objet d’une enquête prévue par cette Loi et qui ont été communiqués à un enquêteur aux fins de l’enquête. Il s’agit pour l’essentiel du texte utilisé aux paragraphes 29(3), (4) et (5), qui ont été abrogés en 1998<sup>13</sup>.

[54] Cette position est logique, étant donné que, comme les parties le soutiennent, les communications sur la radio OM ne sont pas privées ou confidentielles lorsqu’elles sont faites<sup>14</sup>. Ces enregistrements sont également à la disposition, depuis de nombreuses années, des exploitants de navires en situation d’abordage<sup>15</sup>.

[55] Cependant, tel qu’il est mentionné, le législateur a interdit l’utilisation des enregistrements contrôle obtenus en application de la Loi contre les personnes mentionnées au paragraphe 29(1) dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires.

would apply to the records obtained from VTS for this may not be a record obtained under this Act. But, it would apply to the VHF recordings.

[56] Thus, even if the Court concludes that a copy of the VHF recordings should be returned to the *Cast Prosperity*, their use will be subject to that prohibition.

[57] The Court has carefully considered the arguments<sup>16</sup> put forward by both sides as to the interpretation of “against” and “legal proceedings” with respect to subsection 28(7) for they are also relevant to the construction of subsection 29(6).

[58] This or very similar language is used in French and in English in sections 28-33 of the TSB Act. In many of those sections, it is used in various forms in the subsections. For example, subsection 28(2) refers simply to “any legal, disciplinary or other proceedings,” while subsection 28(6) applies to “any proceedings before a court or coroner” and subsection 28(7) to “disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of an officer or employee to perform the officer’s or employee’s functions, or in legal or other proceedings”.

[59] These provisions must be construed in a consistent and coherent manner.

[60] Having regard to the scheme of the Act and the general context set out in the background, the Court finds that subsection 29(6) is not limited to legal proceedings instituted against the persons listed in subsection 29(1). It would include the two actions instituted by the parties.

[61] But, Parliament did not simply prohibit the use of the communication records in all these proceedings. It focused the prohibition on the purpose for which these records were actually to be used. This is the crucial element.

Dans la présente affaire, il n’est pas certain si cette interdiction s’appliquerait aux enregistrements obtenus des STM, car il ne s’agit peut-être pas d’enregistrements obtenus en application de la Loi. Cependant, l’interdiction s’appliquerait aux enregistrements OM.

[56] Ainsi, même si la Cour arrive à la conclusion qu’une copie des enregistrements OM devrait être restituée au *Cast Prosperity*, l’utilisation de cette copie sera assujettie à cette interdiction.

[57] La Cour a examiné avec soin les arguments<sup>16</sup> invoqués de part et d’autre quant à l’interprétation des mots « contre » et « procédure judiciaire » en ce qui a trait au paragraphe 28(7), car ils sont également pertinents quant à l’interprétation du paragraphe 29(6).

[58] Ces termes ou des termes très semblables sont utilisés en français et en anglais aux articles 28 à 33 de la Loi sur le BST. Dans bon nombre de ces dispositions, ils sont utilisés sous différentes formes dans les paragraphes. Ainsi, le paragraphe 28(2) renvoie simplement à « une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre », tandis que le paragraphe 28(6) s’applique aux « procédures devant lui », c’est-à-dire « le tribunal ou le coroner », et le paragraphe 28(7) renvoie à des « procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d’un agent ou employé relativement à l’exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre ».

[59] Ces dispositions doivent être interprétées de façon logique et cohérente.

[60] Eu égard à l’esprit de la Loi et au contexte général exposé dans le résumé des faits à l’origine du litige, la Cour estime que le paragraphe 29(6) ne se limite pas aux procédures judiciaires intentées contre les personnes mentionnées au paragraphe 29(1). Il s’appliquerait également aux deux actions intentées par les parties.

[61] Cependant, le législateur n’a pas simplement interdit l’utilisation des enregistrements contrôlés dans toutes ces procédures. Il a mis l’accent sur l’utilisation à laquelle ces enregistrements étaient effectivement destinés. C’est là l’élément crucial.

[62] The listing of these records in an affidavit of documents in the present proceedings would not in my view be prohibited.

[63] Because this provision limits the rights of the parties and of the Court to use evidence that may be very relevant without providing for any exception similar to the one set out in subsections 28(6) and 30(5), it must be construed restrictively.

[64] There is little doubt that “use against a person listed in subsection 29(1)” does not mean use against their employers.

[65] But each case will need to be decided on its own facts and at this stage it is not advisable to attempt to further delineate the parameters of the prohibition.

[66] It would certainly be difficult to ascertain if this subsection applies until a party actually attempts to use such recordings. It would be desirable, whenever possible, to leave this determination to the trial judge for, at that stage, the Court would not have to speculate as to possible uses.

[67] Before concluding on this point, the Court notes that the absence of a provision enabling the Court to balance the interest of the administration of justice with the privilege set out in subsection 29(6), can lead to results that may not have been intended by the legislator. For example, it appears that a communication record could not be used to prove that a person listed in subsection 29(1) committed perjury either in a criminal proceeding or in a section 35 [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 22] proceeding or simply during a civil trial. Looking at other sections such as 28 and 30 of the TSB Act, it is doubtful that the legislator intended to give a licence to lie to anybody.

[68] Also, these records could not be used to establish the facts even if all those involved in a casualty were

[62] À mon avis, la mention de ces enregistrements dans un affidavit de documents en l’espèce ne serait pas interdite.

[63] Étant donné que cette disposition restreint les droits des parties et de la Cour d’utiliser des éléments de preuve qui pourraient être très pertinents sans prévoir d’exceptions semblables à celles qui sont énoncées aux paragraphes 28(6) et 30(5), elle doit être interprétée de façon restrictive.

[64] L’interdiction d’utiliser les enregistrements contre les personnes mentionnées au paragraphe 29(1) ne couvre sans doute pas les employeurs de ces personnes.

[65] Cependant, chaque cas doit être tranché en fonction de ses propres faits et il ne convient pas pour l’instant de définir de façon plus précise les limites de l’interdiction.

[66] Il serait certainement difficile de savoir si cette disposition s’applique avant qu’une partie tente effectivement d’utiliser les enregistrements en question. Dans la mesure du possible, il serait souhaitable de laisser au juge de première instance le soin de trancher cette question car, à ce stade, la Cour ne serait pas tenue de faire des suppositions quant aux usages possibles.

[67] Avant de conclure sur ce point, la Cour souligne que l’absence de disposition permettant de contrebalancer l’intérêt lié à l’administration de la justice avec la protection énoncée au paragraphe 29(6) peut donner lieu à des résultats que le législateur n’a peut-être pas voulus. Ainsi, il semble qu’il ne serait pas permis d’utiliser un enregistrement contrôlé pour prouver qu’une personne mentionnée au paragraphe 29(1) s’est parjurée dans une procédure pénale ou dans une procédure visée à l’article 35 [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 22] ou simplement au cours d’une instruction en matière civile. Compte tenu d’autres articles de la Loi sur le BST, comme les articles 28 et 30, il est douteux que le législateur ait voulu permettre à toute personne de mentir.

[68] De plus, il ne serait pas permis d’utiliser ces enregistrements pour établir les faits, même si aucune

unavailable because of death or other good reasons. Did Parliament really believe that a miscarriage of justice was a reasonable price to pay to protect those communications which are not even expected to be private when made over the VHF radio system? Unfortunately, these anomalies can only be dealt with by amendments to the legislation.

[69] That being said, the Court concludes that the bridge recordings are subject to section 28 of the TSB Act but the VHF recordings are not. Those recordings are only subject to the regime set out in section 29 of the TSB Act. There is therefore no need or reason at this stage to make their disclosure the subject of a confidentiality order.

(B) Should the bridge recordings be disclosed to the parties pursuant to subsection 28(6)?

[70] Subsection 28(6) of the TSB Act clearly sets out the test that the Court must apply. It must determine whether “in the circumstances of the case,” public interest and a proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the bridge recordings by virtue of this section.

[71] The parties submit that:

- (i) this statutory privilege is not absolute;
- (ii) the bridge recordings are obviously relevant to their actions and are discoverable under rules 222-223 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)];
- (iii) the bridge recordings constitute the best evidence of events that are crucial to this litigation. Thus, the Court should not apply the same criteria that applies to less reliable evidence such as witness statements.<sup>17</sup>

des personnes concernées dans un accident n’était disponible pour cause de décès ou autre raison valable. Le législateur croyait-il vraiment qu’une erreur judiciaire était un prix raisonnable à payer pour protéger les communications dont personne ne s’attend à ce qu’elles soient privées lorsqu’elles sont faites sur le système radio OM? Malheureusement, ces anomalies ne peuvent être corrigées que par une modification de la loi.

[69] Cela étant dit, la Cour arrive à la conclusion que les enregistrements de la passerelle sont assujettis à l’article 28 de la Loi sur le BST, mais non les enregistrements OM, lesquels sont assujettis uniquement aux règles énoncées à l’article 29 de ladite Loi. En conséquence, il n’est pas nécessaire à ce stade-ci d’assujettir leur communication à une ordonnance de non-divulgence et il n’y a aucune raison de le faire.

B) Les enregistrements de la passerelle devraient-ils être communiqués aux parties conformément au paragraphe 28(6)?

[70] Le paragraphe 28(6) de la Loi sur le BST énonce clairement le critère que la Cour doit appliquer. La Cour doit décider si, « dans les circonstances de l’espèce », l’intérêt public dans la bonne administration de la justice l’emporte sur la protection conférée par cette disposition à l’enregistrement de la passerelle.

[71] Les parties font valoir ce qui suit :

- i) ce privilège d’origine légale n’est pas absolu;
- ii) les enregistrements de la passerelle sont manifestement pertinents quant à leurs actions et leur communication peut être exigée en application des règles 222 et 223 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)];
- iii) Les enregistrements de la passerelle constituent la meilleure preuve d’événements qui sont cruciaux en l’espèce. Par conséquent, la Cour ne devrait pas appliquer les mêmes critères que ceux qui s’appliquent à des éléments de preuve moins fiables, comme les déclarations des témoins<sup>17</sup>.

[72] In my view, relevance only establishes that the administration of justice is in play in the present instance. If the bridge recordings were not relevant, no balancing would be necessary.

[73] Also, the fact that the bridge recordings are discoverable is not relevant to the balancing exercise. The Rules clearly provide for a schedule listing all documents for which privilege is claimed or imposed. This is how a party deals with documents or information protected by another type of statutory privilege or by common-law privilege such as solicitor-client privilege.

[74] As it is the case in respect of other statutory privileges which are subject to a similar balancing exercise, the Court must give appropriate weight to the privilege and avoid routinely allowing disclosure simply because of the probative value normally attached to audio recordings of events. In all cases, the Court must consider among other things:

- (i) the nature and subject-matter of the litigation;
- (ii) the nature and probative value of the evidence in the particular case and how necessary this evidence is for the proper determination of a core issue before the Court;
- (iii) whether there are other ways of getting this information before the Court;
- (iv) the possibility of a miscarriage of justice.

[75] The assertion made by the parties that the information contained in the bridge recordings may be crucial and may not be available from another source that is as reliable are simply not supported by the evidence before the Court. There is also no indication of a possible miscarriage of justice.

[72] À mon avis, la pertinence montre simplement que l'administration de la justice est en jeu en l'espèce. Si les enregistrements de la passerelle n'étaient pas pertinents, aucune appréciation des différents intérêts ne serait nécessaire.

[73] De plus, le fait que la communication des enregistrements de la passerelle peut être exigée lors de l'examen préalable n'est pas pertinent quant à cette appréciation. Les Règles prévoient clairement l'établissement d'une liste de tous les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué ou imposé. C'est de cette façon qu'une partie indique les documents ou renseignements protégés par un autre type de privilège d'origine légale ou par un privilège découlant de la common law, comme le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[74] Comme c'est le cas pour d'autres privilèges d'origine légale qui sont assujettis à une appréciation similaire, la Cour doit soupeser avec soin le privilège et éviter de permettre la communication simplement en raison de la valeur probante que comportent normalement les enregistrements sonores des événements. Dans tous les cas, la Cour doit tenir compte, notamment, de ce qui suit :

- i) la nature et l'objet du litige;
- ii) la nature et la valeur probante des éléments de preuve dans l'affaire sous étude et la mesure dans laquelle la Cour a besoin de ces éléments de preuve pour trancher correctement une question cruciale dont elle est saisie;
- iii) l'existence d'autres moyens de présenter ces renseignements à la Cour;
- iv) la possibilité d'une erreur judiciaire.

[75] Les parties soutiennent que les renseignements contenus dans les enregistrements de la passerelle sont peut-être cruciaux et qu'il ne sera peut-être pas possible de les obtenir d'une autre source aussi fiable, mais ces allégations ne sont tout simplement pas appuyées par la preuve dont la Cour est saisie. De plus, il n'y a pas le moindre indice d'une erreur judiciaire possible.

[76] Because of the poor quality of the bridge recordings and of the fact that many of the conversations on the bridge were carried out in German, the Court requested the TSB to provide it with a transcript and a translation. This has now been received and the Court is satisfied that the bridge recordings and the transcript are of little evidentiary value in this case.

[77] In view of the foregoing, I have concluded that the bridge recordings and the transcript thereof should not be disclosed to the parties.

[78] Turning now to the issue of costs, the Court is satisfied that each side should bear its own costs. This motion has been successful only in part and the TSB was only carrying out the duty imposed on it by Parliament.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

All copies of the VHF recordings in possession of the TSB shall be returned to the owners and operators of the *Cast Prosperity*. The TSB shall be entitled to retain the original as long as same is required for the purpose of its investigation.

<sup>1</sup> Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act review Commission. *Advancing Safety*. Ottawa: The Commission, 1994, at p. XV.

<sup>2</sup> See note 56, at p. 179 of the report *Advancing Safety*.

<sup>3</sup> At para. 16 of his affidavit, Mr. Kinsman specifies that on-board recordings communication records and statements contain personal information protected under the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] and that it is TSB's policy not to release this information unless all persons whose voice has been recorded, consent to the disclosure.

<sup>4</sup> *Propair inc. et al. c. Goodrich Corporation*, [2003] J.Q. n° 243 (Sup. Ct.) and *Air Inuit (1985) Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 1475 (Sup. Ct.).

<sup>5</sup> Para. 3 of Mr. Radman's affidavit dated October 28, 2005.

<sup>6</sup> *Advancing Safety*, Executive Summary, at p. XV.

[76] En raison de la mauvaise qualité des enregistrements de la passerelle et du fait que bon nombre des conversations en question se sont déroulées en allemand, la Cour a demandé au BST de lui fournir une transcription et une traduction. La Cour a reçu maintenant cette transcription et cette traduction et est convaincue que les enregistrements de la passerelle et la transcription ont une faible valeur probante en l'espèce.

[77] Compte tenu de ce qui précède, je suis arrivée à la conclusion que les enregistrements de la passerelle et leur transcription ne devraient pas être communiqués aux parties.

[78] En ce qui a trait aux dépens, la Cour estime que chaque partie devrait supporter ses propres dépens. En effet, chacune des parties n'a eu que partiellement gain de cause relativement à la présente requête et le BST s'est simplement acquitté de la fonction que le législateur lui a imposée.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

Toutes les copies des enregistrements OM se trouvant en la possession du BST doivent être restituées aux propriétaires et exploitants du *Cast Prosperity*. Le BST a le droit de conserver l'original tant qu'il en a besoin aux fins de son enquête.

<sup>1</sup> Commission d'examen de la Loi sur le bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports. *Mission sécurité*. Ottawa : La Commission, 1994, à la p. XV.

<sup>2</sup> Voir la note 56, à la p. 172, du rapport *Mission sécurité*.

<sup>3</sup> Au par. 16 de son affidavit, M. Kinsman précise que les enregistrements de bord, les enregistrements contrôle et les déclarations renferment des renseignements personnels protégés en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] et que le BST a pour politique de ne pas communiquer ces renseignements, sauf avec le consentement de toutes les personnes dont la voix a été enregistrée.

<sup>4</sup> *Propair inc. et al. c. Goodrich Corporation*, [2003] J.Q. n° 243 (C.S.), et *Air Inuit (1985) Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1995] R.J.Q., 1475 (C.S.).

<sup>5</sup> Par. 3 de l'affidavit de M. Radman signé le 28 octobre 2005.

<sup>6</sup> *Mission sécurité*, synopsis, à la p. XV.

<sup>7</sup> Cockpit voice recorders were introduced in the late sixties, see “United States Aviation Safety Data: Uses and Issues Related to Sanctions and Confidentiality (2005), 70 *J. Air L. & Com.* 83, at p. 96.

<sup>8</sup> The Maritime Safety Committee currently works on a draft of International Standards and Recommended Practices in Marine Casualty and Incident Investigation which are generally in line with sections 10.1 and 10.2 of the IMO Code. It also provides at section 10.4: “If a person who is an individual is required by law to provide evidential material that may incriminate them, then the evidential material should, so far as municipal laws allow, be prevented from admission into evidence in civil or criminal proceedings against the individual” (Mr. Asselin’s affidavit, at para. 16 and exhibit D).

<sup>9</sup> The text of these provisions of Annex 13 is reproduced in *Chernetz v. Eagle Copters Ltd.* (2003), 335 A.R. 113 (Q.B.), at para. 24.

<sup>10</sup> Obviously, none of the international rules are binding and the courts must apply express and unambiguous provisions of Canadian statutes even if they appear contrary to Canada’s international obligations. In that respect, it must be noted that the TSB Act was adopted prior to these developments, which were also obviously not considered by the Commission who completed its work in 1994.

<sup>11</sup> S. 28(1)(b) certainly includes conversations with VTS for in addition to the wide language of this paragraph, there is an express reference to persons who relay messages respecting marine traffic regulations in s. 28(7). The bridge recordings include these communications.

<sup>12</sup> This is to be compared with s. 28(2) which applies to every on-board recordings as opposed to ss. 28(3), (4) and (5) that apply only to on-board recordings obtained under this Act.

<sup>13</sup> S.C. 1998, c. 20, s. 18.

<sup>14</sup> As mentioned earlier, the Court is not referring here to interception by unauthorized persons equipped with scanners but to the fact that as mentioned any ship within appropriate distance from a shore station will hear the communications on channel 13, a channel that these other ships must also use to communicate with VTS.

<sup>15</sup> *Algoma Central Corp. v. Prestigious (The)* (1994), 74 F.T.R. 145 (F.C.T.D.); and *Ultramar Canada Inc. v. Czantoria (The)* (1994), 84 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

<sup>16</sup> Letters dated January 18 and 19, 2006.

<sup>17</sup> The gaps in the VTS recordings are no longer relevant as the VHF recordings are now available.

<sup>7</sup> Le recours aux enregistreurs de communications dans les postes de pilotage remonte à la fin des années 1960; voir *United States Aviation Safety Data : Uses and Issues Related to Sanctions and Confidentiality (2005)*, 70 *J. Air L. & Com.* 83, à la p. 96.

<sup>8</sup> Le Comité de la sécurité maritime travaille actuellement à l’élaboration de normes internationales et de pratiques recommandées en matière d’enquêtes sur les accidents et les incidents de mer, qui ressemblent de façon générale aux articles 10.1 et 10.2 du Code de l’OMI. Ce texte comporte également la disposition suivante à l’article 10.4 : [TRADUCTION] « Lorsqu’une personne est tenue par la loi de fournir des éléments de preuve susceptibles de l’incriminer, ces éléments devraient être inadmissibles en preuve dans les poursuites civiles ou pénales engagées contre elle, dans la mesure où les lois locales le permettent » (par. 16 de l’affidavit de M. Asselin et pièce D).

<sup>9</sup> Le texte anglais de ces dispositions de l’annexe 13 est reproduit dans *Chernetz v. Eagle Copters Ltd.* (2003), 335 A.R. 113 (B.R.), au par. 24.

<sup>10</sup> Bien entendu, aucune des règles internationales n’est juridiquement contraignante et les tribunaux doivent appliquer les dispositions claires et explicites des lois canadiennes, même si elles semblent aller à l’encontre des obligations internationales du Canada. À cet égard, il convient de souligner que la Loi sur le BST a été adoptée avant ces documents internationaux, dont la Commission n’a évidemment pas tenu compte, puisqu’elle a terminé ses travaux en 1994.

<sup>11</sup> L’art. 28(1) couvre certainement les conversations avec les STM car, non seulement cette disposition est-elle libellée en termes larges, mais en plus l’art. 28(7) renvoie expressément aux personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle du trafic maritime. Les enregistrements de la passerelle englobent ces communications.

<sup>12</sup> Il convient de comparer cette disposition avec l’art. 28(2), qui s’applique à tous les enregistrements de bord, tandis que les art. 28(3), (4) et (5) s’appliquent uniquement aux enregistrements de bord obtenus en application de la Loi.

<sup>13</sup> L.C. 1998, ch. 20, art. 18.

<sup>14</sup> Tel qu’il est mentionné plus haut, la Cour ne fait pas allusion ici à l’interception par des personnes non autorisées qui sont munies de scanners, mais au fait que tout navire situé suffisamment près d’une station littorale entendra les communications au poste 13, poste que ce autres navires doivent également utiliser pour communiquer avec les STM.

<sup>15</sup> *Algoma Central Corp. c. Prestigious (Le)*, [1994] A.C.F. n° 421 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), et *Ultramar Canada Inc. c. Czantoria (Le)*, [1994] A.C.F. n° 1509 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>16</sup> Lettres datées des 18 et 19 janvier 2006.

<sup>17</sup> Les lacunes que comportent les enregistrements des STM ne sont plus pertinentes, parce que les enregistrements OM sont désormais disponibles.

## ANNEX 1

## ANNEXE 1

## COMPARATIVE TABLE

## TABLEAU COMPARATIF

*Canadian Aviation Safety Board, R.S.C., 1985, c. C-12:*

*Loi sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, L.R.C. (1985), ch. C-12:*

## PRIVILEGE

## RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS

32. In sections 33 to 35, "cockpit voice recording" means the whole or any part of any recording, transcript or substantial summary of voice communications on the flight deck of an aircraft, the aural environment of the flight deck, voice communications to and from the aircraft or audio signals identifying navigation and approach aids.

32. Aux articles 33 à 35, « enregistrement pilotage », forme abrégée de l'expression « enregistrement des conversations du poste de pilotage », s'entend de tout ou partie de l'enregistrement des conversations ou de l'environnement sonore du poste de pilotage d'un aéronef, des conversations entre l'aéronef et d'autres interlocuteurs ou des signaux audibles d'identification des aides à la navigation et des aides d'approche, ou de la transcription ou d'un résumé appréciable de ces conversations.

33. (1) Every cockpit voice recording is privileged and, except as provided by this section or section 34, no person, including any person to whom access is provided under this section or section 34, shall

33. (1) Les enregistrements pilotage sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article ou de l'article 34, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre du présent article ou de l'article 34 :

(a) knowingly release it or permit it to be released to any person; or

a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;

(b) be required to produce it or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(2) Any cockpit voice recording that relates to an aviation occurrence being investigated under this Act shall be released to the Board or an investigator who requires access thereto for the purposes of an investigation by the Board under this Act.

(2) Les enregistrements pilotage relatifs à un fait aéronautique objet d'une enquête prévue par la présente loi doivent être communiqués au Bureau ou à l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(3) The Board may make such use of any cockpit voice recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of aviation safety, but, subject to subsection (4), shall not knowingly release or permit to be released any portion thereof that is unrelated to the contributing factors and causes of any aviation occurrence investigated under this Act.

(3) Le Bureau peut utiliser les enregistrements pilotage obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité aérienne, mais, sous réserve du paragraphe (4), il ne peut, sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui sont étrangères aux causes et autres facteurs en jeu du fait aéronautique objet d'une enquête prévue par la présente loi.

(4) The Board shall release any cockpit voice recording obtained under this Act to

(4) Le Bureau est tenu de communiquer les enregistrements pilotage qu'il a obtenus en application de la présente loi :

(a) a peace officer authorized by law to gain access thereto;

a) aux agents de la paix autorisé par la loi à en prendre connaissance;

(b) a coroner who requires access thereto for the purpose of an investigation he is conducting; or

b) aux coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 17 or appointed by the Minister of Transport pursuant to subsection 26(2) who requires access thereto in order to carry out his duties and functions.

c) aux personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 17 ou sont nommées en application du paragraphe 26(2) et qui en font la demande pour l'exercice de leurs fonctions.

34. (1) Notwithstanding anything in section 33, where in any proceedings before a court or coroner a request for the production or discovery of a cockpit voice recording is made, the court or coroner shall

- (a) cause a notice of the request to be given to the Board, if it is not a party to the proceedings,
- (b) *in camera*, examine the cockpit voice recording, and
- (c) give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto,

and, if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the cockpit voice recording by virtue of section 33, the court or coroner shall order its production and discovery, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the cockpit voice recording.

(2) For the purposes of subsection (1), "court" includes a person or persons appointed or designated to conduct a public inquiry into an aviation occurrence pursuant to this Act or the *Inquiries Act*.

35. A cockpit voice recording shall not be used

- (a) against any person referred to in subsection 36(1) in any legal or other proceedings except civil proceedings; or
- (b) against any person in any disciplinary proceedings or proceedings with respect to the capacity or competency of any officer or employee to carry out his duties and functions.

36. (1) In this section, "air traffic control recording" means the whole or any part of any recording, transcript or substantial summary of voice communications respecting matters of air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay air traffic control messages.

(2) Any air traffic control recording that relates to an aviation occurrence being investigated under this Act shall be released to the Board or an investigator who requires access thereto for the purposes of an investigation by the Board under this Act.

(3) Subject to subsections (4) and (5) and except as required by law, the Board or any person referred to in subsection (2) or (5) shall not knowingly release or permit to be released any air

34. (1) Par dérogation à l'article 33, le tribunal ou coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement pilotage doit :

- a) transmettre un avis de la demande au Bureau, si ce dernier n'est pas partie aux procédures;
- b) examiner l'enregistrement pilotage à huis clos;
- c) donner au Bureau la possibilité de présenter des observations relatives à cet enregistrement.

S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par l'article 33, il doit en ordonner la production et l'examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), ont pouvoirs et qualité de tribunal la ou les personnes nommées ou désignées pour mener une enquête publique sur un fait aéronautique conformément à la présente loi ou à la *Loi sur les enquêtes*.

35. Il ne peut être fait usage des enregistrements pilotage :

- a) contre les personnes mentionnées au paragraphe 36(1), dans une procédure judiciaire ou autre à l'exclusion des procédures civiles;
- b) contre quiconque dans le cadre de procédures disciplinaires ou de procédures concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions.

36. (1) Au présent article, « enregistrement contrôle », forme abrégée de l'expression « enregistrement du contrôle de la circulation aérienne », s'entend de tout ou partie de l'enregistrement, de la transcription ou d'un résumé appréciable des conversations, relatives aux questions de contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d'avions, les conducteurs de véhicules, les spécialistes de l'information de vol et les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne.

(2) Les enregistrements contrôle relatifs à un fait aéronautique objet d'une enquête prévue par la présente loi doivent être communiqués au Bureau ou à l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5) et sauf obligation légale, ni le Bureau ni les personnes visées aux paragraphes (2) et (5) ne peuvent, sciemment, communiquer ou laisser

traffic control recording obtained under this Act to any person.

(4) The Board may make such use of any air traffic control recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of aviation safety.

(5) The Board shall release any air traffic control recording obtained under this Act to

(a) a peace officer authorized by law to gain access thereto;

(b) a coroner who requires access thereto for the purpose of an investigation he is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 17 or appointed by the Minister of Transport pursuant to subsection 26(2) who requires access thereto in order to carry out his duties and functions.

(6) An air traffic control recording obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any criminal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

*Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Act*, S.C. 1989, c. 3:

#### PRIVILEGE

28. (1) In this section, “on-board recording” means the whole or any part of a recording of

(a) voice communications originating from, or received on or in,

(i) the flight deck of an aircraft,

(ii) the bridge or a control room of a ship, or

(iii) the cab of a locomotive,

(b) audio signals identifying navigation aids or approach aids received on or in a place mentioned in paragraph (a), or

(c) any other sound within the aural environment of a place mentioned in paragraph (a),

that is made on the flight deck of the aircraft, on the bridge or in a control room of the ship or in the cab of the locomotive, as the case may be, and includes a transcript or substantial summary of such a recording.

(2) Every on-board recording is privileged and, except as provided by this section, no person, including any person to whom access is provided under this section, shall

communiquer les enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi comme il l’estime nécessaire dans l’intérêt de la sécurité aérienne.

(5) Le Bureau est tenu de communiquer les enregistrements contrôle qu’il a obtenus en application de la présente loi :

a) aux agents de la paix autorisés par la loi à en prendre connaissance;

b) aux coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) aux personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l’article 17 ou sont nommées en application du paragraphe 26(2) et qui en font la demande pour l’exercice de leurs fonctions.

(6) En procédure pénale ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

*Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3 :

#### RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS

28. (1) Au présent article, « enregistrement de bord » s’entend de tout ou partie de l’enregistrement—soit des communications orales reçues par le poste de pilotage d’un aéronef, par la passerelle ou toute salle de contrôle d’un navire ou par la cabine d’une locomotive, ou en provenant, soit des signaux audibles d’identification des aides à la navigation et des aides d’approche reçus à ces endroits, soit de toute autre sensation auditive de l’environnement sonore de ceux-ci—effectué à ces endroits. Y sont assimilés la transcription ou le résumé substantiel de ces communications, signaux ou sensations.

(2) Les enregistrements de bord sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article, nul ne peut, notamment s’il s’agit de personnes qui y ont accès au titre de cet article :

(a) knowingly communicate an on-board recording or permit it to be communicated to any person; or

(b) be required to produce an on-board recording or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

(3) Any on-board recording that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

(4) The Board may make such use of any on-board recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsection (5), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion thereof that is unrelated to the causes or contributing factors of the transportation occurrence under investigation.

(5) The Board shall make available any on-board recording obtained under this Act to

(a) a peace officer authorized by law to gain access thereto;

(b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18 or designated as an observer by the Minister of Transport under subsection 23(2).

(6) Notwithstanding anything in this section, where, in any proceedings before a court or coroner, a request for the production and discovery of an on-board recording is made, the court or coroner shall

(a) cause notice of the request to be given to the Board, if the Board is not a party to the proceedings;

(b) *in camera*, examine the on-board recording and give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto; and

(c) if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section, order the production and discovery of the on-board recording, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the on-board recording.

(7) [see the disposition reproduced after subsection 28(8) hereinafter]

(8) For the purposes of subsection (6), “court” includes a person or persons appointed or designated to conduct a public

a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;

b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d’une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(3) Les enregistrements de bord relatifs à un accident de transport faisant l’objet d’une enquête prévue par la présente loi sont mis à la disposition de l’enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l’estime nécessaire dans l’intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve du paragraphe (5), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n’ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l’accident de transport faisant l’objet de l’enquête.

(5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi à la disposition :

a) des agents de la paix autorisés par la loi à en prendre connaissance;

b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l’article 18 ou sont désignées par le ministre des Transports en application du paragraphe 23(2).

(6) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, le tribunal ou le coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d’une demande de production et d’examen d’un enregistrement de bord examine celui-ci à huis clos et donne au Bureau la possibilité de présenter des observations à ce sujet après lui avoir transmis un avis de la demande, dans le cas où celui-ci n’est pas partie aux procédures. S’il conclut, dans les circonstances de l’espèce, que l’intérêt public d’une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l’enregistrement par le présent article, le tribunal ou le coroner en ordonne la production et l’examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu’il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

(7) [voir la disposition reproduite après le paragraphe 28(8) ici-bas]

(8) Pour l’application du paragraphe (6), ont pouvoirs et qualité de tribunal les personnes nommées ou désignées pour

inquiry into a transportation occurrence pursuant to this Act or the *Inquiries Act*.

(7) An on-board recording may not be used against any of the following persons in disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of an officer or employee to perform the officer's or employee's functions, or in legal or other proceedings except civil proceedings, namely, air or rail traffic controllers, marine traffic regulators, aircraft, train or ship crew members (including, in the case of ships, masters, officers, pilots and ice advisers), airport vehicle operators, flight service station specialists, and persons who relay messages respecting air or rail traffic control, marine traffic regulation, or related matters.

**29. (1)** In this section, "communication record" means the whole or any part of any record, recording, copy, transcript or substantial summary of

(a) any type of communications respecting air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters,

(b) any type of communications respecting rail traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, rail traffic controllers, train crew members, maintenance of way employees, signal maintainers, vehicle operators and persons who relay messages respecting rail traffic control or related matters,

(c) any type of communications respecting marine traffic regulation or related matters that take place between any of the following persons, namely, marine traffic regulators, ship crew members (including masters, officers, pilots and ice advisers), and staff of Coast Guard radio stations, rescue coordination centres and subcentres and harbour master offices, or

(d) any type of communications respecting maritime distress, maritime safety or related matters

(i) that take place between any of the following persons, namely, Coast Guard radio station operators, ship crew members (including masters, officers, pilots and ice advisers), and staff of vessel traffic services centres, rescue coordination centres and subcentres, harbour master offices and ship agents' offices, or

(ii) that take place between any person on shore and a ship via Coast Guard radio station.

mener une enquête publique sur un accident de transport conformément à la présente loi ou à la *Loi sur les enquêtes*.

(7) Il ne peut être fait usage des enregistrements de bord dans le cadre de procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre—sauf au civil—contre les contrôleurs de la circulation aérienne, les régulateurs de trafic maritime, les aiguilleurs, le personnel de bord des aéronefs, navires—y compris, dans ce dernier cas, les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou trains, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol et les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou ferroviaire ou du trafic maritime ou aux questions connexes.

**29. (1)** Au présent article, « enregistrement contrôle » s'entend de tout ou partie de l'enregistrement, de la transcription ou d'un résumé appréciable de toute communication :

a) relative au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d'aéronefs, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes;

b) relative au contrôle de la circulation ferroviaire ou aux questions connexes, entre les aiguilleurs, le personnel de bord, les préposés à l'entretien des voies ou de la signalisation, les conducteurs de véhicules ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation ferroviaire ou aux questions connexes;

c) relative au contrôle du trafic maritime ou aux questions connexes, entre les régulateurs du trafic maritime, les équipages—y compris les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou le personnel des stations radio de la garde côtière, des centres et sous-centres de coordination du sauvetage ou des bureaux de capitaine de port;

d) relative à la détresse ou à la sécurité en mer ou aux questions connexes, entre soit les opérateurs de station radio de la garde côtière, les équipages—y compris les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou le personnel des centres de services de trafic maritime, des centres et sous-centres de coordination du sauvetage ou des bureaux de capitaine de port ou d'agent maritime, soit une personne sur la côte et un navire par l'intermédiaire d'une station radio de la garde côtière.

(2) Any communication record that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

(3) Subject to subsections (4) and (5) and except as required by law, the Board or any person referred to in subsection (2) or (5) shall not knowingly communicate or permit to be communicated to any person a communication record obtained under this Act.

(4) The Board may make such use of any communication record obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety.

(5) The Board shall make available any communication record obtained under this Act to

(a) a peace officer authorized by law to gain access thereto;

(b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18 or designated as an observer by the Minister of Transport under subsection 23(2).

(6) A communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any criminal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

*Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Act, S.C. 1989, c. 3, as amended*

#### PRIVILEGE

**28. (1)** In this section, “on-board recording” means the whole or any part of

(a) a recording of voice communications originating from, or received on or in,

(i) the flight deck of an aircraft,

(ii) the bridge or a control room of a ship,

(iii) the cab of a locomotive, or

(iv) the control room or pumping station of a pipeline, or

(b) a video recording of the activities of the operating personnel of an aircraft, ship, locomotive or pipeline

(2) Les enregistrements contrôle relatifs à un accident de transport faisant l’objet d’une enquête prévue par la présente loi sont communiqués à l’enquêteur qui en fait la demande.

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5) et sauf obligation légale, ni le Bureau ni les personnes visées aux paragraphes (2) ou (5) ne peuvent, sciemment, communiquer ou laisser communiquer les enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi comme il l’estime nécessaire dans l’intérêt de la sécurité des transports.

(5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements contrôle qu’il a obtenus en application de la présente loi à la disposition :

a) des agents de la paix autorisés par la loi à en prendre connaissance;

b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l’article 18 ou sont désignées par le ministre des Transports en application du paragraphe 23(2).

(6) En procédure pénale ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

*Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, L.C. 1989, ch. 3, tel qu’amendée:*

#### RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS

**28. (1)** Au présent article, « enregistrement de bord » s’entend de tout ou partie soit des enregistrements des communications orales reçues par le poste de pilotage d’un aéronef, par la passerelle ou toute salle de contrôle d’un navire, par la cabine d’une locomotive ou par la salle de contrôle ou de pompage d’un pipeline, ou en provenant, soit des enregistrements vidéo des activités du personnel assurant le fonctionnement des aéronefs, navire, locomotive ou pipeline, qui sont effectués à ces endroits à l’aide du matériel d’enregistrement auquel le personnel n’a pas accès. Y sont assimilés la transcription ou le résumé substantiel de ces enregistrements.

that is made, using recording equipment that is intended to not be controlled by the operating personnel, on the flight deck of the aircraft, on the bridge or in a control room of the ship, in the cab of the locomotive or in a place where pipeline operations are carried out, as the case may be, and includes a transcript or substantial summary of such a recording.

(2) Every on-board recording is privileged and, except as provided by this section, no person, including any person to whom access is provided under this section, shall

(a) knowingly communicate an on-board recording or permit it to be communicated to any person; or

(b) be required to produce an on-board recording or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

(3) Any on-board recording that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

(4) The Board may make such use of any on-board recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsection (5), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion thereof that is unrelated to the causes or contributing factors of the transportation occurrence under investigation or to the identification of safety deficiencies.

(5) The Board shall make available any on-board recording obtained under this Act to

...

(b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18.

(6) Notwithstanding anything in this section, where, in any proceedings before a court or coroner, a request for the production and discovery of an on-board recording is made, the court or coroner shall

(a) cause notice of the request to be given to the Board, if the Board is not a party to the proceedings;

(b) *in camera*, examine the on-board recording and give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto; and

(c) if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration

(2) Les enregistrements de bord sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre de cet article :

a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;

b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(3) Les enregistrements de bord relatifs à un accident de transport faisant l'objet d'une enquête prévue par la présente loi sont mis à la disposition de l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve du paragraphe (5), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n'ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l'accident de transport faisant l'objet de l'enquête ou avec les manquements à la sécurité.

(5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi à la disposition :

[ . . . ]

b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 18.

(6) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, le tribunal ou le coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement de bord examine celui-ci à huis clos et donne au Bureau la possibilité de présenter des observations à ce sujet après lui avoir transmis un avis de la demande, dans le cas où celui-ci n'est pas partie aux procédures. S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par le présent article, le tribunal ou le coroner en ordonne la production et l'examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section, order the production and discovery of the on-board recording, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the on-board recording.

(7) [see the disposition reproduced after subsection 28(8) hereinafter]

(8) For the purposes of subsection (6), “court” includes a person or persons appointed or designated to conduct a public inquiry into a transportation occurrence pursuant to this Act or the *Inquiries Act*.

(7) An on-board recording may not be used against any of the following persons in disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of an officer or employee to perform the officer’s or employee’s functions, or in legal or other proceedings, namely, air or rail traffic controllers, marine traffic regulators, aircraft, train or ship crew members (including, in the case of ships, masters, officers, pilots and ice advisers), airport vehicle operators, flight service station specialists, persons who relay messages respecting air or rail traffic control, marine traffic regulation or related matters and persons who are directly or indirectly involved in the operation of a pipeline.

29. (1) In this section, “communication record” means the whole or any part of any record, recording, copy, transcript or substantial summary of

(a) any type of communications respecting air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters,

(b) any type of communications respecting rail traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, rail traffic controllers, train crew members, maintenance of way employees, signal maintainers, vehicle operators and persons who relay messages respecting rail traffic control or related matters,

(c) any type of communications respecting marine traffic regulation or related matters that take place between any of the following persons, namely, marine traffic regulators, persons designated under subsection 58(1) or section 76, 99 or 106 of the *Canada Marine Act*, ship crew members (including masters, officers, pilots and ice advisers), and staff of Coast Guard radio stations, rescue coordination centres

(7) [voir la disposition reproduite après le paragraphe 28(8) ici-bas]

(8) Pour l’application du paragraphe (6), ont pouvoirs et qualité de tribunal les personnes nommées ou désignées pour mener une enquête publique sur un accident de transport conformément à la présente loi ou à la *Loi sur les enquêtes*.

(7) Il ne peut être fait usage des enregistrements de bord dans le cadre de procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d’un agent ou employé relativement à l’exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre contre les contrôleurs de la circulation aérienne, les régulateurs de trafic maritime, les aiguilleurs, le personnel de bord des aéronefs, navires—y compris, dans ce dernier cas, les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou trains, les conducteurs de véhicules d’aéroport, les spécialistes de l’information de vol, les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou ferroviaire ou du trafic maritime ou aux questions connexes et les personnes qui assurent le fonctionnement des pipelines.

29. (1) Au présent article, « enregistrement contrôlé » s’entend de tout ou partie de l’enregistrement, de la transcription ou d’un résumé appréciable de toute communication :

a) relative au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d’aéronefs, les conducteurs de véhicules d’aéroport, les spécialistes de l’information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes;

b) relative au contrôle de la circulation ferroviaire ou aux questions connexes, entre les aiguilleurs, le personnel de bord, les préposés à l’entretien des voies ou de la signalisation, les conducteurs de véhicules ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation ferroviaire ou aux questions connexes;

c) relative au contrôle du trafic maritime ou aux questions connexes, entre les régulateurs du trafic maritime, les personnes désignées en vertu du paragraphe 58(1) ou des articles 76, 99 ou 106 de la *Loi maritime du Canada*, les équipages—y compris les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou le personnel des stations radio de la garde côtière, des centres et sous-centres de

and subcentres and harbour master offices;

(d) any type of communications respecting maritime distress, maritime safety or related matters

(i) that take place between any of the following persons, namely, Coast Guard radio station operators, ship crew members (including masters, officers, pilots and ice advisers), and staff of vessel traffic services centres, persons designated under subsection 58(1) or section 76, 99 or 106 of the *Canada Marine Act*, rescue coordination centres and subcentres, harbour master offices and ship agents' offices, or

(ii) that take place between any person on shore and a ship via a Coast Guard radio station, or

(e) any type of communication respecting the operation of a pipeline that takes place between persons who are control room personnel, pumping station personnel, operating personnel or members of a maintenance crew or an emergency response crew.

(6) A communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

coordination du sauvetage ou des bureaux de capitaine de port;

d) relative à la détresse ou à la sécurité en mer ou aux questions connexes, entre soit les opérateurs de station radio de la garde côtière, les personnes désignées en vertu du paragraphe 58(1) ou des articles 76, 99 ou 106 de la *Loi maritime du Canada*, les équipages—y compris les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou le personnel des centres de services de trafic maritime, des centres et sous-centres de coordination du sauvetage ou des bureaux de capitaine de port ou d'agent maritime, soit une personne sur la côte et un navire par l'intermédiaire d'une station radio de la garde côtière;

e) relative au fonctionnement des pipelines, entre le personnel de la salle de contrôle ou de pompage et les personnes qui assurent le fonctionnement ou l'entretien de ceux-ci ou les interventions d'urgence.

(6) Dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

T-3-05  
2006 FC 182

T-3-05  
2006 CF 182

**Van Phat Hoang (Plaintiff)**

**Van Phat Hoang (demandeur)**

v.

c.

**Minister of National Revenue and Minister of Safety and Emergency Preparedness (Defendants)**

**Le ministre du Revenu national et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (défendeurs)**

**INDEXED AS: HOANG v. M.N.R. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : HOANG c. M.R.N. (C.F.)**

Federal Court, Kelen J.—Toronto, February 7; Ottawa, February 13, 2006.

Cour fédérale, juge Kelen—Toronto, 7 février; Ottawa, 13 février 2006.

*Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Motion for summary judgment seeking determination of plaintiff's action under s. 30, appealing Minister's decision not to return forfeited funds, since only genuine issue for trial question of law — Concept of bringing goods into country physical act, not requiring intention to import — Reporting requirement under Act, s. 12 analogous to duty to report imported goods under Customs Act — Appeal right under Act, s. 30 discussed — Motion allowed.*

*Douanes et accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Requête visant à obtenir un jugement sommaire concernant l'action intentée par le demandeur en vertu de l'art. 30, par laquelle il interjetait appel de la décision du ministre de ne pas restituer les fonds confisqués, étant donné que la seule véritable question litigieuse était une question de droit — L'introduction de marchandises dans un pays est un acte physique qui n'exige pas l'intention d'importer — L'obligation de déclaration prévue à l'art. 12 de la Loi est analogue à l'obligation de déclarer les marchandises importées figurant dans la Loi sur les douanes — Le droit d'appel conféré à l'art. 30 de la Loi a été examiné — Requête accueillie.*

*Construction of Statutes — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, ss. 12, 30 — Motion for summary judgment seeking determination of plaintiff's action under s. 30 appealing Minister's decision not to return forfeited funds — Terms "exportation", "importation" in s. 12 interpreted — S. 12 not requiring intention to import — Obiter: s. 30 not requiring two appeals to Federal Court with respect to different parts of same decision.*

*Interprétation des lois — Art. 12 et 30 de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Requête en jugement sommaire concernant l'action intentée par le demandeur en vertu de l'art. 30, par laquelle il interjetait appel de la décision du ministre de ne pas restituer les fonds confisqués — Interprétation des termes « exportation » et « importation » à l'art. 12 — L'art. 12 n'exige pas l'intention d'importer — Obiter : l'art. 30 ne crée pas deux procédures d'appel à la Cour fédérale pour deux parties différentes d'une même décision.*

*Administrative Law — Statutory Appeals — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, s. 30 permitting person who requested decision of Minister under s. 25 to appeal "the decision" by way of action to Federal Court — Not intended to require two appeals with respect to different parts of same decision.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — L'art. 30 de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes permet à une personne qui a présenté une demande au ministre en vertu de l'art. 25 d'interjeter appel de « la décision » par voie d'action devant la Cour fédérale — Le législateur n'avait pas l'intention de créer deux procédures d'appel pour différentes parties d'une même décision.*

This was a motion for summary judgment seeking determination of the plaintiff's action under section 30 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist*

Il s'agissait d'une requête visant à obtenir un jugement sommaire à l'égard de l'action intentée par le demandeur en vertu de l'article 30 de la *Loi sur le recyclage des produits de*

*Financing Act* (Act) appealing the Minister's decision not to return the forfeited funds, since the only genuine issue for trial was a question of law. The plaintiff was driving across Canada when he got lost and took a wrong turn towards the United States border. He turned his vehicle around after crossing into U.S. territory but before going through the U.S. border checkpoint. At the Canadian border checkpoint, the plaintiff indicated to customs officers that he was not in possession of money or monetary instruments equal to or greater than C\$10,000. A subsequent search of his vehicle revealed C\$70,000 in cash hidden in the tailgate liner of the pickup truck. Because the failure to report the import of money or monetary instruments equal to or greater than C\$10,000 to customs officers is an offence under section 12 of the Act, the cash was seized as forfeit under section 18. The plaintiff applied to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness for the return of the funds under section 25 of the Act but the Minister deemed the forfeiture justified by the Act. The issue was whether the obligation to report the importation of currency with a value equal to or greater than C\$10,000 arises when an individual does not have the subjective intention to import this currency.

*Held*, the motion should be allowed.

The issue of summary judgment is governed by rules 213 to 219 of the *Federal Courts Rules*. The Federal Court may grant summary judgment if the only genuine issue for trial is a question of law which is to be decided on agreed upon evidence.

The only genuine issue for trial was a question of law, i.e. the interpretation of section 12 of the Act. Because the word "importation" is defined neither in the Act nor in the Regulations, Parliament intended for the ordinary meaning of this word to apply. Based on the dictionary definitions, the concept of bringing goods into a country is a physical act and does not require an intention to import on behalf of the actor.

The reporting requirement under section 12 of the Act is analogous to the duty to report imported goods under section 12 of the *Customs Act*. Case law under section 12 of the *Customs Act* has held that this Act is contravened when an incorrect declaration is made on behalf of the importer even if that error was made with a lack of intent to mislead customs. An inadvertent error in reporting imported goods does not affect the validity of a seizure of those goods. Moreover section 3 of the Act requires the reporting of the importation of currency and monetary instruments. The tracking system is obligatory in order to achieve this purpose. Therefore, section

*la criminalité et le financement des activités terroristes* (la Loi), par laquelle il interjetait appel de la décision du ministre de ne pas restituer les fonds confisqués, étant donné que la seule véritable question litigieuse était une question de droit. Le demandeur traversait le Canada en voiture lorsqu'il s'est perdu et a emprunté une route vers les États-Unis. Il a fait demi-tour après avoir traversé la frontière, mais avant d'arriver au poste de contrôle frontalier américain. Au poste de contrôle frontalier canadien, il a dit aux agents des douanes qu'il n'avait pas en sa possession des espèces ou des effets d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN. Or, une fouille de son véhicule a permis de découvrir 70 000 \$CAN en espèces dans des sacs de plastique cachés dans la doublure du hayon arrière de la camionnette. Comme le fait de ne pas déclarer l'importation d'espèces ou d'effets d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN aux agents des douanes constitue une infraction suivant l'article 12 de la Loi, les espèces ont été saisies à titre de confiscation en vertu de l'article 18 de la Loi. Le demandeur a demandé au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de lui restituer les fonds en vertu de l'article 25 de la Loi, mais le ministre a considéré que la confiscation était justifiée par la Loi. La Cour devait décider si l'obligation de déclarer l'importation d'espèces d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN s'applique à une personne qui n'a pas l'intention subjective d'importer ces espèces.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

La question du jugement sommaire est régie par les règles 213 à 219 des *Règles des Cours fédérales*. La Cour fédérale peut rendre un jugement sommaire si la seule véritable question litigieuse est une question de droit, qui sera tranchée sur la foi d'une preuve conjointe.

La seule véritable question litigieuse était une question de droit, à savoir l'interprétation de l'article 12 de la Loi. Étant donné que le mot « importation » n'est pas défini dans la Loi ni dans le Règlement, le législateur voulait que le sens ordinaire de ce mot s'applique. Selon les définitions des dictionnaires, le fait d'introduire des marchandises dans un pays est un acte physique qui n'exige pas l'intention d'importer.

L'obligation de déclaration prévue à l'article 12 de la Loi est analogue à l'obligation de déclarer les marchandises importées figurant à l'article 12 de la *Loi sur les douanes*. Il ressort de la jurisprudence relative à cette dernière disposition qu'il y a contravention à la *Loi sur les douanes* quand une déclaration erronée est faite au nom de l'importateur, même si l'erreur n'a pas été faite dans le but de tromper les Douanes. Une erreur commise par inadvertance dans la déclaration des marchandises importées ne porte pas atteinte à la validité de la saisie de ces marchandises. En outre, l'article 3 de la Loi exige la déclaration des importations d'effets et d'espèces. Un

12 of the Act is not dependent upon an individual's intention to import.

Finally, by way of *obiter*, the appeal to the Federal Court under subsection 30(1) of the Act is not so clear as to conclude that the appeal is limited to only one part of the Minister's decision (whether section 12 was contravened) or that two appeals to the Federal Court are intended with respect to the same decision (whether Minister had reasonable grounds to suspect that the seized currency was proceeds of crime). The appeal right under section 30 is written in reasonably broad language and provides that the person who requested a decision of the Minister under section 25 may appeal "the decision" by way of an action to the Federal Court. While the request for the Minister's decision pertains to whether subsection 12(1) of the Act was contravened, the decision which may be appealed is made under sections 27, 28 and 29 of the Act. Applying a modern approach to statutory construction, this interpretation meets the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

système de dépistage est nécessaire à cette fin. Par conséquent, l'article 12 de la Loi n'est pas subordonné à la question de savoir si la personne en cause avait l'intention d'importer les espèces.

Finalement, la Cour fédérale a indiqué, en *obiter*, que la procédure d'appel prévue au paragraphe 30(1) de la Loi ne permet pas de conclure que l'appel est limité à une seule partie de la décision du ministre (portant sur la question de savoir s'il y a eu contravention à l'article 12) ou que le législateur avait l'intention de créer deux procédures d'appel pour une même décision (portant sur la question de savoir si le ministre avait des motifs raisonnables de soupçonner que les espèces saisies étaient des produits de la criminalité). Le droit d'appel prévu à l'article 30 est libellé en des termes relativement larges et prévoit que la personne qui a présenté une demande au ministre en vertu de l'article 25 peut appeler de « la décision » par voie d'action devant la Cour fédérale. Bien que la demande présentée au ministre ait pour but de déterminer s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) de la Loi, la décision qui peut être portée en appel est prise en application des articles 27, 28 et 29 de la Loi. Selon la méthode moderne d'interprétation des lois, cette interprétation est conforme à l'esprit de la loi, à l'objet de la loi et à l'intention du législateur.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412, s. 2.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 12.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, ss. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48), 3 (as am. *idem*, s. 50), 12 (as am. *idem*, s. 54), 18 (as am. *idem*, s. 134), 25 (as am. *idem*, s. 61), 26, 27 (as am. *idem*, s. 62), 28, 29, 30 (as am. *idem*, s. 139).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

- Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48), 3 (mod., *idem*, art. 50), 12 (mod., *idem*, art. 54), 18 (mod., *idem*, art. 134), 25 (mod., *idem*, art. 61), 26, 27 (mod., *idem*, art. 62), 28, 29, 30 (mod., *idem*, art. 139).  
*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 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 12.  
*Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets*, DORS/2002-412, art. 2.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national (Douanes et*

C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs & Excise*, [1973] F.C. 3; (1973), 34 D.L.R. (3d) 537 (C.A.); *Dokaj v. M.N.R.*, [2006] 2 F.C.R. 152; 2005 FC 1437.

## DISTINGUISHED:

*MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs)*, [2004] 3 F.C.R. 3; (2004), 316 N.R. 349; 2004 FCA 50.

## REFERRED TO:

*Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471; (1983), 3 D.L.R. (4th) 385; 8 C.C.C. (3d) 97; 36 C.R. (3d) 289; 50 N.R. 172; *He v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 85; 4 T.T.R. (2d) 253 (F.C.T.D.); *Marstar Canada Inc. v. Canada* (1998), 158 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *R. v. Letarte*, [1981] 2 F.C. 76; (1980), 121 D.L.R. (3d) 508 (C.A.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "exportation", "import", "importation".

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford Univ. Press, 2004, "import".

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

MOTION for summary judgment seeking the determination of the plaintiff's action under section 30 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* appealing the Minister's decision made under section 25 not to return the forfeited funds, since the only genuine issue for trial was a question of law. Motion allowed.

## APPEARANCES:

*Harald A. Mattson* for plaintiff.  
*Elizabeth N. Kikuchi* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Harald A. Mattson*, Kitchener, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

*Accise*, [1973] C.F. 3 (C.A.); *Dokaj c. M.R.N.*, [2006] 2 R.C.F. 152; 2005 CF 1437.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Succession MacNeil c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2004] 3 R.C.F. 3; 2004 CAF 50.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471; *He c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 93 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Marstar Canada Inc. c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1296 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *R. c. Letarte*, [1981] 2 C.F. 76 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « exportation » « import », « importation ».

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills, Ont. : Oxford Univ. Press, 2004, « import ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

REQUÊTE visant à obtenir un jugement sommaire à l'égard de l'action intentée par le demandeur en vertu de l'article 30 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, par laquelle il interjetait appel de la décision rendue par le ministre en application de l'article 25 de ne pas restituer les fonds confisqués, étant donné que la seule véritable question litigieuse était une question de droit. Requête accueillie.

## ONT COMPARU :

*Harald A. Mattson* pour le demandeur.  
*Elizabeth N. Kikuchi* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Harald A. Mattson*, Kitchener, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] KELEN J.: This is a motion by the defendants for summary judgment seeking determination of the plaintiff's action as the only genuine issue for trial is a question of law.

[2] This question of law requires the interpretation of subsection 12(1) [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 54] and paragraph 12(3)(a) [as am. *idem*] of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 [s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48)] (the Act) which reads as follows:

12. (1) Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

...

(3) Currency or monetary instruments shall be reported under subsection (1)

(a) in the case of currency or monetary instruments in the actual possession of a person arriving in or departing from Canada, or that form part of their baggage if they and their baggage are being carried on board the same conveyance, by that person or, in prescribed circumstances, by the person in charge of the conveyance;

To be determined in this case is whether the obligation to report the importation of currency with a value equal to or greater than C\$10,000 arises when an individual does not have the subjective intention to import this currency.

#### Facts

[3] On March 13, 2004, the plaintiff Van Phat Hoang was driving across Canada. He was lost and took a wrong turn towards the United States border at Pigeon River, Ontario. The plaintiff's vehicle turned around after crossing into United States territory but before going through the U.S. border checkpoint.

[4] Upon arriving at the Canadian border checkpoint, the plaintiff was questioned by Canadian customs

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

[1] LE JUGE KELEN: Il s'agit d'une requête présentée par les défendeurs afin d'obtenir un jugement sommaire à l'égard de l'action du demandeur, au motif que la seule véritable question litigieuse est une question de droit.

[2] Cette question de droit nécessite l'interprétation du paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 54] et de l'alinéa 12(3)a) [mod., *idem*] de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 [art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48)] (la Loi). Ces dispositions sont libellées ainsi :

12. (1) Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l'agent, conformément aux règlements, l'importation ou l'exportation des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

[...]

(3) Le déclarant est, selon le cas :

a) la personne ayant en sa possession effective ou parmi ses bagages les espèces ou effets se trouvant à bord du moyen de transport par lequel elle est arrivée au Canada ou a quitté le pays ou la personne qui, dans les circonstances réglementaires, est responsable du moyen de transport;

Il faut, en l'espèce, décider si l'obligation de déclarer l'importation d'espèces d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN s'applique à une personne qui n'a pas l'intention subjective d'importer ces espèces.

#### Faits

[3] Le 13 mars 2004, le demandeur, Van Phat Hoang, traversait le Canada en voiture. Il s'est perdu et a emprunté une route vers les États-Unis à Pigeon River, en Ontario. Il a fait demi-tour après avoir traversé la frontière, mais avant d'arriver au poste de contrôle frontalier américain.

[4] Le demandeur a été interrogé par des agents des douanes à son arrivée au poste de contrôle frontalier

officers. When asked whether he was in possession of money or monetary instruments equal to or greater than C\$10,000, the plaintiff responded in the negative. A subsequent search of the plaintiff's vehicle revealed C\$70,000 in cash, which was packaged in plastic bags and hidden in the tailgate liner of the pickup truck.

[5] Failing to report the import of money or monetary instruments equal to or greater than C\$10,000 to customs officers is an offence under section 12 of the Act. Pursuant to section 18 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 134] of the Act, the cash was seized by the customs officers as forfeit.

[6] The plaintiff applied to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness for the return of the funds under section 25 [as am. *idem*, s. 61] of the Act. Section 25 reads:

25. A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the currency or monetary instruments, may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place.

#### The Minister's Decision under Appeal

[7] By decision dated October 5, 2004, the Minister informed the plaintiff that the \$70,000 would not be returned to him and that the forfeiture was deemed to be justified by the Act "[i]n light of the amount of money found, the manner of its transportation and packaging, as well as the lack of documentary evidence establishing its legitimate/legal origin."

[8] The plaintiff appealed the Minister's decision under section 30 [as am. *idem*, s. 139] of the Act, which provides for an appeal of the Minister's decision under section 25 by way of an action in the Federal Court.

#### Relevant Legislation

[9] The relevant statutes are:

canadien. Lorsqu'on lui a demandé s'il avait en sa possession des espèces ou des effets d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN, le demandeur a répondu par la négative. Or, une fouille de son véhicule a permis de découvrir 70 000 \$CAN en espèces dans des sacs de plastique cachés dans la doublure du hayon arrière de la camionnette.

[5] Le fait de ne pas déclarer l'importation d'espèces ou d'effets d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$ CAN aux agents des douanes constitue une infraction suivant l'article 12 de la Loi. Les espèces ont été saisies à titre de confiscation par les agents des douanes, en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 134] de la Loi.

[6] Le demandeur a demandé au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de lui restituer les fonds en vertu de l'article 25 [mod., *idem*, art. 61] de la Loi, lequel prévoit :

25. La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l'agent qui les a saisis ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie.

#### Décision du ministre faisant l'objet de l'appel

[7] Par une décision datée du 5 octobre 2004, le ministre a fait savoir au demandeur que les 70 000 \$ ne lui seraient pas restitués et que la confiscation était considérée comme justifiée par la Loi [TRADUCTION] « en raison de la somme d'argent trouvée, de la façon dont elle était transportée et emballée ainsi que de l'absence de documents établissant son origine légitime ou légale ».

[8] Le demandeur a interjeté appel de la décision du ministre conformément à l'article 30 [mod., *idem*, art. 139] de la Loi. Cette disposition prévoit que la décision du ministre visée à l'article 25 peut faire l'objet d'un appel par voie d'action devant la Cour fédérale.

#### Dispositions législatives pertinentes

[9] Les lois suivantes sont pertinentes en l'espèce :

1. the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17; and

2. the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c.1.

The relevant sections are set out in Appendix A.

[10] Pursuant to subsection 2(1) of the *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412 (the Regulations), the prescribed amount referred to in subsection 12(1) is C\$10,000. See Appendix A for this section of the Regulations.

#### The Plaintiff's Argument

[11] The plaintiff states that he was not aware that he had left Canada and was not told by Canadian customs officers that he had done so. He argues that he did not intend to cross the border and leave Canada thus he neither exported nor imported the money in question.

[12] The plaintiff urges this Court to view section 12 within the context and purpose of the Act, which is to combat international money laundering. It is submitted that the aim of the Act is not to detain persons who cross the border accidentally without the intention of leaving Canada. An element of intention is said to be necessary for there to be exportation or importation of goods.

[13] The plaintiff relies upon the following definitions in *Black's Law Dictionary*, 7th ed. (St. Paul, Minnesota: West Group, 1999) which read:

**import**, *n* 1. A product brought into a country from a foreign country where it originated.

**importation**. The bringing of goods in a country from another country.

The plaintiff submits that he did not import the cash because the cash was not brought into Canada "from a foreign country where it originated." The cash never

1. la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17;

2. la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

Les dispositions pertinentes sont reproduites à l'annexe A.

[10] Le montant dont il est question au paragraphe 12(1) est fixé à 10 000 \$CAN par le paragraphe 2(1) du *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets*, DORS/2002-412 (le Règlement). Cette disposition est reproduite à l'annexe A.

#### Thèse du demandeur

[11] Le demandeur affirme qu'il ne savait pas qu'il avait quitté le Canada et que les agents des douanes canadiens ne lui ont rien dit à ce sujet. Il soutient qu'il n'avait pas l'intention de traverser la frontière et de quitter le Canada, de sorte qu'il n'a ni exporté ni importé les espèces en question.

[12] Le demandeur demande instamment à la Cour d'appliquer l'article 12 en tenant compte du contexte et de l'objet de la Loi, qui est de lutter contre le recyclage de l'argent à l'échelle internationale et non de détenir des personnes qui traversent accidentellement la frontière sans avoir l'intention de quitter le Canada. Selon lui, il faut une intention pour qu'il y ait exportation ou importation de marchandises.

[13] Le demandeur s'appuie sur les définitions suivantes du *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. (St. Paul, Minnesota : West Group Co., 1999) :

#### [TRADUCTION]

**Importation**, *n*. 1. Un produit introduit dans un pays en provenance d'un pays étranger d'où il provenait.

**Importation**. Le fait d'introduire dans un pays des marchandises provenant d'un autre pays.

Le demandeur soutient qu'il n'a pas importé les espèces puisque celles-ci n'ont pas été introduites au Canada [TRADUCTION] « en provenance d'un pays étranger d'où

entered the U.S. and never came to Canada from the U.S.

#### The Defendants' Argument

[14] The defendants submit that an individual's intention to cross the border is not relevant. The obligation to report under section 12 arises whenever a person leaves or enters Canada with currency or monetary instruments in excess of C\$10,000, regardless of their intention. This interpretation of section 12 is said to be in accord with the ordinary meanings of the words "exportation" and "importation" and with the context and the purpose of the Act.

[15] The defendants rely on the modern approach to statutory interpretation, as set out in Driedger on the *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) and endorsed by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 [at paragraph 21]:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[16] The ordinary meanings of exportation and importation are as follows, according to *Black's Law Dictionary*: "exportation" is "[t]he act of sending or carrying goods from one country to another", and importation is "[t]he bringing of goods into a country from another country." The Supreme Court of Canada's construction of the word "import" (in the context of a drug case *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471) was that to import into Canada means to bring a good from anywhere outside Canada to anywhere inside Canada. This necessarily includes the act of crossing the border.

[17] When interpreting federal statutes, the defendants submit that the Court must bear in mind section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which says

[elles] proven[aient] ». En effet, les espèces n'ont jamais été introduites aux États-Unis et n'ont jamais été importées au Canada en provenance des États-Unis.

#### Thèse des défendeurs

[14] Les défendeurs prétendent que le fait qu'une personne ait eu l'intention de traverser la frontière ou non n'est pas pertinent. L'obligation imposée par l'article 12 s'applique à la personne qui quitte le Canada ou y entre avec des espèces ou des effets d'une valeur supérieure à 10 000 \$CAN, peu importe son intention. Les défendeurs soutiennent que cette interprétation de l'article 12 est conforme au sens ordinaire des mots « exportation » et « importation » ainsi qu'au contexte et à l'objet de la Loi.

[15] Les défendeurs s'appuient sur la méthode moderne d'interprétation des lois qui est décrite dans l'ouvrage de Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd., 1983) et qui a été approuvée par la Cour suprême du Canada dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 [au paragraphe 21] :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[16] Le sens ordinaire des mots « exportation » et « importation » est le suivant, selon le *Black's Law Dictionary* : l'« exportation » est [TRADUCTION] « [l]'action d'envoyer ou de transporter des marchandises d'un pays à un autre » et l'importation est [TRADUCTION] « [l]e fait d'introduire dans un pays des marchandises provenant d'un autre pays ». Selon l'interprétation de la Cour suprême du Canada (dans *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471, une affaire relative aux stupéfiants), importer au Canada signifie faire entrer à un endroit quelconque au Canada des marchandises provenant d'un endroit quelconque à l'extérieur du Canada, ce qui comporte nécessairement le franchissement de la frontière.

[17] Les défendeurs soutiennent que, lorsqu'elle interprète une loi fédérale, la Cour doit avoir à l'esprit l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985),

that every enactment is to be given large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objectives.

[18] The purpose of the Act is to track suspicious financial transactions and the cross-border movement of large amounts of currency. It does not restrict the amount of money that may be brought into or taken out of Canada or render such a practice illegal. It simply creates a mandatory reporting obligation for the import or export of sums equal to or greater than the designated amount, which currently is C\$10,000.

[19] If an individual imports or exports currency or monetary instruments in excess of this amount, there is no consequence if the act is reported and the individual is able to account for the funds. If an individual fails to make such a report, a customs officer may seize the money as forfeit pursuant to section 18 of the Act. The seized funds may be returned to their owner upon payment of a penalty, unless there are reasonable grounds to believe that the money is proceeds of crime, whereupon the funds will be held as forfeit by the Crown.

[20] In the submission of the defendants, this reporting requirement is mandatory, automatic, and not dependent upon an individual's intention. Including an intention requirement would result in ineffective detection of cross-border movements of money. Parliament does not intend such a consequence; it is unreasonable to interpret a statute in a way which defeats its purpose.

[21] Further guidance is said to be obtained from the interpretation of the reporting requirement under the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, under which an importer must account for the quantity and value of goods and pay the associated duties and taxes. Failure to meet this obligation results in a penalty, no matter the source of the error or the intention of the importer. The lack of intent to mislead or the presence of an inadvertent error do not affect the validity of a seizure: see *He v. Canada* (2000), 182 F.T.R. 85 (F.C.T.D.). It is submitted that the reporting obligation under the Act is analogous, and the intention of the

ch. I-21. Cette disposition prévoit que tout texte s'interprète de la manière la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[18] La Loi a pour objet de repérer les opérations financières douteuses et les mouvements transfrontaliers de grandes quantités d'espèces. Elle ne limite pas le montant d'argent qui peut être introduit au Canada ou sorti du Canada, ni ne rend une telle pratique illégale. Elle crée simplement une obligation de déclaration dans les cas où des sommes égales ou supérieures au montant réglementaire — 10 000 \$CAN actuellement — sont importées ou exportées.

[19] Une personne peut importer ou exporter des espèces ou des effets d'une valeur supérieure à ce montant si elle les déclare et si elle est en mesure d'expliquer leur présence. Si elle ne fait pas cette déclaration, un agent des douanes peut saisir les espèces ou les effets à titre de confiscation en vertu de l'article 18 de la Loi. Les fonds saisis peuvent ensuite être restitués à leur propriétaire sur réception du paiement d'une pénalité, sauf s'il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'il s'agit de produits de la criminalité, auquel cas ils seront confisqués au profit de Sa Majesté.

[20] Selon les défendeurs, cette obligation de déclaration s'applique dans tous les cas, peu importe l'intention de la personne concernée. Exiger une intention particulière rendrait inefficace la détection des mouvements transfrontaliers de sommes d'argent. Ce n'est pas ce que le législateur souhaite; il est déraisonnable d'interpréter une loi d'une manière qui va à l'encontre de son objet.

[21] On dit que l'interprétation de l'obligation de déclaration prévue par la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, selon laquelle un importateur doit déclarer la quantité et la valeur des marchandises et payer les droits et taxes afférents, peut être utile en l'espèce. Un manquement à cette obligation entraîne une pénalité, peu importe la source de l'erreur ou l'intention de l'importateur. Ni l'absence d'intention de tromper, ni la présence d'une erreur commise par inadvertance ne porte atteinte à la validité de la saisie : voir *He c. Canada*, [2000] A.C.F. n<sup>o</sup> 93 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). On soutient que l'obligation de déclaration imposée par la

individual is irrelevant. Failing to report in accordance with the Act is said to be a contravention of the Act regardless of whether the individual had the intention to export or import the currency or monetary instrument.

#### The Test for Granting Summary Judgment

[22] The issue of summary judgment is governed by Rules 213-219 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. Of particular import in this case is rule 216, which provides in part:

216. (1) Where on a motion for summary judgment the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the Court shall grant summary judgment accordingly.

(2) Where on a motion for summary judgment the Court is satisfied that the only genuine issue is

...

(b) a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly.

(3) Where on a motion for summary judgment the Court decides that there is a genuine issue with respect to a claim or defence, the Court may nevertheless grant summary judgment in favour of any party, either on an issue or generally, if the Court is able on the whole of the evidence to find the facts necessary to decide the questions of fact and law.

[23] This Court may grant summary judgment if the only genuine issue for trial is a question of law which is to be decided on agreed upon evidence. The Federal Court of Appeal has limited the circumstances in which a judge may grant summary judgment for fear of rendering decisions which are unfair on the evidence: see *MacNeil Estate v. Canada (Department of Indian and Northern Affairs)*, [2004] 3 F.C.R. 3 (F.C.A.). Because this case has no contested facts and turns solely on a question of law, the caution in *MacNeil* does not apply.

Loi est analogue à celle-ci et que l'intention de la personne en cause n'a aucune importance. On dit que le défaut de faire la déclaration en conformité avec la Loi constitue une infraction, peu importe que la personne ait eu l'intention d'exporter ou d'importer les espèces ou les effets ou non.

Critère servant à déterminer s'il convient de rendre un jugement sommaire

[22] La question du jugement sommaire est régie par les règles 213 à 219 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. La règle 216 est particulièrement important en l'espèce :

216. (1) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense, elle rend un jugement sommaire en conséquence.

(2) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est :

[. . .]

b) un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence.

(3) Lorsque, par suite d'une requête en jugement sommaire, la Cour conclut qu'il existe une véritable question litigieuse à l'égard d'une déclaration ou d'une défense, elle peut néanmoins rendre un jugement sommaire en faveur d'une partie, soit sur une question particulière, soit de façon générale, si elle parvient à partir de l'ensemble de la preuve à dégager les faits nécessaires pour trancher les questions de fait et de droit.

[23] La Cour peut rendre un jugement sommaire si la seule véritable question litigieuse est une question de droit qui sera tranchée sur la foi d'une preuve conjointe. La Cour d'appel fédérale a limité les cas dans lesquels un juge peut rendre un jugement sommaire, par crainte que ne soient rendues des décisions inéquitables compte tenu de la preuve : voir *Succession MacNeil c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2004] 3 R.C.F. 3 (C.A.F.). Les faits n'étant pas contestés en l'espèce et la présente instance portant uniquement sur une question de droit, cette mise en garde ne s'applique pas.

## Analysis

[24] The facts of this case are not in dispute. The sole issue is a question of law. The plaintiff agrees. Pursuant to subsection 216(1) of the *Federal Courts Rules*, I have determined that the only genuine issue for trial is a question of law, i.e. the interpretation of section 12 of the Act.

[25] The word “importation” is defined neither in the Act nor in the Regulations. This means that Parliament intended for the ordinary meaning of this word to apply.

[26] The meaning of the phrase “the importation . . . of currency” in subsection 12(1) of the Act is a question of law to be determined by the Court with the aid of dictionaries. See *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1973] F.C. 3 (C.A.) per Jackett C.J., at page 7:

In legal theory, as I understand the law, the general rule is that a word in a document such as a statute or order in council having the effect of law is to be given its ordinary or popular meaning according to the context and that meaning is a question of law to be determined by the Court with the aid of dictionaries and other legitimate aids of construction.

[27] The plaintiff submits that the word “importation” means the intended bringing into Canada of cash from another country. With respect, the Court does not agree. In determining the grammatical and ordinary sense of the word “importation” used by Canadians, the Court has referred to the definition provided in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., (Toronto: Oxford University Press, 2004). The *Canadian Oxford Dictionary* defines the verb “import” as:

. . . to bring in (especially foreign goods or services) to a country.

(The *Canadian Oxford Dictionary* does not provide a definition for “importation”.)

*Black’s Law Dictionary* defines “importation” as:

The bringing of goods into a country from another country.

## Analyse

[24] Les faits ne sont pas contestés en l’espèce. Le seul point en litige est une question de droit. Le demandeur est aussi de cet avis. Conformément au paragraphe 216(1) des *Règles des Cours fédérales*, j’ai conclu que la seule véritable question litigieuse en l’espèce était une question de droit, à savoir l’interprétation de l’article 12 de la Loi.

[25] Le mot « importation » n’est pas défini dans la Loi ni dans le Règlement. Le législateur voulait donc que le sens ordinaire de ce mot s’applique.

[26] Le sens de l’expression « l’importation [...] des espèces » au paragraphe 12(1) de la Loi est une question de droit que la Cour doit trancher à l’aide de dictionnaires. Voir *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)*, [1973] C.F. 3 (C.A.), où le juge en chef Jackett a écrit à la page 7 :

En droit, le principe général est qu’il y a lieu d’interpréter les textes de lois ou les décrets ayant force de loi, en donnant aux termes leur sens ordinaire et usuel dans le contexte que le sens des mots est une question de droit qui doit être tranchée par la Cour à l’aide de dictionnaires ou d’autres moyens légitimes d’interprétation.

[27] Le demandeur prétend que le terme « importation » désigne le fait d’introduire intentionnellement au Canada des espèces d’un autre pays. Avec respect pour l’opinion contraire, la Cour n’est pas de cet avis. Pour connaître le sens grammatical et ordinaire du mot « importation » employé par les Canadiens, la Cour s’est référée à la définition du *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto (Ontario) : Oxford University Press, 2004). Cet ouvrage définit le verbe « importer » de la façon suivante :

[TRADUCTION] [. . .] Introduire (en particulier des marchandises ou des services étrangers) dans un pays.

(Le *Canadian Oxford Dictionary* ne renferme pas de définition d’« importation ».)

Le *Black’s Law Dictionary* définit le terme « importation » de la façon suivante :

[TRADUCTION] Le fait d’introduire dans un pays des marchandises provenant d’un autre pays.

The definitions speak of the concept of bringing goods into a country. This is a physical act. I do not agree with the plaintiff that these meanings require an intention on behalf of the actor.

[28] The reporting requirement under section 12 of the Act is analogous to the duty to report imported goods under section 12 of the *Customs Act*. The jurisprudence under section 12 of the *Customs Act* has held that this Act is contravened when an incorrect declaration is made on behalf of the importer even if that error was made with a lack of intent to mislead Customs. An inadvertent error in reporting imported goods does not affect the validity of a seizure of those goods: See *He v. Canada*, per Pinard J., at paragraph 8; *Marstar Canada Inc. v. Canada* (1998), 158 F.T.R. 226 (F.C.T.D.), per Denault J., at paragraph 4 and *R. v. Letarte*, [1981] 2 F.C. 76 (F.C.A.), at page 76.

[29] A purposive analysis further supports the defendants' position in this matter. The plaintiff states that the purpose of the Act is to combat international money laundering. This is not the only purpose. As set out in section 3 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 50], the Act requires the reporting of the importation of currency and monetary instruments. To achieve this purpose, the tracking system is obligatory.

[30] I conclude that section 12 of the Act is not dependent upon an individual's intention to import. The plaintiff has no other defence for his failure to report the currency. Accordingly, I must allow the motion for summary judgment.

#### *Obiter*

[31] The plaintiff has not challenged in this appeal whether the Minister had reasonable grounds to suspect that the seized currency is proceeds of crime. This is also part of the Minister's decision. In *Dokaj v. M.N.R.*,

Les définitions parlent de la notion d'introduire des marchandises dans un pays. Il s'agit d'un acte physique. Je ne suis pas d'accord avec le demandeur lorsqu'il prétend que ces définitions exigent une intention.

[28] L'obligation de déclaration prévue à l'article 12 de la Loi est analogue à l'obligation de déclarer les marchandises importées figurant à l'article 12 de la *Loi sur les douanes*. Il ressort de la jurisprudence concernant cette dernière disposition qu'il y a une contravention à la *Loi sur les douanes* quand une déclaration erronée est faite au nom de l'importateur, même si l'erreur n'a pas été faite dans le but de tromper les Douanes. Une erreur commise par inadvertance dans la déclaration des marchandises ne porte pas atteinte à la validité de la saisie de ces marchandises (voir *He c. Canada*, le juge Pinard, au paragraphe 8; *Marstar Canada Inc. c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1296 (1<sup>o</sup> inst.) (QL), le juge Denault, au paragraphe 4 et *R. c. Letarte*, [1981] 2 C.F. 76 (C.A.F.), à la page 76).

[29] L'analyse de l'objet de la Loi renforce la thèse des défendeurs en l'espèce. Le demandeur affirme que la Loi a pour objet de lutter contre le recyclage de l'argent à l'échelle internationale. Il ne s'agit cependant pas de son seul objet. Comme il est indiqué à l'article 3 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 50], la Loi exige la déclaration des importations d'espèces et d'effets. Or, un système de dépistage est nécessaire à cette fin.

[30] J'arrive à la conclusion que l'application de l'article 12 de la Loi n'est pas subordonnée à la question de savoir si la personne en cause avait l'intention d'importer les espèces ou les effets transportés. Le demandeur ne peut invoquer aucun autre moyen de défense concernant son omission de déclarer les espèces transportées. Par conséquent, je dois faire droit à la requête en jugement sommaire.

#### *Obiter*

[31] Le demandeur n'a pas contesté, dans le présent appel, la question de savoir si le ministre avait des motifs raisonnables de soupçonner que les espèces saisies étaient des produits de la criminalité. La décision

[2006] 2 F.C.R. 152 (F.C.), this Court held that that part of the decision under this Act must be challenged by way of judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], and cannot be challenged by way of this action under section 30 of the Act. The Court held that this dichotomy in the appeal procedure is “both awkward and inconvenient” and “unfair”: see paragraph 39 of *Dokaj*.

[32] I wish to state in *obiter* that the appeal to the Federal Court under subsection 30(1) of the Act is not so clear that I would conclude that Parliament intended two appeals to the Federal Court with respect to the same decision, or that Parliament would have provided a party with the right to appeal the decision by way of an action in the Federal Court, yet limited that appeal to only one part of the decision.

[33] For example, in the case at bar, the decision of the Minister was under section 27 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 62] of the Act, namely that there had been a contravention of section 12, and under section 29, namely that the seized currency in the amount of \$70,000 is held as forfeit. The appeal right under section 30 is written in reasonably broad language. It provides that the person who requested a decision of the Minister under section 25 may appeal “the decision” by way of an action to the Federal Court. While the request for the decision is as to whether subsection 12(1) of the Act was contravened, the decision which may be appealed is made under sections 27, 28 and 29 of the Act, with the right of an appeal of that decision under section 30. Applying a modern approach to statutory construction, my interpretation meets the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. A narrow interpretation would be, as the Court said in *Dokaj*, “awkward”, “inconvenient” and “unfair”. I cannot conclude that Parliament would have intended such a result, and I do not think the language of section 30 is so clear as to dictate such a result.

du ministre porte également sur ce point. Dans *Dokaj c. M.R.N.*, [2006] 2 R.C.F. 152 (C.F.), la Cour a statué que cette partie de la décision du ministre rendue en application de la Loi devait être contestée au moyen d’un contrôle judiciaire conformément à l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et non au moyen d’une action intentée en vertu de l’article 30 de la Loi. La Cour a déclaré que cette dichotomie dans la procédure d’appel était « maladroit[e] et peu commode » et était « injuste » : voir le paragraphe 39 de la décision *Dokaj*.

[32] J’aimerais mentionner que la procédure d’appel à la Cour fédérale qui est prévue au paragraphe 30(1) de la Loi ne me permet pas de conclure que le législateur avait l’intention de créer deux procédures d’appel à la Cour fédérale pour la même décision ou qu’il aurait accordé à une partie le droit d’interjeter appel de la décision par voie d’action devant la Cour fédérale tout en limitant cet appel à un seul aspect de la décision.

[33] En l’espèce par exemple, la décision du ministre a été prise en application de l’article 27 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 62] de la Loi — il y a eu contravention à l’article 12 de la Loi — et de l’article 29 — les espèces saisies d’une valeur de 70 000 \$ ont été confisquées. Le droit d’appel prévu à l’article 30 est libellé en des termes relativement larges. Suivant cette disposition, la personne qui a présenté une demande de révision au ministre en vertu de l’article 25 peut en appeler de « la décision » du ministre par voie d’action devant la Cour fédérale. Bien que la demande de révision vise à déterminer s’il y a eu contravention au paragraphe 12(1) de la Loi, la décision qui peut être portée en appel est prise en application des articles 27, 28 ou 29 de la Loi, le droit d’appel étant prévu à l’article 30. Appliquant la méthode moderne d’interprétation des lois, j’estime que mon interprétation est conforme à l’esprit de la loi, à l’objet de la loi et à l’intention du législateur. Une interprétation stricte serait, comme la Cour l’a dit dans *Dokaj*, « maladroit[e] », « peu commode » et « injuste ». Je ne peux conclure que le législateur souhaitait un tel résultat, et je ne pense pas que le libellé de l’article 30 soit suffisamment clair pour imposer ce résultat.

## ORDER

## THIS COURT ORDERS THAT:

This motion by the defendants for summary judgment is allowed so that this action is dismissed with costs.

## APPENDIX A

1. Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17

12. (1) Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

(2) A person or entity is not required to make a report under subsection (1) in respect of an activity if the prescribed conditions are met in respect of the person, entity or activity, and if the person or entity satisfies an officer that those conditions have been met.

(3) Currency or monetary instruments shall be reported under subsection (1)

(a) in the case of currency or monetary instruments in the actual possession of a person arriving in or departing from Canada, or that form part of their baggage if they and their baggage are being carried on board the same conveyance, by that person or, in prescribed circumstances, by the person in charge of the conveyance;

(b) in the case of currency or monetary instruments imported into Canada by courier or as mail, by the exporter of the currency or monetary instruments or, on receiving notice under subsection 14(2), by the importer;

(c) in the case of currency or monetary instruments exported from Canada by courier or as mail, by the exporter of the currency or monetary instruments;

(d) in the case of currency or monetary instruments, other than those referred to in paragraph (a) or imported or exported as mail, that are on board a conveyance arriving in or departing from Canada, by the person in charge of the conveyance; and

(e) in any other case, by the person on whose behalf the currency or monetary instruments are imported or exported.

## ORDONNANCE

## LA COUR ORDONNE :

La requête en jugement sommaire présentée par les défendeurs est accueillie et, en conséquence, l'action est rejetée avec dépens.

## ANNEXE A

1. Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17

12. (1) Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l'agent, conformément aux règlements, l'importation ou l'exportation des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

(2) Une personne ou une entité n'est pas tenue de faire une déclaration en vertu du paragraphe (1) à l'égard d'une importation ou d'une exportation si les conditions réglementaires sont réunies à l'égard de la personne, de l'entité, de l'importation ou de l'exportation et si la personne ou l'entité convainc un agent de ce fait.

(3) Le déclarant est, selon le cas :

a) la personne ayant en sa possession effective ou parmi ses bagages les espèces ou effets se trouvant à bord du moyen de transport par lequel elle est arrivée au Canada ou a quitté le pays ou la personne qui, dans les circonstances réglementaires, est responsable du moyen de transport;

b) s'agissant d'espèces ou d'effets importés par messenger ou par courrier, l'exportateur étranger ou, sur notification aux termes du paragraphe 14(2), l'importateur;

c) l'exportateur des espèces ou effets exportés par messenger ou par courrier;

d) le responsable du moyen de transport arrivé au Canada ou qui a quitté le pays et à bord duquel se trouvent des espèces ou effets autres que ceux visés à l'alinéa a) ou importés ou exportés par courrier;

e) dans les autres cas, la personne pour le compte de laquelle les espèces ou effets sont importés ou exportés.

(4) If a report is made in respect of currency or monetary instruments, the person arriving in or departing from Canada with the currency or monetary instruments shall

(a) answer truthfully any questions that the officer asks with respect to the information required to be contained in the report; and

(b) on request of an officer, present the currency or monetary instruments that they are carrying or transporting, unload any conveyance or part of a conveyance or baggage and open or unpack any package or container that the officer wishes to examine.

(5) Officers shall send the reports they receive under subsection (1) to the Centre.

...

**18.** (1) If an officer believes on reasonable grounds that subsection 12(1) has been contravened, the officer may seize as forfeit the currency or monetary instruments.

(2) The officer shall, on payment of a penalty in the prescribed amount, return the seized currency or monetary instruments to the individual from whom they were seized or to the lawful owner unless the officer has reasonable grounds to suspect that the currency or monetary instruments are proceeds of crime within the meaning of subsection 462.3(1) of the *Criminal Code* or funds for use in the financing of terrorist activities.

(3) An officer who seizes currency or monetary instruments under subsection (1) shall

(a) if they were not imported or exported as mail, give the person from whom they were seized written notice of the seizure and of the right to review and appeal set out in sections 25 and 30;

(b) if they were imported or exported as mail and the address of the exporter is known, give the exporter written notice of the seizure and of the right to review and appeal set out in sections 25 and 30; and

(c) take the measures that are reasonable in the circumstances to give notice of the seizure to any person whom the officer believes on reasonable grounds is entitled to make an application under section 32 in respect of the currency or monetary instruments.

(4) The service of a notice under paragraph (3)(b) is sufficient if it is sent by registered mail addressed to the exporter.

...

**25.** A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the

(4) Une fois la déclaration faite, la personne qui entre au Canada ou quitte le pays avec les espèces ou effets doit :

a) répondre véridiquement aux questions que lui pose l'agent à l'égard des renseignements à déclarer en application du paragraphe (1);

b) à la demande de l'agent, lui présenter les espèces ou effets qu'elle transporte, décharger les moyens de transport et en ouvrir les parties et ouvrir ou défaire les colis et autres contenants que l'agent veut examiner.

(5) L'agent fait parvenir au Centre les déclarations recueillies en application du paragraphe (1).

[ . . . ]

**18.** (1) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), l'agent peut saisir à titre de confiscation les espèces ou effets.

(2) Sur réception du paiement de la pénalité réglementaire, l'agent restitue au saisi ou au propriétaire légitime les espèces ou effets saisis sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit de produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel* ou de fonds destinés au financement des activités terroristes.

(3) L'agent qui procède à la saisie-confiscation prévue au paragraphe (1) :

a) donne au saisi, dans le cas où les espèces ou effets sont importés ou exportés autrement que par courrier, un avis écrit de la saisie et du droit de révision et d'appel établi aux articles 25 et 30;

b) donne à l'exportateur, dans le cas où les espèces ou effets sont importés ou exportés par courrier et son adresse est connue, un avis écrit de la saisie et du droit de révision et d'appel établi aux articles 25 et 30;

c) prend les mesures convenables, eu égard aux circonstances, pour aviser de la saisie toute personne dont il croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle est recevable à présenter, à l'égard des espèces ou effets saisis, la requête visée à l'article 32.

(4) Il suffit, pour que l'avis visé à l'alinéa (3)b) soit considéré comme signifié, qu'il soit envoyé en recommandé à l'exportateur.

[ . . . ]

**25.** La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire

currency or monetary instruments, may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place.

**26. (1)** If a decision of the Minister is requested under section 25, the Commissioner shall without delay serve on the person who requested it written notice of the circumstances of the seizure in respect of which the decision is requested.

(2) The person on whom a notice is served under subsection (1) may, within 30 days after the notice is served, furnish any evidence in the matter that they desire to furnish.

**27. (1)** Within 90 days after the expiry of the period referred to in subsection 26(2), the Minister shall decide whether subsection 12(1) was contravened.

(2) If charges are laid with respect to a money laundering offence or a terrorist activity financing offence in respect of the currency or monetary instruments seized, the Minister may defer making a decision but shall make it in any case no later than 30 days after the conclusion of all court proceedings in respect of those charges.

(3) The Minister shall, without delay after making a decision, serve on the person who requested it a written notice of the decision together with the reasons for it.

**28.** If the Minister decides that subsection 12(1) was not contravened, the Minister of Public Works and Government Services shall, on being informed of the Minister's decision, return the penalty that was paid, or the currency or monetary instruments or an amount of money equal to their value at the time of the seizure, as the case may be.

**29. (1)** If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, the Minister shall, subject to the terms and conditions that the Minister may determine,

(a) decide that the currency or monetary instruments or, subject to subsection (2), an amount of money equal to their value on the day the Minister of Public Works and Government Services is informed of the decision, be returned, on payment of a penalty in the prescribed amount or without penalty;

(b) decide that any penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted; or

(c) subject to any order made under section 33 or 34, confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada.

légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l'agent qui les a saisis ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie.

**26. (1)** Le commissaire signifie sans délai par écrit à la personne qui a présenté la demande visée à l'article 25 un avis exposant les circonstances de la saisie à l'origine de la demande.

(2) Le demandeur dispose de trente jours à compter de la signification de l'avis pour produire tous moyens de preuve à l'appui de ses prétentions.

**27. (1)** Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'expiration du délai mentionné au paragraphe 26(2), le ministre décide s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1).

(2) Dans le cas où des poursuites pour infraction de recyclage des produits de la criminalité ou pour infraction de financement des activités terroristes ont été intentées relativement aux espèces ou effets saisis, le ministre peut reporter la décision, mais celle-ci doit être prise dans les trente jours suivant l'issue des poursuites.

(3) Le ministre signifie sans délai par écrit à la personne qui a fait la demande un avis de la décision, motifs à l'appui.

**28.** Si le ministre décide qu'il n'y a pas eu de contravention au paragraphe 12(1), le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il est informé de la décision du ministre, restitue la valeur de la pénalité réglementaire, les espèces ou effets ou la valeur de ceux-ci au moment de la saisie, selon le cas.

**29. (1)** S'il décide qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), le ministre, aux conditions qu'il fixe :

a) soit décide de restituer les espèces ou effets ou, sous réserve du paragraphe (2), la valeur de ceux-ci à la date où le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux est informé de la décision, sur réception de la pénalité réglementaire ou sans pénalité;

b) soit décide de restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2);

c) soit confirme la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34.

The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to a decision of the Minister under paragraph (a) or (b) on being informed of it.

(2) The total amount paid under paragraph (1)(a) shall, if the currency or monetary instruments were sold or otherwise disposed of under the *Seized Property Management Act*, not exceed the proceeds of the sale or disposition, if any, less any costs incurred by Her Majesty in respect of the currency or monetary instruments.

30. (1) A person who requests a decision of the Minister under section 25 may, within 90 days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which the person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

(2) The *Federal Courts Act* and the rules made under that Act that apply to ordinary actions apply to actions instituted under subsection (1) except as varied by special rules made in respect of such actions.

(3) The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to the decision of the Court on being informed of it.

(4) If the currency or monetary instruments were sold or otherwise disposed of under the *Seized Property Management Act*, the total amount that can be paid under subsection (3) shall not exceed the proceeds of the sale or disposition, if any, less any costs incurred by Her Majesty in respect of the currency or monetary instruments.

2. *Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1*

12. (1) Subject to this section, all goods that are imported shall, except in such circumstances and subject to such conditions as may be prescribed, be reported at the nearest customs office designated for that purpose that is open for business.

3. *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations, SOR/2002-412*

2. (1) For the purposes of reporting the importation or exportation of currency or monetary instruments of a certain value under subsection 12(1) of the Act, the prescribed amount is \$10,000.

(2) The prescribed amount is in Canadian dollars or its equivalent in a foreign currency, based on

Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en est informé, prend les mesures nécessaires à l'application des alinéas a) ou b).

(2) En cas de vente ou autre forme d'aliénation des espèces ou effets en vertu de la *Loi sur l'administration des biens saisis*, le montant de la somme versée en vertu de l'alinéa (1)a) ne peut être supérieur au produit éventuel de la vente ou de l'aliénation, duquel sont soustraits les frais afférents exposés par Sa Majesté; à défaut de produit de l'aliénation, aucun paiement n'est effectué.

30. (1) La personne qui a présenté une demande en vertu de l'article 25 peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de la décision, en appeler par voie d'action devant la Cour fédérale à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

(2) La *Loi sur les Cours fédérales* et les règles prises aux termes de cette loi applicables aux actions ordinaires s'appliquent aux actions intentées en vertu du paragraphe (1), avec les adaptations nécessaires occasionnées par les règles propres à ces actions.

(3) Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en a été informé, prend les mesures nécessaires pour donner effet à la décision de la Cour.

(4) En cas de vente ou autre forme d'aliénation des espèces ou effets en vertu de la *Loi sur l'administration des biens saisis*, le montant de la somme qui peut être versée en vertu du paragraphe (3) ne peut être supérieur au produit éventuel de la vente ou de l'aliénation, duquel sont soustraits les frais afférents exposés par Sa Majesté; à défaut de produit de l'aliénation, aucun paiement n'est effectué.

2. *Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1*

12. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, ainsi que des circonstances et des conditions prévues par règlement, toutes les marchandises importées doivent être déclarées au bureau de douane le plus proche, doté des attributions prévues à cet effet, qui soit ouvert.

3. *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets, DORS/2002-412*

2. (1) Pour l'application du paragraphe 12(1) de la Loi, les espèces ou effets dont l'importation ou l'exportation doit être déclarée doivent avoir une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$.

(2) La valeur de 10 000 \$ est exprimée en dollars canadiens ou en son équivalent en devises selon :

(a) the official conversion rate of the Bank of Canada as published in the Bank of Canada's *Daily Memorandum of Exchange Rates* that is in effect at the time of importation or exportation; or

(b) if no official conversion rate is set out in that publication for that currency, the conversion rate that the person or entity would use for that currency in the normal course of business at the time of the importation or exportation.

a) le taux de conversion officiel de la Banque du Canada publié dans son *Bulletin quotidien des taux de change* en vigueur à la date de l'importation ou de l'exportation;

b) dans le cas où la devise ne figure pas dans ce bulletin, le taux de conversion que le déclarant utiliserait dans le cours normal de ses activités à cette date.

A-143-05  
2006 FCA 70

A-143-05  
2006 CAF 70

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

v.

**Andrea Lillian Reid** (*Respondent*)

**INDEXED AS: REID v. CANADA (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Rothstein, Sharlow and Malone J.J.A.—Vancouver, January 16; Ottawa, February 15, 2006.

*Public Service — “Supplementary Death Benefits” — Appeal from Federal Court’s dismissal of motion for summary dismissal of action — Respondent, widow of retired federal government employee — When retiring, late husband became “elective participant” in Supplementary Death Benefit Plan pursuant to Public Service Superannuation Act (Act) — Received retroactive salary increase when new collective agreement made after retirement but before death — Whether retroactive salary increase should be considered in determining supplementary death benefit — Amount of supplementary death benefit payable under Act, Part II determined based on whether participant dies while employed or after retirement — Act, s. 47(1)(a) applying in case of death of federal government employee while employed — Act, s. 47(1)(b) applying to “elective participant” — Definition of “salary” therein not including retroactive salary exception, not importing Part I definition unlike s. 47(1)(a) — No reason to presume Parliament intended to treat retired Canadian Armed Forces members, retired public servants similarly — Federal Court erring in interpretation of definition — Appeal allowed.*

This was an appeal from a Federal Court judgment denying the appellant’s motion for summary dismissal of an action commenced by the respondent against it. The respondent is the widow of a retired federal government employee. While a federal government employee, her late husband was required to contribute to the Supplementary Death Benefit Plan. When he retired, he chose to become an “elective participant” in the Supplementary Death Benefit Plan under the *Public Service Superannuation Act* (Act) and continued monthly contributions to the plan. Under paragraph 47(1)(b) of the Act,

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

c.

**Andrea Lillian Reid** (*intimée*)

**RÉPERTORIÉ: REID c. CANADA (C.A.F.)**

Cour d’appel fédérale, les juges Rothstein, Sharlow et Malone, J.C.A.—Vancouver, 16 janvier; Ottawa, 15 février 2006.

*Fonction publique — « Prestations supplémentaires de décès » — Appel d’un jugement de la Cour fédérale rejetant la requête en rejet sommaire de l’action — L’intimée est la veuve d’un employé du gouvernement canadien à la retraite — À sa retraite, son défunt mari a choisi de devenir un « participant volontaire » au régime de prestations supplémentaires de décès conformément à la Loi sur la pension de la fonction publique — Il a obtenu une augmentation rétroactive de traitement en vertu d’une convention collective conclue après sa retraite mais avant son décès — Faut-il tenir compte de l’augmentation rétroactive du traitement pour déterminer la prestation supplémentaire de décès — Le montant de la prestation supplémentaire de décès payable en application de la partie II de la Loi dépend de la question de savoir si le participant décède pendant son emploi ou après sa retraite — L’art. 47(1)a s’applique lorsque le décès d’un employé du gouvernement fédéral survient en cours d’emploi — L’art. 47(1)b s’applique au « participant volontaire » — À la différence de l’art. 47(1)a, l’art. 47(1)b n’intègre ni l’exception relative au traitement rétroactif ni la définition de « traitement » que l’on trouve à la partie I (qui se rapporte à la « rémunération de base ») — Il n’y a aucune raison de présumer que le législateur entendait assujettir au même traitement les membres des Forces armées canadiennes à la retraite et les employés du gouvernement fédéral à la retraite — La Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de la définition — L’appel est accueilli.*

Il s’agit de l’appel d’un jugement par lequel la Cour fédérale a rejeté la requête présentée par l’appelante en vue d’obtenir le rejet sommaire de l’action intentée par l’intimée contre elle. L’intimée est la veuve d’un employé du gouvernement canadien à la retraite. Quand il était un employé du gouvernement fédéral, son défunt mari était tenu de participer au régime de prestations supplémentaires de décès. À sa retraite, il a choisi de devenir un « participant volontaire » au régime de prestations supplémentaires de décès conformément à la *Loi sur la pension de la fonction publique*

this meant that the supplementary death benefit payable upon his death would be an amount equal to approximately twice his salary. The collective agreement under which the respondent's late husband worked expired before his retirement and a new one was entered into subsequent to his retirement. By virtue of the new collective agreement, he received additional salary from the date on which the old collective agreement had expired to the date of his retirement. The pension payable under Part I of the Act was adjusted to reflect the retroactive salary increase. When her husband died, the respondent, as the designated beneficiary of the Supplementary Death Benefit Plan, received the supplementary death benefit calculated without taking into account the retroactive salary increase. The Federal Court dismissed the motion because it did not agree with the appellant's interpretation that retroactive salary increases are not to be taken into account. The issue was whether, in computing the supplementary death benefit payable upon the death of a retired federal government employee under Part II of the Act, it is necessary to take into account a retroactive salary increase paid to the retired employee pursuant to a collective agreement made after his retirement and before his death.

*Held*, the appeal should be allowed.

The amount of the supplementary death benefit payable under Part II of the Act depends in part upon whether the participant dies while employed or after retirement. Under the Act, the term "salary" is defined in subsection 47(1) and contains two cross-references. In paragraph 47(1)(a), which applies in the case of the death of a federal government employee while employed, the first cross-reference is to "salary" for the purposes of determining the pension payable to a federal government employee under Part I of the Act. It was common ground that for the purposes of determining the pension entitlement of a retired federal government employee under Part I of the Act, a retroactive salary increase is part of "salary" because it automatically, and with retroactive effect, becomes part of an employee's "basic pay". However, the supplementary death benefit is determined on a different basis because of the second cross-reference in paragraph 47(1)(a), which is to section 23 of the *Supplementary Death Benefit Regulations* (SBD). Section 23 prescribes in certain situations the date of the deemed receipt of a retroactive salary increase. The effect of the cross-reference to section 23 is that in determining the amount of the supplementary death benefit payable on the death of a federal government employee who dies while employed, a retroactive salary increase is not taken into account unless the death occurs after the month in which

(la Loi) et a continué de verser des contributions mensuelles au régime. Aux termes de l'alinéa 47(1)b) de la Loi, il s'ensuivait que la prestation supplémentaire de décès payable à son décès correspondait à un montant approximativement égal au double de son traitement. La convention collective régissant le défunt mari de l'intimée était échue lorsqu'il a pris sa retraite et une nouvelle convention collective est entrée en vigueur après sa mise à la retraite. Selon la nouvelle convention, il avait droit de recevoir un traitement additionnel à partir de la date d'expiration de l'ancienne convention collective et jusqu'à la date de sa retraite. La pension payable en application de la partie I de la Loi a été ajustée pour tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement. Au décès de son mari, l'intimée a reçu, à titre de bénéficiaire nommément désignée, une prestation supplémentaire de décès établie sans tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement de son mari. La Cour fédérale a rejeté la requête parce qu'elle était en désaccord avec l'interprétation de l'appelante suivant laquelle il ne faut pas tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement. La question en litige était celle de savoir si, pour calculer la prestation supplémentaire de décès payable au décès d'un employé du gouvernement fédéral à la retraite, en application de la partie II de la Loi, il est nécessaire de tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement accordée à l'employé à la retraite en vertu d'une convention collective conclue après sa retraite mais avant son décès.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Le montant de la prestation supplémentaire de décès payable en application de la partie II de la Loi dépend en partie de la réponse à la question de savoir si le participant décède pendant son emploi ou après sa retraite. Le mot « traitement » est défini au paragraphe 47(1), qui comporte deux renvois. L'alinéa 47(1)a), qui s'applique lorsque le décès d'un employé du gouvernement fédéral survient en cours d'emploi, renvoie d'abord au mot « traitement » pour établir la pension payable à un employé du gouvernement fédéral en application de la partie I de la Loi. Les parties reconnaissent que, pour établir le droit à pension d'un employé du gouvernement fédéral à la retraite, en application de la partie I de la Loi, l'augmentation rétroactive du traitement fait partie du « traitement », car elle fait automatiquement et rétroactivement partie de la « rémunération de base » d'un employé. Toutefois, la prestation supplémentaire de décès est établie sur une base différente en raison du second renvoi que l'on trouve à l'alinéa 47(1)a), qui renvoie à l'article 23 du *Règlement sur les prestations supplémentaires de décès* (le règlement PSD). L'article 23 indique, dans certaines situations, la date à laquelle un participant est réputé avoir commencé à recevoir l'augmentation rétroactive du traitement. Ce renvoi à l'article 23 a pour effet que, pour calculer le montant de la prestation supplémentaire payable au décès d'un

the retroactive salary increase is approved.

Unlike paragraph 47(1)(a) of the Act, the definition of “salary” in paragraph 47(1)(b), which applies to an elective participant, does not include the retroactive salary exception. Moreover, it does not import the Part I definition of “salary” in subsection 3(1) (which refers to “basic pay”). Therefore, the respondent’s argument that the absence of the exception in paragraph 47(1)(b) means that the retroactive salary increase must be taken into account in determining the salary of the deceased spouse at the time he ceased to be a federal government employee was rejected. The key words of paragraph 47(1)(b) (“salary in the Public Service at the time he ceased to be employed in the Public Service”) describe the rate of the salary as a historical fact—the rate of the salary that the employee was actually receiving at the relevant time.

Finally, the respondent’s proposed interpretation that, when determining the supplementary death benefit, a retroactive salary increase should be taken into account was based on a comparison of the definition of “salary” in subsection 47(1) of the Act and the definition of “salary” in the *Canadian Forces Superannuation Act*. In the latter Act, retroactive pay increases would be included. However, despite the shared legislative history and similar subject-matter, the two statutory definitions could not be interpreted in the same way. They are not part of the same statutory scheme so there is no reason to presume that Parliament intended similar treatment given the substantial differences in the language of the definitions.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17, s. 60(1) “salary”.  
*Canadian Forces Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 21.  
*Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 396, s. 48.  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. P-36, s. 2(1) “salary”.  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, ss. 3(1) “salary”, 47(1) “salary”, 51.  
*Public Service Superannuation Act*, S.C. 1952-53, c. 47.  
*Supplementary Death Benefit Regulations*, C.R.C., c. 1360, s. 23.

employé du gouvernement fédéral décédé en cours d’emploi, on ne tient pas compte de l’augmentation rétroactive du traitement à moins que le décès ne survienne après le mois où l’augmentation rétroactive du traitement a été autorisée.

L’exception du traitement rétroactif, qui apparaît à l’alinéa 47(1)a) de la Loi ne figure pas à l’alinéa 47(1)b), qui s’applique au participant volontaire. En outre, l’alinéa 47(1)b) de la Loi n’intègre pas la définition de « traitement » du paragraphe 3(1) de la partie I (qui se rapporte à la « rémunération de base »). L’argument de l’intimée suivant lequel, du fait qu’il n’y a pas d’exception à l’alinéa 47(1)b), on devrait tenir compte de l’augmentation rétroactive du traitement pour calculer le traitement du défunt conjoint au moment où il a cessé d’être un employé du gouvernement fédéral est donc rejeté. L’alinéa 47(1)b) (« traitement dans la fonction publique au moment où il a cessé d’y être employé ») présente le taux de traitement comme un fait historique: il s’agit du taux de traitement que l’employé recevait effectivement à l’époque en cause.

Enfin, l’interprétation de l’intimée suivant laquelle on doit tenir compte de l’augmentation rétroactive du traitement pour calculer la prestation supplémentaire de décès reposait sur une comparaison entre la définition du mot « traitement » au paragraphe 47(1) de la Loi et du mot « traitement » dans la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*. Dans cette dernière loi, les augmentations rétroactives de traitement seraient incluses. Toutefois, les deux définitions législatives ne peuvent être interprétées de la même manière et ce, malgré la similitude d’objet et l’historique commun. Elles ne font pas partie du même régime législatif et il n’y a aucune raison de présumer que le législateur recherchait un même traitement, compte tenu des différences substantielles dans la formulation utilisée dans les définitions.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 3(1) « traitement », 47(1) « traitement », 51.  
*Loi sur la pension de la fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-36, art. 2(1) « traitement ».  
*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17, art. 60(1) « traitement ».  
*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.C. 1959, ch. 21.  
*Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, ch. 47.  
*Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396, art. 48.  
*Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, C.R.C., ch. 1360, art. 23.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*Gruber v. The Queen*, [1975] F.C. 578; (1975), 11 N.R. 216 (C.A.); *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84; (1985), 85 CLLC 14,016; 57 N.R. 351 (C.A.).

APPEAL from a Federal Court judgment ([2005] 3 F.C.R. 41; (2005), 268 C.C.P.B. 268; 268 F.T.R. 275; 2005 FC 158) denying the appellant's motion for summary dismissal of an action against it regarding the determination of the supplementary death benefit payable to the respondent upon the death of her husband, a retired federal government employee. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Dale L. Yurka* for appellant.  
*Robert A. Margolis* and *John C. Kleefeld* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Giaschi & Margolis*, Vancouver, for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal from a judgment of the Federal Court denying the Crown's motion for summary dismissal of an action commenced by the respondent Andrea Lillian Reid against the Crown: *Reid v. Canada*, [2005] 3 F.C.R. 41.

[2] The issue is whether, in computing the supplementary death benefit payable upon the death of a retired federal government employee under Part II of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, it is necessary to take into account a retroactive salary increase paid to the retired employee pursuant to a collective agreement made after his retirement and before his death. If the Crown is correct, the retroactive salary increase is not taken into account, and the

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Gruber c. La Reine*, [1975] C.F. 578 (C.A.); *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84 (C.A.).

APPEL d'un jugement par lequel la Cour fédérale ([2005] 3 R.C.F. 41; 2005 CF 158) a rejeté la requête présentée par l'appelante en vue d'obtenir le rejet sommaire de l'action intentée contre elle au sujet du calcul de la prestation supplémentaire de décès payable à l'intimée au décès de son mari, un employé du gouvernement canadien à la retraite. L'appel est accueilli.

## ONT COMPARU :

*Dale L. Yurka* pour l'appellant.  
*Robert A. Margolis* et *John C. Kleefeld* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Giaschi & Margolis*, Vancouver, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale rejetant la requête en rejet sommaire de Sa Majesté dans le cadre d'une action initiée par l'intimée Andrea Lillian Reid à l'encontre de Sa Majesté : *Reid c. Canada*, [2005] 3 R.C.F. 41.

[2] La question est de savoir si, en calculant la prestation supplémentaire de décès payable au décès d'un employé du gouvernement fédéral à la retraite, en application de la partie II de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, il est nécessaire de tenir compte d'une augmentation rétroactive du traitement payée à l'employé à la retraite dans le cadre d'une convention collective conclue après sa retraite mais avant son décès. Si Sa Majesté a raison,

Crown's motion for summary dismissal should have been granted.

[3] The Federal Court Judge dismissed the motion because she did not agree with the Crown's interpretation. I must respectfully disagree with the Judge. It is my view that, for the reasons that follow, the Crown's interpretation is correct.

[4] Mrs. Reid is the widow of Douglas W. Reid, who was an employee of the Government of Canada from August 26, 1974, until March 31, 1998, when he retired.

[5] The collective agreement under which Mr. Reid worked at the time of his retirement had expired in 1997. A new collective agreement was entered into on December 28, 1998. By virtue of the new collective agreement, Mr. Reid was entitled to receive, and did receive, additional salary for the period from June 20, 1997, the date on which the old collective agreement expired, to March 31, 1998, the date of Mr. Reid's retirement.

[6] The pension payable to Mr. Reid under Part I of the *Public Service Superannuation Act* upon his retirement was adjusted to reflect the retroactive salary increase.

[7] Mr. Reid died on December 3, 2000. Mrs. Reid, as his designated beneficiary, received a supplementary death benefit determined on the basis that Mr. Reid's salary was \$53,492. That was Mr. Reid's annual rate of salary at the time of his retirement in 1998. The amount of the supplementary death benefit was determined without taking into account Mr. Reid's retroactive salary increase.

[8] The entitlement of Mrs. Reid to the supplementary death benefit payable on Mr. Reid's death is a term of the Supplementary Death Benefit Plan established by Part II of the *Public Service Superannuation Act*. She was his designated beneficiary under that plan.

[9] While Mr. Reid was a federal government employee, he was required to participate in the

l'augmentation rétroactive du traitement ne doit pas être considérée, et la requête en rejet sommaire de Sa Majesté aurait dû être accueillie.

[3] La juge de la Cour fédérale a rejeté la requête parce qu'elle était en désaccord avec l'interprétation de Sa Majesté. En toute déférence, je ne souscris pas à son opinion. Selon moi, pour les motifs qui suivent, l'interprétation de Sa Majesté est juste.

[4] M<sup>me</sup> Reid est la veuve de Douglas W. Reid, lequel a été un employé du gouvernement canadien du 26 août 1974 au 31 mars 1998, moment de sa retraite.

[5] La convention collective applicable au moment de sa retraite était échuée depuis 1997. Une nouvelle convention collective est entrée en vigueur le 28 décembre 1998. Selon la nouvelle convention, M. Reid avait droit de recevoir un traitement additionnel—traitement qu'il a reçu—du 20 juin 1997 (date d'expiration de la convention collective) au 31 mars 1998 (date de sa retraite).

[6] La pension payable à M. Reid au moment de sa retraite, en application de la partie I de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, a été ajustée pour tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement.

[7] M. Reid est décédé le 3 décembre 2000. M<sup>me</sup> Reid a reçu, à titre de bénéficiaire, une prestation supplémentaire de décès établie selon le traitement de M. Reid chiffré à 53 492 \$. Il s'agit là du taux de traitement annuel de M. Reid au moment de sa retraite en 1998. Le montant de la prestation supplémentaire de décès a été établi sans tenir compte de l'augmentation rétroactive du traitement de M. Reid.

[8] Le droit de M<sup>me</sup> Reid à une prestation supplémentaire de décès payable au décès de M. Reid est un droit reconnu selon le régime de prestations supplémentaires de décès qu'on retrouve à la partie II de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Elle était la bénéficiaire sous ce régime.

[9] Quand M. Reid était un employé du gouvernement fédéral, il devait participer au Régime de prestations

Supplementary Death Benefit Plan. As a participant, Mr. Reid was required to make contributions at the rate of 15¢ per \$1,000 of the supplementary death benefit payable.

[10] The amount of the supplementary death benefit payable under Part II of the *Public Service Superannuation Act* depends in part upon whether the participant dies while employed, or after retirement. If Mr. Reid had died while he was an employee, the amount of the benefit would have been approximately twice Mr. Reid's "salary", as defined in paragraph (a) of the definition of "salary" in subsection 47(1) of the *Public Service Superannuation Act*. That definition reads as follows:

47. (1) . . .

"salary" means

(a) in the case of a participant employed in the Public Service, the salary as defined for purposes of Part I, expressed in terms of an annual rate, except that where a retroactive increase is authorized in the salary of that participant, the increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe.

[11] Paragraph (a) of this statutory definition contains two cross-references. The first cross-reference is to "salary" for the purposes of determining the pension payable to a federal government employee under Part I of the *Public Service Superannuation Act*. That definition of "salary" is found in subsection 3(1) [paragraph (a)] of the *Public Service Superannuation Act* and reads as follows:

3. (1) . . .

"salary" means

(a) . . . the basic pay received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office exclusive of any amount received as allowances, special remuneration, payment for overtime or other compensation or as a gratuity unless that amount is deemed to be or to have been included in that person's basic pay pursuant to any regulation made under paragraph 42(1)(e).

(The regulations made under paragraph 42(1)(e) are not relevant to this case.)

supplémentaires de décès. À titre de participant, M. Reid devait verser 15¢ par tranche de 1 000 \$ de la prestation supplémentaire payable.

[10] Le montant de la prestation supplémentaire de décès payable en application de la partie II de la *Loi sur la pension de la fonction publique* dépend en partie de la question de savoir si le participant décède pendant son emploi ou après sa retraite. Si M. Reid était décédé alors qu'il était un employé, le montant de la prestation se serait chiffré approximativement au double du « traitement » de M. Reid. Le mot « traitement » est ainsi défini à l'alinéa a) du paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* :

47. (1) [. . .]

« traitement »

a) Dans le cas d'un participant employé dans la fonction publique, le traitement défini pour l'application de la partie I, exprimé sous forme de taux annuel, sauf que lorsqu'une augmentation rétroactive est autorisée sur le traitement d'un tel participant, celui-ci est réputé avoir commencé à la percevoir le jour fixé par règlement.

[11] L'alinéa a) de cette définition comporte deux renvois. La disposition renvoie d'abord au mot « traitement » pour établir la pension payable à un employé du gouvernement fédéral en application de la partie I de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Ce terme est défini au paragraphe 3(1) [alinéa a)] de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, dont voici le libellé :

3. (1) [. . .]

« traitement »

a) La rémunération de base versée pour l'accomplissement des fonctions normales d'un poste dans la fonction publique, y compris les allocations, les rémunérations spéciales ou pour temps supplémentaires ou autres indemnités et les gratifications qui sont réputées en faire partie en vertu d'un règlement pris en application de l'alinéa 42(1)e).

(La réglementation prise suivant l'alinéa 42(1)e) n'est pas pertinente en l'espèce.)

[12] It is common ground that, for the purposes of determining the pension entitlement of a retired federal government employee under Part I of the *Public Service Superannuation Act*, a retroactive salary increase is part of “salary” because it automatically, and with retroactive effect, becomes part of an employee’s “basic pay”. That is why Mr. Reid’s retroactive salary increase resulted in an increase in his pension.

[13] However, the supplementary death benefit is determined on a different basis. That is because of the second cross-reference in paragraph (a) of the definition of “salary” in subsection 47(1). The second cross-reference is to section 23 of the *Supplementary Death Benefit Regulations*, C.R.C., c. 1360 (the SBD Regulations). That provision prescribes, in certain situations, the date of the deemed receipt of a retroactive salary increase. It reads as follows:

23. Where a retroactive increase is authorized in the salary of a participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on the first day of the month following the month in which

(a) the Governor in Council or the Treasury Board, as the case may be, approves such increase; or

(b) written approval of such increase was duly issued by the appropriate authority in any case where approval of the Governor in Council or the Treasury Board is not required.

[14] The effect of section 23 of the SBD Regulations, as incorporated into paragraph (a) of the definition of “salary” in subsection 47(1), is that in determining the amount of the supplementary death benefit payable on the death of a federal government employee who dies while employed, a retroactive salary increase is not taken into account unless the death occurs after the month in which the retroactive salary increase is approved.

[15] For example, if Mr. Reid had died in March 1998, his death benefit would have been determined without the retroactive salary increase that was approved in December of 1998. That is because, by virtue of the exception in paragraph (a) of the definition of “salary” [in subsection 47(1)], he would have been deemed, for the purposes of Part II of the *Public Service*

[12] Les parties reconnaissent que, pour établir le droit à pension d’un employé du gouvernement fédéral à la retraite, en application de la partie I de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, l’augmentation rétroactive du traitement fait partie du « traitement », car elle fait automatiquement et rétroactivement partie de la « rémunération de base » d’un employé. C’est pourquoi l’augmentation rétroactive du traitement de M. Reid a entraîné une augmentation de sa pension.

[13] Toutefois, la prestation supplémentaire de décès est établie sur une base différente. Cette fois l’alinéa a) de la définition de « traitement » qu’on retrouve au paragraphe 47(1) renvoie à l’article 23 du *Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, C.R.C., ch. 1360 (le règlement PSD). Cette disposition indique, dans certaines situations, la date à laquelle un participant est censé avoir commencé à recevoir l’augmentation rétroactive du traitement. Elle est ainsi rédigée :

23. Lorsqu’une augmentation rétroactive du traitement d’un participant est autorisée, ce dernier est censé avoir commencé à recevoir cette augmentation le premier jour du mois qui suit le mois au cours duquel

a) le gouverneur en conseil ou le conseil du Trésor, selon le cas, approuve cette augmentation; ou

b) l’approbation écrite de cette augmentation a été dûment délivrée par l’autorité compétente dans tous les cas où l’approbation du gouverneur en conseil ou du conseil du Trésor n’est pas requise.

[14] L’article 23 du règlement PSD, tel qu’il est incorporé à l’alinéa a) de la définition de « traitement » qu’on retrouve au paragraphe 47(1), a pour effet que, en établissant le montant de la prestation supplémentaire payable au décès d’un employé du gouvernement fédéral décédé en cours d’emploi, on ignore une augmentation rétroactive du traitement à moins que le décès ne survienne après le mois où l’augmentation rétroactive du traitement est autorisée.

[15] Par exemple, si M. Reid était décédé en mars 1998, sa prestation de décès aurait été fixée sans tenir compte de l’augmentation rétroactive du traitement autorisée en décembre 1998. En effet, du fait de l’exception prévue à l’alinéa a) de la définition de « traitement » [au paragraphe 47(1)], il aurait été censé, en application de la partie II de la *Loi sur la pension de*

*Superannuation Act*, not to have received his retroactive salary increase until January 1, 1999 (the first day of the month following the month in which the retroactive salary increase was approved). It follows that, for the purposes of determining the supplementary death benefit payable to Mrs. Reid, his salary at the date of death would have been determined without the retroactive salary increase.

[16] Thus far, I have discussed only paragraph (a) of the definition of “salary” [in subsection 47(1)], which applies in the case of the death of a federal government employee while employed. That part of the definition does not apply in this case because Mr. Reid did not die while he was a federal government employee.

[17] Mr. Reid retired in 1998. Upon his retirement he chose to become an “elective participant” in the Supplementary Death Benefit Plan, as was his right under section 51 [as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 36] of the *Public Service Superannuation Act*. If he had chosen not to make that election, he would have made no further contributions and upon his death, his designated beneficiary would have been entitled to a payment of at least \$10,000.

[18] As an elective participant, Mr. Reid was obliged to continue making monthly contributions to the supplementary death benefit plan. As long as Mr. Reid continued to make the required contributions, the supplementary death benefit payable upon his death would be an amount equal to approximately twice his salary, as determined in accordance with paragraph (b) of the definition of “salary” in subsection 47(1) of the *Public Service Superannuation Act*. As it is necessary to compare paragraphs (a) and (b), I will quote them both:

47. (1) . . .

“salary” means

(a) in the case of a participant employed in the Public Service, the salary as defined for purposes of Part I, expressed in terms of an annual rate, except that where a retroactive increase is authorized in the salary of that

*la fonction publique*, ne pas avoir reçu son augmentation rétroactive de traitement avant le 1<sup>er</sup> janvier 1999 (le premier jour du mois qui suit le mois au cours duquel l’augmentation rétroactive du traitement a été autorisée). Il s’ensuit que, pour établir la prestation supplémentaire de décès payable à M<sup>me</sup> Reid, on aurait ignoré l’augmentation rétroactive du traitement lorsqu’on aurait établi quel était le traitement de son mari à la date de son décès.

[16] Jusqu’ici, je n’ai traité que de l’alinéa a) de la définition de « traitement » [au paragraphe 47(1)], lequel s’applique lorsque le décès d’un employé du gouvernement fédéral survient en cours d’emploi. Or cette partie de la définition ne s’applique pas en l’espèce parce que M. Reid n’est pas décédé alors qu’il était un employé du gouvernement fédéral.

[17] M. Reid a pris sa retraite en 1998. À ce moment, il a choisi de devenir un « participant volontaire » dans le cadre du Régime de prestations supplémentaires de décès, droit conféré à l’article 51 [mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 36] de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. S’il n’avait pas fait ce choix, il n’aurait pas versé d’autres contributions et, à son décès, sa bénéficiaire aurait eu droit à une somme d’au moins 10 000 \$.

[18] À titre de participant volontaire, M. Reid devait continuer à verser des contributions mensuelles au régime de prestations supplémentaires de décès. Tant que M. Reid a continué à verser les contributions exigées, la prestation supplémentaire de décès payable à son décès correspondait à un montant approximativement égal au double de son traitement établi conformément à l’alinéa b) de la définition de « traitement » qu’on retrouve au paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Étant donné qu’il est nécessaire de comparer les alinéas a) et b), je les citerai tous les deux :

47. (1) [. . .]

« traitement »

a) Dans le cas d’un participant employé dans la fonction publique, le traitement défini pour l’application de la partie I, exprimé sous forme de taux annuel, sauf que lorsqu’une augmentation rétroactive est autorisée sur le traitement

participant, the increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe,

(b) in the case of an elective participant, his salary in the Public Service at the time he ceased to be employed in the Public Service, expressed in terms of an annual rate.

[19] The retroactive salary exception that appears in paragraph (a) of the definition of “salary” does not appear in paragraph (b). It is argued for Mrs. Reid that the absence of the exception in paragraph (b) means that in Mrs. Reid’s case, the retroactive salary increase must be taken into account in determining the salary of Mr. Reid at the time he ceased to be a federal government employee. The argument in essence is that the words of paragraph (a) preceding the retroactive salary exception should be interpreted to mean the same thing as the words of paragraph (b).

[20] The difficulty with the argument made for Mrs. Reid, is that the words of paragraphs (a) and (b) are quite different. One difference is the absence from paragraph (b) of the retroactive salary exception that appears in (a). The other is that paragraph (b), unlike paragraph (a), does not import the Part I definition of “salary” [in subsection 3(1)] (which, it will be recalled, refers to “basic pay”, a phrase that is agreed to include retroactive salary increases).

[21] It seems to me that the ordinary meaning of the key words of paragraph (b) (“salary in the Public Service at the time he ceased to be employed in the Public Service”) describes the rate of salary as a historical fact—the rate of the salary that the employee was actually receiving at the relevant time. If paragraph (b) were intended to refer to salary with retroactive salary increases included, it could have used the same words as paragraph (a) (that is, importing the Part I definition), or it could have referred to the annual rate of salary as of a particular time, or effective at a particular time, rather than the annual rate of salary at a particular time.

[22] It is argued for Mrs. Reid that the jurisprudence and certain aspects of the legislative history supports the

d’un tel participant, celui-ci est réputé avoir commencé à la percevoir le jour fixé par règlement,

b) dans le cas d’un participant volontaire, son traitement dans la fonction publique au moment où il a cessé d’y être employé, exprimé sous forme de taux annuel.

[19] L’exception du traitement rétroactif, qui apparaît à l’alinéa a) de la définition de « traitement », n’apparaît pas à l’alinéa b). On fait valoir au nom de M<sup>me</sup> Reid que, du fait qu’il n’y a pas d’exception à l’alinéa b), on devrait considérer, dans le cas de M<sup>me</sup> Reid, l’augmentation rétroactive du traitement en établissant le traitement de M. Reid au moment où il a cessé d’être un employé du gouvernement fédéral. Essentiellement, l’argument veut que les mots de l’alinéa a), qui précèdent l’exception du traitement rétroactif, aient le même sens que ceux de l’alinéa b).

[20] La problème avec cet argument c’est que les mots utilisés aux alinéas a) et b) sont très différents. Première différence : l’absence à l’alinéa b) de l’exception du traitement rétroactif qui apparaît à l’alinéa a). Deuxième différence : l’alinéa b), contrairement à l’alinéa a), n’intègre pas la définition de « traitement » de la partie I [au paragraphe 3(1)] (qui, rappelons-le, se rapporte à la « rémunération de base », terme qui inclut, convient-on, les augmentations rétroactives du traitement).

[21] Il me semble que le sens ordinaire des mots clés de l’alinéa b) (« traitement dans la fonction publique au moment   il a cessé d’y être employé ») donne à penser que le taux de traitement est un fait historique—le taux de traitement qu’un employé recevait dans les faits au moment pertinent. Si,   l’alinéa b), le législateur avait eu l’intention de se reporter au traitement incluant les augmentations rétroactives du traitement, il aurait pu employer les mêmes mots qu’à l’alinéa a) (c’est-à-dire incorporer au texte la définition de la partie I), ou il aurait pu se reporter, selon la version anglaise, au taux annuel de traitement « as of a particular time », ou « effective at a particular time », plutôt qu’au taux « at a particular time ».

[22] On fait valoir au nom de M<sup>me</sup> Reid que la jurisprudence et certains aspects de l’historique législatif

conclusion that the ordinary meaning of the words of paragraph (b) should not prevail. Her counsel cites two decisions of this Court: *Gruber v. The Queen*, [1975] F.C. 578 (C.A.), and *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84 (C.A.). I am unable to derive much assistance from either case.

[23] The issue in *Gruber* was whether certain payments were required to be included in the “salary” of a federal government employee for the purpose of determining the amount of the pension payable to him under Part I of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. P-36. At the relevant time, the definition of “salary” [in subsection 2(1)] (for purposes of Part I) read as follows:

2. (1) . . .

“salary” . . . means the compensation received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office . . . .

[24] The employee retired in 1972. He was entitled to a pension based on his average salary for any six-year period of his employment that he chose. He chose the period 1966 to 1972. In 1970, he had received payments totalling approximately \$3,600 pursuant to a collective agreement made in November of 1969. The collective agreement established rates of pay as of July 1, 1969, and also provided for a “settlement bonus” of 7% of regular pay for the period from July 1, 1967 to June 30, 1968, a “settlement bonus” of 14.49% of regular pay for the period from July 1, 1968 to June 30, 1969, and a “lump sum” of 2.75% of the rate of pay as of July 1, 1969.

[25] The issue was whether the settlement bonuses and the lump sum were part of his “salary”, as defined in the definition quoted above. Jactett C.J., writing for this Court, held that they were, because they were remuneration for services performed. In my view, *Gruber* is not helpful in resolving the issue in this case because the Court was not required, in *Gruber*, to address the determination of the annual rate of salary as

étaient la conclusion selon laquelle le sens ordinaire des mots de l’alinéa b) ne devrait pas prévaloir. À cet égard, son avocat cite deux décisions de notre Cour : *Gruber c. La Reine*, [1975] C.F. 578 (C.A.), et *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84 (C.A.). Cette jurisprudence ne m’est pas d’un grand secours.

[23] La question en litige dans l’affaire *Gruber* était de savoir si certains versements devaient être inclus dans le « traitement » d’un employé du gouvernement fédéral en vue d’établir le montant de la pension payable à l’appelant en application de la partie I de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-36. Au moment pertinent, la définition de « traitement » [au paragraphe 2(1)] (en application de la partie I) était ainsi rédigée :

2. (1) [. . .]

« traitement » [. . .] désigne la rémunération reçue par la personne que vise l’expression pour l’exercice des fonctions régulières d’un poste ou d’une charge [. . .]

[24] L’employé a pris sa retraite en 1972. Il avait droit à une pension calculée sur le traitement annuel moyen des six années de service de son choix. Il a choisi la période 1966 à 1972. En 1970, dans le cadre d’une convention collective conclue en novembre 1969, il avait reçu des versements totalisant environ 3 600 \$. La convention établissait des taux de traitement en date du 1<sup>er</sup> juillet 1969, et elle prévoyait une « indemnité de règlement » égale à 7 % de la rémunération régulière entre le 1<sup>er</sup> juillet 1967 et le 30 juin 1968, une « indemnité de règlement » égale à 14,49 % de la rémunération régulière entre le 1<sup>er</sup> juillet 1968 et le 30 juin 1969 et une « somme forfaitaire » égale à 2,75 % du taux de traitement en date du 1<sup>er</sup> juillet 1969.

[25] La question en litige était de savoir si les indemnités de règlement et la somme forfaitaire faisaient partie du « traitement », selon la définition précitée. S’exprimant au nom de notre Cour, le juge en chef Jactett a conclu qu’elles en faisaient partie parce qu’elles constituaient un traitement pour services rendus. À mon avis, l’arrêt *Gruber* n’est pas utile pour résoudre la question en l’espèce parce que, dans cette affaire, la

of any particular point in time, or to attribute the \$3,600 payments to the salary for 1970 or for one of the three preceding years.

[26] The issue in the *Air Traffic Control* case related to a collective bargaining agreement between the Treasury Board and the Canadian Air Traffic Controllers Association that was made on May 28, 1982. The previous collective agreement had expired on December 31, 1980. The 1982 agreement provided for an increased rate of pay, to take effect on January 5, 1981. It was undisputed that the members of the bargaining unit who were employees on May 28, 1982, were entitled to a retroactive pay increase. However, the Treasury Board took the position that 11 members of the bargaining unit who ceased to be employees after 1980 and before May 28, 1982 were not entitled to the retroactive salary increase. The Association brought a grievance to the Public Service Staff Relations Board, without success, and then applied to this Court for judicial review of the Board's decision.

[27] This Court held that the 11 individuals were entitled to the retroactive pay increase. Heald J.A. (Ryan J. A. concurring), held that the new collective agreement was entered into on behalf of all employees who were members of the bargaining unit at the time of the commencement of bargaining, which occurred before the expiry of the old agreement. It followed, in his view, that the 11 members were entitled to the benefit of all of the terms of the new agreement, including the term that established January 5, 1981 as the effective date of the increased rate of pay. Marceau J.A. reached the same conclusion, for a different reason. His analysis was that under the scheme applicable to public service employees, there could only be one rate of pay for any particular position at any one time. Once the new collective agreement established a new rate of pay effective January 5, 1981, that was automatically the rate of pay for all members of the bargaining unit who were employees on that date. *Air Traffic Control* is not directed at the particular problem of statutory interpretation that arises in this case.

Cour n'avait pas à fixer le taux annuel de traitement à un moment précis ou à attribuer les versements de 3 600 \$ selon le traitement de 1970 ou selon celui de l'une des trois années antérieures.

[26] La question en litige dans l'affaire *Association canadienne du contrôle du trafic aérien* touche une convention collective conclue le 28 mai 1982 entre le Conseil du trésor et l'Association canadienne du contrôle du trafic aérien. La convention antérieure était échue depuis le 31 décembre 1980. La convention de 1982 prévoyait une augmentation du taux de traitement devant prendre effet le 5 janvier 1981. Il n'a pas été contesté que les agents négociateurs, qui étaient employés en date du 28 mai 1982, avaient droit à une augmentation rétroactive du traitement. Toutefois, le Conseil du trésor était d'avis que 11 agents négociateurs, qui avaient cessé d'être des employés après 1980 et avant le 28 mai 1982, n'avaient pas droit à une augmentation rétroactive du traitement. L'Association a porté, sans succès, un grief devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique, et elle a ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission devant notre Cour.

[27] La Cour a conclu que les 11 personnes avaient droit à une augmentation rétroactive du traitement. Le juge Heald (avec l'appui du juge Ryan) a conclu que la nouvelle convention collective était entrée en vigueur à l'égard de tous les employés qui étaient des agents négociateurs quand la négociation a commencé, soit avant même l'expiration de l'ancienne convention. Il s'ensuivait, à son avis, que les 11 agents avaient le droit de bénéficier de toutes les clauses de la nouvelle convention, y compris celle qui établissait au 5 janvier 1981 la date d'entrée en vigueur de l'augmentation du taux de traitement. Le juge Marceau est arrivé à la même conclusion pour un motif différent. Selon son analyse, il ne pouvait dans le cadre du régime applicable aux employés de la fonction publique, y avoir qu'un seul taux de traitement peu importe le poste et ce, en tout temps. En fixant un nouveau taux de traitement en vigueur le 5 janvier 1981, la nouvelle convention collective fixait automatiquement le taux de traitement de tous les agents négociateurs qui étaient employés à cette date. L'arrêt *Association canadienne du contrôle*

[28] The interpretation proposed on behalf of Mrs. Reid also relies on the legislative history of the relevant provisions, and in particular on the basis of a comparison between the definition of “salary” in subsection 47(1) of the *Public Service Superannuation Act*, and the definition of “salary” in similar legislation relating to members of the Canadian Armed Forces, the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17.

[29] The original version of the *Public Service Superannuation Act* [S.C. 1952-53, c. 47] applied to federal government employees and members of the Canadian Armed Forces. The provisions relating to members of the Canadian Armed Forces were moved to the *Canadian Forces Superannuation Act* in 1959 (S.C. 1959, c. 21). For the purposes of determining the supplementary death benefit payable to a member or former member of the Canadian Armed Forces, the word “salary” is defined in subsection 60(1) of the *Canadian Forces Superannuation Act* and reads as follows (my emphasis):

60. (1) . . .

“salary” means

(a) in the case of a participant who is a member of the regular force . . . , the greater of

(i) the pay of that participant, expressed in terms of an annual rate; and

. . .

(b) in the case of an elective participant, the greater of

(i) the pay of that participant at the time he ceased to be a member of the regular force, expressed in terms of an annual rate; and

. . .

except that where a retroactive increase is authorized in the pay of that participant, the increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe.

*du trafic aérien* ne traite pas du problème particulier d’interprétation législative qui se pose en l’espèce.

[28] L’interprétation proposée au nom de M<sup>me</sup> Reid repose aussi sur l’historique législatif des dispositions pertinentes et, en particulier, sur la comparaison entre la définition de « traitement » au paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* et la définition de « traitement » dans une loi semblable visant les membres des Forces armées canadiennes, soit la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17.

[29] La version originale de la *Loi sur la pension de la fonction publique* [*Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, ch. 47] s’appliquait aux employés du gouvernement fédéral et aux membres des Forces armées canadiennes. Les dispositions touchant les membres des Forces armées canadiennes ont été incorporées en 1959 dans la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (S.C. 1959, ch. 21). Pour établir la prestation supplémentaire de décès payable à un membre ou un ancien membre des Forces armées canadiennes, il faut se reporter au mot « traitement » tel qu’il est défini au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (non souligné dans l’original) :

60. (1) [. . .]

« traitement »

a) Dans le cas d’un participant qui est un membre de la force régulière [. . .] le plus élevé des montants suivants :

(i) la solde de ce participant, exprimée sous forme de taux annuel,

[. . .]

b) dans le cas d’un participant par choix, le plus grand des deux montants suivants :

(i) la solde du participant à la date où il a cessé d’être membre de la force régulière, exprimée sous forme de taux annuel,

[. . .]

sauf que, lorsqu’une augmentation rétroactive de la solde de ce participant est autorisée, cette augmentation est réputée avoir commencé à lui être versée le jour prescrit par les règlements.

(The regulation referred to in the exception clause at the end of this definition is section 48 of the *Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 396, s. 48. The prescribed date is the first day of the month in which the retroactive increase is approved. The prescribed date under the SBD Regulations is the first day of the month following the approval.)

[30] There is no dispute as to the meaning of the definition [of “salary”] in subsection 60(1) of the *Canadian Forces Superannuation Act*. It is agreed that the underlined words in this definition would include any retroactive pay increases, because the “pay” of a member of the Canadian Armed Forces is understood to include retroactive increases. The exception at the end of the definition serves the same limiting function as the exception in paragraph (a) of the definition in subsection 47(1) of the *Public Service Superannuation Act*, except that in the case of members of the Canadian Armed Forces, both serving members and retired members are subject to the exception.

[31] It is argued for Mrs. Reid that there is no explanation for a difference in treatment between retired members of the Canadian Armed Forces who are elective participants in their Supplementary Death Benefit Plan, and similarly situated retired federal government employees. It is true that, under the Crown’s interpretation, the difference in treatment between elective participants under the *Public Service Superannuation Act* and elective participants under the *Canadian Forces Superannuation Act* appears to be arbitrary. Certainly the record contains no explanation for the difference in treatment.

[32] At the same time, however, the two statutory definitions are not part of the same statutory scheme, despite the similarity of subject-matter and the shared history, so there is no reason to presume that Parliament intended similar treatment. On the contrary, given the substantial differences in the language, the presumption must be the contrary.

(La disposition réglementaire à laquelle on se reporte dans l’exception énoncée à la fin de la définition est l’article 48 du *Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396, art. 48. La date prescrite est le premier jour du mois au cours duquel l’augmentation rétroactive est autorisée. La date prescrite selon le règlement PSD est le premier jour du mois qui suit l’autorisation.)

[30] Le sens de la définition de [« traitement »] au paragraphe 60(1) du *Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes* n’est pas contesté. Il est admis que les mots soulignés dans la définition comprennent toute augmentation rétroactive du traitement parce que le « traitement » d’un membre des Forces armées canadiennes est compris comme incluant les augmentations rétroactives. L’exception énoncée à la fin de la définition a la même fonction limitative que l’exception à l’alinéa a) de la définition au paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* sauf que, dans le cas des membres des Forces armées canadiennes, tant les membres actifs que les membres à la retraite sont touchés par l’exception.

[31] On soutient au nom de M<sup>me</sup> Reid qu’il n’y a pas d’explication justifiant une différence de traitement entre les membres des Forces armées canadiennes à la retraite, qui sont des participants volontaires dans le cadre de leur Régime de prestations supplémentaires de décès, et les employés du gouvernement fédéral à la retraite qui sont placés dans une situation semblable. Il est vrai que, selon l’interprétation de Sa Majesté, la différence de traitement entre les participants volontaires sous le régime de la *Loi sur la pension de la fonction publique* et les participants volontaires sous le régime de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* semble arbitraire. Assurément, le dossier ne contient pas d’explication justifiant la différence de traitement.

[32] En même temps, toutefois, les deux définitions législatives ne font pas partie du même régime législatif et ce, malgré la similitude d’objet et l’historique commun. Aussi n’y-a-t-il aucune raison de présumer que le législateur recherchait un même traitement. Au contraire, compte tenu des différences substantielles dans la formulation utilisée, la présomption doit être à l’opposé.

[33] I would add that the interpretation proposed on behalf of Mrs. Reid results in an equally arbitrary result. The result would be that the determination of the supplementary death benefit payable under Part II of the *Public Service Superannuation Act* must take into account a retroactive salary increase in the case of a retired employee who elects to remain a participant, but must not take into account a retroactive salary increase in the case of an employee who dies while employed and before the retroactive increase is approved.

[34] I would allow this appeal, grant the Crown's motion for summary dismissal, and dismiss Mrs. Reid's claim. As the Crown has not asked for costs, none should be awarded.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[33] J'ajouterais que l'interprétation proposée au nom de M<sup>me</sup> Reid emporte un résultat tout aussi arbitraire. En effet, il en résulterait que, pour établir la prestation supplémentaire de décès payable en application de la partie II de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, il faudrait tenir compte d'une augmentation rétroactive du traitement lorsqu'un employé à la retraite choisit de demeurer participant, mais non lorsqu'un employé décède alors qu'il est employé, mais avant que l'augmentation rétroactive du traitement ne soit autorisée.

[34] J'accueillerais le présent appel, je ferais droit à la requête de Sa Majesté demandant le rejet sommaire, et je rejetterais la demande de M<sup>me</sup> Reid. Puisque Sa Majesté n'a pas demandé les dépens, je ne les adjugerai pas.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

IMM-8863-04  
2006 FC 197

IMM-8863-04  
2006 CF 197

**Andrejs Tihomirovs** (*Applicant*)

**Andrejs Tihomirovs** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, January 9;  
Ottawa, February 14, 2006.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 9 janvier;  
Ottawa, 14 février 2006.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Applicant filing application for permanent residence as part of federal skilled worker class February 1, 2002 — Application not processed prior to coming into force of Immigration and Refugee Protection Act on June 28, 2002 — Applicant seeking to convert application for order directing Minister of Citizenship and Immigration to assess application for permanent residence in accordance with former Immigration Act into action, and to have action certified as class action — Arguing Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361(3), limiting evaluation pursuant to former Regulations to those applications filed prior to January 1, 2002, ultra vires Immigration and Refugee Protection Act — That provision not ultra vires — Test for certification of class action not met — Motion to convert to action dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002 à titre de membre de la catégorie des travailleurs qualifiés — Sa demande n'a pas été traitée avant l'entrée en vigueur de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, le 28 juin 2002 — Le demandeur voulait faire convertir en action la demande visant à faire ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'examiner sa demande de résidence permanente selon l'ancienne loi, et il a demandé que l'action soit autorisée comme recours collectif — Il a soutenu que l'art. 361(3) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, restreignant l'évaluation des dossiers selon l'ancien Règlement aux demandes déposées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, était ultra vires de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Cette disposition n'était pas ultra vires — Le critère d'autorisation du recours collectif n'a pas été rempli — La requête en conversion en action a été rejetée.*

*Practice — Applications — Motion to have judicial review application converted to action pursuant to Federal Courts Act, s. 18.4 — That motion having to be considered at same time as motion for certification of class action — Success of motion dependent on whether motion for certification would be granted or not.*

*Pratique — Demandes — Requête en conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action intentée en vertu de l'art. 18.4 de la Loi sur les Cours fédérales — Cette requête devait être examinée en même temps que la requête en autorisation d'un recours collectif — L'issue de la requête dépendait de l'issue de la requête en autorisation.*

*Practice — Class Actions — Applicant bringing motion to convert judicial review application into action, have action certified as class action brought on behalf of skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence — Five criteria for certification of class action, set out in Federal Courts Rules, r. 299.18, conjunctive — Applicant arguing Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361(3), ultra vires Immigration and Refugee Protection Act — That subsection already held to be validly enacted subordinate legislation — Applicant's additional*

*Pratique — Recours collectifs — Le demandeur a présenté une requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action et en autorisation de l'action comme recours collectif intenté au nom des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs ayant fait une demande de résidence permanente — Les cinq critères d'autorisation de recours collectif énoncés à la règle 299.18 des Règles des Cours fédérales sont cumulatifs — Le demandeur a soutenu que l'art. 361(3) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés était ultra vires de*

*arguments not altering this conclusion — Pleading thus not disclosing reasonable cause of action — Test for certification not met.*

*Construction of Statutes — Applicant arguing division of applicants for permanent residence whose applications pending when Immigration and Refugee Protection Act coming into force into two categories, through enactment of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 361(3), ultra vires — Term “classes”, found in transitional provision of Act pursuant to which Regulations, s. 361(3) enacted, not simply referring to groups of would-be immigrants categorized by selection criteria — Parliament intending regulations could be made in relation to groups of individuals sharing common attribute, i.e. time period in which applications filed — Temporal requirement in Regulations, s. 361(3) not arbitrary, irrelevant consideration.*

The applicant applied for permanent residence on February 1, 2002, under the provisions of the former *Immigration Act*, and his application was not processed prior to the coming into force of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) on June 28, 2002. He brought an application for judicial review to compel the Minister of Citizenship and Immigration to assess his application for permanent residence in accordance with the former Act, and now sought to have his judicial review application treated and proceeded with as (converted to) an action pursuant to section 18.4 of the *Federal Courts Act*. He also moved to have the action certified as a class action brought on behalf of all skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence (excluding provincial nominees and those destined for Quebec), who submitted their applications between January 1, 2002 and June 28, 2002.

Relevant to the instant proceedings was subsection 361(3) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), pursuant to which until March 31, 2003, applications filed prior to January 1, 2002 were to be assessed in accordance with the former Regulations, thus creating an exception to the IRPA, section 190 provision that applications pending at the time the IRPA came into force fall under that new Act.

Also relevant was the Federal Court of Appeal’s decision in *Tihomirovs v. Canada* (*Minister of Citizenship and*

*la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — Il a déjà été statué que ce texte d’application a été pris valablement — Les arguments supplémentaires du demandeur ne changeaient rien à cette conclusion — L’acte de procédure ne révélait donc aucune cause d’action valable — Le critère d’autorisation n’était pas rempli.*

*Interprétation des lois — Le demandeur a soutenu que la répartition en deux catégories des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en cours de traitement lors de l’entrée en vigueur de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et résultant de l’art. 361(3) du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés était ultra vires — Le terme « catégories », qui apparaît dans la disposition transitoire en vertu de laquelle l’art. 361(3) du Règlement a été pris, ne vise pas simplement des groupes d’immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection — L’intention du législateur était que des règlements puissent être pris en rapport avec des groupes de personnes ayant une caractéristique commune, c’est-à-dire la période pendant laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées — L’exigence temporelle prévue par l’art. 361(3) du Règlement ne constituait pas un facteur arbitraire et sans pertinence.*

Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002 en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, et sa demande n’a pas été traitée avant l’entrée en vigueur de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, le 28 juin 2002. Il a présenté une demande de contrôle judiciaire afin que la Cour oblige le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à examiner sa demande de résidence permanente selon l’ancienne loi, et demandait maintenant que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action intentée aux termes de l’article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il a aussi présenté une requête en autorisation de recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont présenté leur demande de résidence permanente entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs (à l’exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec).

Le paragraphe 361(3) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) était la disposition pertinente en l’espèce; selon lui, jusqu’au 31 mars 2003, les demandes présentées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 devaient être évaluées selon l’ancien Règlement, en dérogation à l’article 190 de la LIPR, aux termes duquel les demandes en cours de traitement au moment de l’entrée en vigueur de cette nouvelle loi étaient régies par celle-ci.

Était aussi pertinent l’arrêt *Tihomirovs c. Canada* (*Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*) rendu par la Cour

*Immigration*) that the motion for conversion and the motion for certification were to be considered at the same time.

*Held*, the motion to have the application for judicial review converted to an action should be dismissed.

The application for judicial review could only be converted to an action if the applicant's motion for certification was successful. This required that all five criteria listed in subsection 299.18(1) of the *Federal Courts Rules* be met.

The first criterion, whether the pleadings disclosed a reasonable cause of action, was not met. In *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, subsection 361(3) was held to be validly enacted subordinate legislation. The applicant's pleadings (i.e. the notice of application for judicial review and the draft statement of claim) simply asserted that the Minister had exceeded or acted without jurisdiction in administering the transitional provisions of the IRPA. They did not, on their face, disclose a reasonable cause of action.

The applicant advanced two arguments that had not been raised in *Dragan*. These did not alter the conclusion that no reasonable cause of action was disclosed. The first argument was rejected on the basis that the division of the applicants whose applications for permanent residence were pending at the coming into force of IRPA into two categories, through the enactment of subsection 361(3) of the Regulations, is not *ultra vires* the IRPA. The term "classes", which is found in section 201 of the IRPA (a transitional provision stating that "[t]he regulations may provide for . . . measures regarding classes of persons who will be subject . . . to this Act or the former Act"), appears throughout the Act and does not simply refer to groups of would-be immigrants categorized by selection criteria. Parliament intended that regulations could be made in relation to various groups of individuals sharing a common attribute. The common attribute in question here was the time period in which the applications for permanent residence were filed. In light of the fact that the provision is a transitional one, it could not reasonably be said that a temporal requirement tied to the date on which an application was filed is an arbitrary or irrelevant consideration. Nor was the January 1, 2002 cut-off arbitrary. A draft of the Regulations was published in mid-December of 2001. It was clear that applicants applying in 2002 would be assessed in accordance with the new regime. That subsection 361(3) of the Regulations is not *ultra vires* was also plain and obvious when regard was had to the wording of section 201 of the Act. For his second argument, the applicant, who argued that the Minister had a statutory duty to ensure that the applicant's file was dealt with in a timely fashion and failed to do so, relied on *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*. That case was

d'appel fédérale et selon lequel la requête en conversion et la requête en autorisation devaient être étudiées simultanément.

*Jugement* : la requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action doit être rejetée.

La demande de contrôle judiciaire ne pouvait être convertie en action que si la requête en autorisation était accueillie. Pour cela, tous les cinq critères énoncés au paragraphe 299.18(1) des *Règles des Cours fédérales* devaient être réunis.

Le demandeur n'a pas rempli le premier critère : les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable. Dans *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, il a été statué que le paragraphe 361(3) était un texte d'application pris valablement. Les actes de procédure du demandeur (c'est-à-dire l'avis de demande de contrôle judiciaire et le projet de déclaration) affirmaient simplement que le ministre avait excédé sa compétence ou qu'il avait agi sans compétence dans l'application des dispositions transitoires de la LIPR. À leur face même, les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable.

Le demandeur a fait valoir deux arguments qui n'avaient pas été soulevés dans l'affaire *Dragan*. Ceux-ci n'ont rien changé à la conclusion qu'aucune cause d'action valable n'avait été révélée. Le premier argument a été rejeté au motif que la répartition en deux catégories des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en cours de traitement lors de l'entrée en vigueur de la LIPR résultant du paragraphe 361(3) du Règlement n'était pas *ultra vires* de la LIPR. Le terme « catégories », qui apparaît à l'article 201 de la LIPR (une disposition transitoire prévoyant que « [I]es règlements [. . .] portent notamment sur les catégories de personnes qui seront assujetties à [. . .] la présente loi ou [à] l'ancienne loi », apparaît partout dans la loi et ne vise pas simplement des groupes d'immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection. L'intention du législateur était que des règlements puissent être pris en rapport avec divers groupes de personnes ayant une caractéristique commune. La caractéristique commune en cause en l'espèce était la date à laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées. Puisqu'il s'agit en l'espèce d'une disposition transitoire, on ne saurait raisonnablement prétendre qu'une exigence temporelle liée à la date à laquelle la demande a été déposée soit un facteur arbitraire ou non pertinent. La date butoir du 1<sup>er</sup> janvier 2002 n'était pas non plus le produit d'un choix arbitraire. Le projet de Règlement a été publié à la mi-décembre 2001. Il était clair que les demandeurs qui déposeraient leur demande en 2002 seraient évalués en conformité avec le nouveau régime. Il était également évident et manifeste, au regard de la formulation de l'article 201 de la LIPR, que le paragraphe 361(3) du Règlement n'était pas *ultra vires*. Deuxièmement, le demandeur a soutenu que le ministre

distinguishable on the basis, *inter alia*, that the legislation in question here clearly provides for a transitional scheme between the earlier legislative regime and the new one.

Notwithstanding that the motion for certification could not succeed, because the first criterion of the certification test was not satisfied, the other criteria were considered. The second criterion (identifiable class) could be met, but the proposed class had to be narrowed. Individuals whose applications for permanent residence have been refused and who did not commence an application for judicial review within 60 days of the decision should not be able to go back and attempt to resurrect their rights to challenge the decisions in question through their participation in a class action. Unlike the British Columbia and Ontario class action regimes, which suspend limitation periods in so far as class members are concerned, the federal regime is not a creature of statute. In the absence of a federal class action statute authorizing the suspension of limitation periods, the issue could not have been addressed through subordinate legislation such as the *Federal Courts Rules*. The class action provision of the Rules cannot operate to override the limitation period contained in paragraph 72(2)(b) of the IRPA. Criterion 3 was also met (common issue of law or fact raised). However, a class action was not the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact (criterion 4). Finally, upon consideration of the factors in paragraph 299.18(1)(e) of the Rules, the applicant would have been a suitable representative plaintiff (criterion 5).

As a result of the applicant's failure to satisfy two of the criteria for certification (criteria 1 and 4), a motion for certification would not have been successful. The motion to convert the application for judicial review to an action was therefore dismissed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 38.1 (as enacted by S.B.C. 2004, c. 65, s. 1), 39 (as am. by S.B.C. 1995, c. 21, s. 39).

*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 28.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299.18 (as enacted by

avait l'obligation, en vertu de la loi, de s'assurer que son dossier était traité en temps utile, ce qu'il n'a pas fait, et il a invoqué l'arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*. On pouvait notamment distinguer cet arrêt au motif que le texte légal en cause en l'espèce prévoit clairement un régime transitoire qui s'applique entre l'ancien et le nouveau régime légal.

Même si la requête ne pouvait être accueillie puisque le premier critère d'autorisation n'avait pas été rempli, la Cour s'est penchée sur les autres critères. Le deuxième critère (le groupe identifiable) était éventuellement rempli, mais la catégorie proposée devait être circonscrite. Les personnes dont les demandes de résidence permanente ont été refusées et qui n'ont pas présenté une demande de contrôle judiciaire dans les 60 jours de la décision ne sauraient tenter de faire renaître leur droit de contester la décision en participant à un recours collectif. Contrairement aux régimes sur les recours collectifs en vigueur en Colombie-Britannique et en Ontario qui prévoient que tout délai de prescription est suspendu à l'égard des membres, le régime fédéral n'a pas été institué par une loi. En l'absence d'une loi fédérale en matière de recours collectif autorisant la suspension des délais de prescription, la question ne pouvait pas être traitée par un texte d'application comme les *Règles des Cours fédérales*. Les dispositions des Règles relatives aux recours collectifs ne peuvent l'emporter sur le délai de prescription prévu à l'alinéa 72(2)(b) de la LIPR. Le troisième critère était aussi rempli (un point de droit ou de fait collectif était soulevé). Cependant, le recours collectif n'était pas le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs (critère 4). Enfin, vu les facteurs énumérés à l'alinéa 299.18(1)(e) des Règles, la Cour a conclu que le demandeur aurait été un représentant demandeur acceptable (critère 5).

Puisque deux des critères d'autorisation n'ont pas été remplis (critères 1 et 4), la requête en autorisation n'aurait pas été accueillie. Par conséquent, la requête en conversion de la demande de contrôle judiciaire en action a été rejetée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 38.1 (édicte par S.B.C. 2004, ch. 65, art. 1), 39 (mod. par S.B.C. 1995, ch. 21, art. 39).

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 28.

*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(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

SOR/2002-417, s. 17), 299.2 (as enacted *idem*).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27,  
 ss. 3(1)(f), 6(1), 72(2)(b) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s.  
 194), 74(d), 88(2), 190, 201.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*,  
 SOR/2002-227, s. 361(3).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 8(1) (as  
 am. by SOR/85-1038, s. 3).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C.  
 2001, ch. 27, art. 3(1)f), 6(1), 72(2)b) (mod. par L.C.  
 2002, ch. 8, art. 194), 74d), 88(2), 190, 201.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art.  
 8(1) (mod. par DORS/85-1038, art. 3).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*,  
 DORS/2002-227, art. 361(3).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod.  
 par DORS/2004-283, art. 2), 299.18 (éditée par  
 DORS/2002-417, art. 17), 299.2 (éditée, *idem*).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531; (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 257; 49 Imm. L.R. (3d) 163; 339 N.R. 210; 2005 FCA 308; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 1; 94 Alta. L.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (5th) 1; 272 N.R. 135; 2001 SCC 46; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; (2001), 205 D.L.R. (4th) 19; 42 C.E.L.R. (N.S.) 26; 13 C.P.C. (5th) 1; 24 M.P.L.R. (3d) 9; 277 N.R. 51; 152 O.A.C. 279; 2001 SCC 68.

## DISTINGUISHED:

*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 1; 59 C.P.R. (3d) 82; 176 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189; (2003), 224 D.L.R. (4th) 739; 227 F.T.R. 272; 27 Imm. L.R. (3d) 157; 2003 FCT 211; *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408; (2003), 237 F.T.R. 87; 29 Imm. L.R. (3d) 163; 2003 FC 859; *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386; (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 76; 2005 FC 919; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 265; 2005 FC 479; *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184; (2001), 205 D.L.R. (4th) 39; [2001] 11 W.W.R. 207; 95 B.C.L.R. (3d) 1; 157 B.C.A.C. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 1; 9 C.P.C. (5th)

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; 2001 CSC 46; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; 2001 CSC 68.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189; 2003 CFPI 211; *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408; 2003 CF 859; *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386; 2005 CF 919; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 479; *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, [1999] A.C.F. n° 846 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184; 2001 CSC 69; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R.

1; 275 N.R. 342; 2001 SCC 69; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R. (3d) 261; 32 C.P.C. (4th) 305 (B.C.S.C.); *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146; 2004 CF 1610; *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133; 20 C.P.C. (3d) 272 (Gen. Div.); *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. No. 5783 S.C.J. (QL); *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; (1987), 45 D.L.R. (4th) 546; 38 C.C.C. (3d) 97; 60 C.R. (3d) 346; 80 N.R. 272; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 589; (2005), 4 B.L.R. (4th) 189; 43 Imm. L.R. (3d) 48; 330 N.R. 387; 2005 CAF 56.

MOTION to have an application for judicial review (directing the Minister of Citizenship and Immigration to assess the applicant's permanent residence application in accordance with the former *Immigration Act*) treated and proceeded with as an action and to have that action certified as a class action. Motion dismissed.

APPEARANCES:

*Dan Miller* for applicant.  
*Kevin Lunney* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Dan Miller*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MACTAVISH J.: Andrejs Tihomirovs applied for permanent residence on February 1, 2002, under the provisions of the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985,

(3d) 261; 32 C.P.C. (4th) 305 (C.S.C.-B.); *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133; 20 C.P.C. (3d) 272 (Div. gén.); *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. n° 5783 C.S.J. (QL); *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 CAF 436; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; 2001 CSC 44; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 589; 2005 CAF 56.

REQUÊTE en conversion d'une demande de contrôle judiciaire (visant à ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'évaluer la demande de résidence permanente du demandeur conformément à l'ancienne *Loi sur l'immigration*) en action et en autorisation de l'action comme un recours collectif. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

*Dan Miller* pour le demandeur.  
*Kevin Lunney* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Dan Miller*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : Le 1<sup>er</sup> février 2002, Andrejs Tihomirovs a demandé la résidence permanente en vertu des dispositions de l'ancienne *Loi sur*

c. I-2]. His application was not processed prior to the coming into force of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] on June 28, 2002.

[2] Mr. Tihomirovs is of the view that had his application been assessed in accordance with the criteria contained in the *Immigration Act*, it would have been successful. He also believes that he will not meet the requirements of the new legislation. As a consequence, Mr. Tihomirovs has brought an application for judicial review wherein he seeks an order of *mandamus*, or a permanent mandatory injunction, directing the respondent Minister of Citizenship and Immigration to assess his application in accordance with the former legislation.

[3] Mr. Tihomirovs now seeks to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action. At the same time, he moves to have the action certified as a class action brought on behalf of all skilled workers, self-employed, entrepreneur and investor applicants for permanent residence, excluding provincial nominees and those destined for the province of Quebec, who submitted their applications between January 1, 2002 and June 28, 2002.

[4] For the reasons that follow, I am not persuaded that Mr. Tihomirovs meets the five-part test for certification set out in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r.1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], and, as a result, certification would not be granted. As a consequence, the motion to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action is dismissed.

[5] Given my conclusion in relation to the conversion issue, it is thus unnecessary to deal formally with the motion for certification.

#### Factual background relating to Mr. Tihomirovs' application for permanent residence

[6] Mr. Tihomirovs is a civil engineer, who resides in Latvia. He wishes to move with his family to Canada.

*l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. Sa demande n'a pas été traitée avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27], le 28 juin 2002.

[2] M. Tihomirovs estime que sa demande aurait été acceptée si elle avait été traitée en conformité avec les critères prévus par la *Loi sur l'immigration*. Il pense aussi qu'il ne satisfera pas aux exigences de la nouvelle loi. Par conséquent, M. Tihomirovs a déposé une demande de contrôle judiciaire afin que la Cour prononce une ordonnance de *mandamus*, ou une injonction mandatoire permanente, enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'examiner sa demande en vertu des dispositions de l'ancienne loi.

[3] M. Tihomirovs demande aujourd'hui que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. En même temps, M. Tihomirovs présente une requête en autorisation de recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont présenté leur demande de résidence permanente entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs, à l'exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec.

[4] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas convaincue que M. Tihomirovs satisfasse au critère en cinq points prévu par la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. L'autorisation ne serait donc pas accordée. Par voie de conséquence, la requête visant à ce que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action est rejetée.

[5] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée concernant la conversion de l'instance, je n'ai pas à me pencher dûment sur la requête en autorisation de recours collectif.

#### Contexte factuel de la demande de résidence permanente de M. Tihomirovs

[6] M. Tihomirovs est un ingénieur civil résidant en Lettonie. Il souhaite venir s'installer au Canada avec sa

To this end, he filed an application for permanent residence on February 1, 2002, as part of the federal skilled worker class.

[7] At the time that Mr. Tihomirovs' application for permanent residence was filed, the applicable selection criteria were those set out in the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172. Mr. Tihomirovs deposes that he believes that he would have received a score of 74 points under this regime. At the time, a candidate needed 70 points to succeed.

[8] Mr. Tihomirovs further deposes that under the new selection criteria embodied in the *Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227*, he would only receive 65 points. The pass mark is now 67 points. Thus Mr. Tihomirovs is of the view that while he would have qualified for immigration to Canada under the old regime, he is no longer eligible.

[9] According to Mr. Tihomirovs, this is the only obstacle impeding his immigration to Canada.

[10] By Mr. Tihomirovs' estimation, there are approximately 40,000 people in his situation. Factoring in the dependent family members included in these applications, there are an estimated 100,000 people in the putative class. These individuals are primarily resident outside of Canada, and come from all corners of the globe.

#### Related litigation

[11] The introduction of new selection criteria for applications for permanent residence in the *Immigration and Refugee Protection Regulations* has spawned a great deal of litigation brought by individuals whose applications for permanent residence were pending as of June 28, 2002.

[12] On June 27, 2002, Justice Heneghan dismissed a motion for a *quia timet* injunction brought by a group of individuals, including Mr. Tihomirovs, whose applications for permanent residence were pending as the *Immigration and Refugee Protection Act* was about

famille. C'est ainsi qu'il a déposé une demande de résidence permanente le 1<sup>er</sup> février 2002, à titre de travailleur appartenant à la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral).

[7] À l'époque où M. Tihomirovs a déposé sa demande de résidence permanente, il devait être évalué selon les critères énoncés dans le *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172. M. Tihomirovs croit qu'il aurait obtenu une note de 74 points en vertu de ce régime. Un candidat devait alors recueillir 70 points pour qu'on fasse droit à sa demande.

[8] M. Tihomirovs ajoute qu'en vertu des nouveaux critères de sélection définis dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, il obtiendrait seulement 65 points. La note de passage est désormais fixée à 67 points. M. Tihomirovs est donc d'avis que, alors qu'il pouvait immigrer au Canada en vertu de l'ancien régime, il ne peut plus le faire aujourd'hui.

[9] Selon M. Tihomirovs, c'est le seul obstacle à son immigration au Canada.

[10] M. Tihomirovs estime qu'environ 40 000 personnes sont dans la même situation. Si l'on tient compte des personnes à charge qui sont visées par ces demandes, il y aurait environ 100 000 personnes dans ce groupe envisagé. Il s'agit essentiellement d'individus qui résident à l'extérieur du Canada et qui viennent de tous les coins du globe.

#### Litiges connexes

[11] L'adoption de nouveaux critères de sélection pour les demandes de résidence permanente dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* a entraîné bon nombre de litiges engagés par des individus dont la demande de résidence permanente était en instance le 28 juin 2002.

[12] Le 27 juin 2002, la juge Heneghan a rejeté une requête en injonction préventive présentée par un groupe d'individus, notamment M. Tihomirovs, dont les demandes de résidence permanente étaient en instance, au moment où la *Loi sur l'immigration et la protection*

to come into force. Justice Heneghan concluded that, although the motion was framed as a motion for an interlocutory injunction, it was, in reality, a request for a determination of the validity of the new legislation. No foundation having been established to support such a challenge, there was no basis on which to grant the relief sought. Accordingly, the motion was dismissed: *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-2819-02.

[13] On February 21, 2003 [*Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189 (T.D.)], Justice Kelen found that the Minister had breached his implied duty to use his reasonable best efforts to assess the applications for permanent residence of a group of 102 individuals in a timely manner. These individuals had filed their applications for permanent residence prior to January 1, 2002. (Individuals filing applications for permanent residence before January 1, 2002 will henceforth be referred to as “Group A” applicants.)

[14] Group A applicants are governed by the provisions of subsection 361(3) of the Regulations, the relevant portions of which provide that:

361. . . .

(3) During the period beginning on the day on which this section comes into force and ending on March 31, 2003, units of assessment shall be awarded to a foreign national, in accordance with the former Regulations, if the foreign national is an immigrant who,

...

(b) before January 1, 2002, made an application for an immigrant visa under those Regulations that is still pending on the day on which this section comes into force and has not, before that day, been awarded units of assessment under those Regulations. [Emphasis added.]

[15] Having found that the Minister failed to assess the applications of the Group A applicants in a timely manner Justice Kelen issued writs of *mandamus* requiring that the respondent assess these applications in

*des réfugiés* était sur le point d’entrer en vigueur. La juge Heneghan a conclu que même si la requête était formulée comme s’il s’agissait d’une requête en injonction interlocutoire, en réalité, les demandeurs voulaient que la Cour se prononce sur la validité de la nouvelle loi. Les demandeurs n’ayant pas étayé le bien-fondé de leur contestation, il n’y avait aucune raison d’accorder la réparation demandée. Par conséquent, la requête a été rejetée : *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, IMM-2819-02.

[13] Le 21 février 2003 [*Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189 (1<sup>re</sup> inst.)], le juge Kelen a conclu que le ministre n’avait pas respecté son obligation implicite de prendre toutes les mesures raisonnables pour examiner en temps opportun les demandes de résidence permanente d’un groupe de 102 personnes. Ces personnes avaient déposé leur demande de résidence permanente avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002. (Les personnes ayant déposé leur demande de résidence permanente avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 seront appelées les demandeurs du « groupe A » dans les présents motifs.)

[14] Les demandeurs du groupe A sont assujettis au paragraphe 361(3) du Règlement, dont les dispositions pertinentes prévoient que :

361. [. . .]

(3) Pendant la période commençant à la date d’entrée en vigueur du présent article et se terminant le 31 mars 2003, les points d’appréciation sont attribués conformément à l’ancien règlement à l’étranger qui est un immigrant qui :

[. . .]

b) d’autre part, a fait, conformément à ce même règlement, une demande de visa d’immigrant avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002, pendante à l’entrée en vigueur du présent article, et n’a pas obtenu de points d’appréciation en vertu de ce règlement. [Non souligné dans l’original.]

[15] Ayant conclu que le ministre n’avait pas traité les demandes du groupe A en temps opportun, le juge Kelen a délivré des ordonnances de *mandamus* enjoignant au défendeur d’examiner ces demandes conformément aux

accordance with the selection criteria established under the *Immigration Act*, and to complete these assessments by March 31, 2003: *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

[16] No relief was granted by Justice Kelen with respect to those applications for permanent residence which were filed between January 1, 2002 and the coming into force of IRPA on June 28, 2002 (“Group B” applications). In Justice Kelen’s view, the proper interpretation of the transitional provisions contained in subsection 361(3) of the Regulations, when read in conjunction with section 190 of IRPA was that applications for permanent residence filed after January 1, 2002 were to be assessed in accordance with the new legislative regime.

[17] Section 190 of IRPA provides that applications that were pending at the time that IRPA came into force would be governed by the provisions of the new legislation. Section 201 of IRPA allowed for regulations to be passed governing the transition between the old *Immigration Act* and the new statutory regime. It was under this authority that subsection 361(3) of the Regulations was enacted, creating an exception for applications filed prior to January 1, 2002.

[18] Numerous other proceedings dealing with related issues moved forward under case management, one of which was Mr. Tihomirovs’ application for judicial review. Mr. Tihomirovs’ application was originally joined with those of 153 other named individuals. Of these, 133 involved Group A applicants, whereas 21 applicants, including Mr. Tihomirovs, belonged to Group B.

[19] On June 17, 2003, Justice Gibson issued an injunction, preventing the Minister from finally rejecting the Group A applications, pending the outcome of the litigation. No relief was granted with respect to the Group B litigants, including Mr. Tihomirovs. According to Justice Gibson, the publication of draft Regulations in mid-December of 2001 made it clear that applicants applying in 2002 would be assessed in accordance with

critères de sélection établis dans la *Loi sur l’immigration*, et de faire en sorte que cet examen soit terminé au plus tard le 31 mars 2003; voir *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*.

[16] Le juge Kelen n’a accordé aucune réparation en ce qui concerne les demandes de résidence permanente déposées entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et l’entrée en vigueur de la LIPR, le 28 juin 2002 (les demandes du « groupe B »). Selon le juge Kelen, l’interprétation qu’il convient de donner aux dispositions transitoires du paragraphe 361(3) du Règlement, lues avec l’article 190 de la LIPR, exige que les demandes de résidence permanente déposées après le 1<sup>er</sup> janvier 2002 soient examinées en vertu du nouveau régime législatif.

[17] En vertu de l’article 190 de la LIPR, la LIPR s’applique aux demandes pour lesquelles aucune décision n’avait encore été prise lors de son entrée en vigueur. L’article 201 de la LIPR permet la prise de règlements qui régissent la transition entre l’ancienne *Loi sur l’immigration* et la nouvelle loi. C’est en vertu de cette disposition que le paragraphe 361(3) du Règlement a été pris, disposition qui a créé une exception applicable aux demandes déposées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

[18] De nombreux autres litiges portant sur des questions connexes ont été traités dans le cadre du système de gestion des instances. La demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs fait partie de ces instances. Au départ, la demande de M. Tihomirovs a été réunie à celle de 153 autres personnes désignées. Parmi elles, 133 demandeurs appartiennent au groupe A tandis que 21 autres, dont M. Tihomirovs, appartiennent au groupe B.

[19] Le 17 juin 2003, le juge Gibson a décerné une injonction enjoignant au ministre de s’abstenir de rejeter les demandes du groupe A avant qu’une décision définitive soit rendue dans le litige. Aucune réparation n’a été accordée aux parties du groupe B, y compris M. Tihomirovs. Selon le juge Gibson, le projet de Règlement publié à la mi-décembre 2001 établissait clairement que les demandes présentées en 2002 seraient

the new regime. Thus anyone applying for permanent residence after the commencement of 2002 could have had no reasonable expectation that his or her application would be considered under the provisions of the *Immigration Act* and Regulations: *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408 (F.C.).

[20] On September 18, 2003, the Minister announced that the Regulations would be amended so as to permit Group A applications to be assessed in accordance with the selection criteria established under the former legislation.

[21] Late in 2003, the Minister agreed to settle the litigation brought by the Group A applicants. All parties consented to the certification of one of the Group A proceedings as a class action, and certification was granted on November 10, 2004: *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-2286-03. The settlement agreement was approved by the Court on April 11, 2005: *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386 (F.C.).

[22] In the meantime, on October 15, 2004, Justice Gibson ordered that the claims of the Group B applicants, including that of Mr. Tihomirows, be severed from those of the Group A applicants. The Court further ordered that the claims of the Group B applicants proceed as separate judicial reviews, with the commencement date of each being recorded as June 19, 2002.

[23] Of these Group B applicants, it is Mr. Tihomirows who has come forward to act as a class representative, in the event that the matter is certified as a class action. To this end, he first seeks to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action. Should that motion be successful, he then seeks to have the action certified as a class action.

#### History of this litigation

[24] It is also helpful to have some understanding of the procedural history of Mr. Tihomirows' own

évaluées en vertu du nouveau régime. Ainsi, les personnes qui avaient présenté leur demande de résidence permanente en 2002 n'avaient aucun espoir raisonnable que leur demande soit évaluée en vertu de la *Loi sur l'immigration* et de son règlement d'application : *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408 (C.F.).

[20] Le 18 septembre 2003, le ministre a annoncé que le Règlement serait modifié de manière à ce que les demandes du groupe A puissent être évaluées conformément aux critères de sélection prévus par l'ancien régime.

[21] Vers la fin de 2003, le ministre a accepté de régler le litige introduit par les demandeurs du groupe A. Toutes les parties ont consenti à l'autorisation d'un recours collectif à l'égard de l'un des litiges du groupe A et l'autorisation a été accordée le 10 novembre 2004 : *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-2286-03. Le règlement à l'amiable a été approuvé par la Cour le 11 avril 2005 : *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386 (C.F.).

[22] Entre-temps, le 15 octobre 2004, le juge Gibson a ordonné que les demandes du groupe B, y compris celle de M. Tihomirows, soient dissociées des demandes du groupe A. La Cour a également ordonné que les demandes du groupe B soient instruites à titre de demandes de contrôle judiciaire distinctes, la date d'ouverture de l'instance à l'égard de chacune de ces demandes ayant été fixée au 19 juin 2002.

[23] M. Tihomirows fait partie de ce groupe B et il se présente pour agir en qualité de représentant du groupe, dans l'éventualité où la Cour autoriserait le recours collectif. À cette fin, il demande d'abord à la Cour d'ordonner que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Si la Cour accueille sa requête, il demande ensuite que l'action soit autorisée comme recours collectif.

#### Contexte du présent litige

[24] Il est également utile de comprendre l'historique de la propre demande de contrôle judiciaire de M.

application for judicial review, in order to put the present motions into context.

[25] Mr. Tihomirovs originally brought his motion to have his application for judicial review treated and proceeded with as an action by itself, without an accompanying motion for certification.

[26] In a decision dated April 12, 2005 [*Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 265 (F.C.)], I reviewed the existing jurisprudence regarding the conversion of applications for judicial review to actions and concluded that the principle of access to justice required that the motion be granted.

[27] In coming to this conclusion, I did not consider any of the elements of the five-part test for certification, as I was of the view that those factors should be considered at the time that the certification motion was addressed, and not before.

[28] On appeal, the Federal Court of Appeal held that the five factors identified in the test for certification set out in rule 299.18 of the *Federal Courts Rules* were indeed relevant to the determination of whether the application for judicial review should be treated and proceeded with as an action: *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531 (F.C.A.).

[29] Moreover, as a matter of practice, the Federal Court of Appeal determined that in such circumstances, a motion for conversion should not be brought in advance of the motion for certification, but rather should be considered at the same time as the certification motion. According to the Federal Court of Appeal, if the test for certification is met, a conversion order should then issue, followed immediately by an order certifying the class action: *Tihomirovs*, at paragraph 18.

[30] It follows that if the test for certification is not met, then the motion for conversion should be dismissed.

[31] With this understanding of the procedural and factual context of this motion, I turn now to consider the

Tihomirovs pour placer dans leur contexte les présentes requêtes.

[25] M. Tihomirovs a d'abord déposé une requête pour que sa demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. La requête n'était pas accompagnée d'une requête en autorisation.

[26] Dans une décision datée du 12 avril 2005 [*Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 479], j'ai examiné la jurisprudence existante concernant la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action et j'ai conclu que le principe d'accès à la justice exigeait que la requête soit accueillie.

[27] En tirant cette conclusion, je n'ai examiné aucun des cinq facteurs du critère applicable en matière d'autorisation, puisque j'étais d'avis que ces facteurs devaient être examinés en même temps que la requête en autorisation et non avant.

[28] En appel, la Cour d'appel fédérale a décidé que les cinq facteurs du critère d'autorisation décrits à la règle 299.18 des *Règles des Cours fédérales* étaient en fait pertinents pour déterminer si la demande de contrôle judiciaire devait être instruite comme s'il s'agissait d'une action : *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531 (C.A.F.).

[29] En outre, la Cour d'appel fédérale a dit que dans de telles circonstances, concrètement, la requête en conversion ne devait pas être présentée avant la requête en autorisation, mais que les deux requêtes devaient être examinées en même temps. Selon la Cour d'appel fédérale, si la preuve produite satisfait au critère relatif à l'autorisation, la conversion doit être ordonnée et être suivie immédiatement d'une ordonnance autorisant le recours collectif : *Tihomirovs*, au paragraphe 18.

[30] Il s'ensuit que s'il n'est pas satisfait au critère en matière d'autorisation, la requête en conversion doit être rejetée.

[31] Le contexte de la procédure et des faits en cause dans la présente requête ayant été clarifié, je vais

general principles governing class actions.

### General principles governing class actions

[32] Class actions allow for improved access to justice for those who might otherwise be unable to seek vindication of their rights through the traditional litigation process. Class actions also enhance judicial economy, allowing a single action to decide large numbers of claims involving similar issues. Finally, class actions encourage behaviour modification by those who cause harm: *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; and *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184.

[33] In the above trilogy of cases, the Supreme Court of Canada also held that an overly restrictive approach to the application of class action certification legislation must be avoided, so that the benefits of class actions can be fully realized.

[34] Moreover, as the Supreme Court noted in the *Hollick* case (at paragraph 16):

. . . the certification stage focuses on the form of the action. The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action. [Emphasis in original.]

### Applicable provisions of the *Federal Courts Act* and *Rules*

[35] The *Federal Court Rules* were amended in 2002 in order to provide for class actions. There is currently no provision in the Rules for class judicial review proceedings. As a consequence, if this matter is to proceed on a class basis, an order must first be granted directing that this application for judicial review be treated and proceeded with as an action. For ease of reference, this process will be referred to as “converting” an application for judicial review to an action.

maintenant examiner les principes généraux qui régissent les recours collectifs.

### Principes généraux qui régissent les recours collectifs

[32] Les recours collectifs visent à faciliter l'accès à la justice à ceux qui autrement ne pourraient pas revendiquer leurs droits dans le cadre du processus judiciaire habituel. Les recours collectifs permettent en outre de réaliser des économies sur le plan judiciaire en donnant à la Cour la possibilité de rendre une décision dans une seule action, décision qui s'appliquera à de nombreuses autres réclamations portant sur des questions semblables. Enfin, les recours collectifs sont utiles parce qu'ils encouragent les malfaisants à modifier leur comportement : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184.

[33] Dans la trilogie susmentionnée, la Cour suprême du Canada a également dit que les tribunaux devaient éviter d'appliquer une démarche trop restrictive en matière d'autorisation des recours collectifs pour adopter une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés.

[34] En outre, comme a dit la Cour suprême dans *Hollick* (au paragraphe 16) :

L'étape de la certification intéresse la forme que revêt l'action. La question à cette étape n'est pas s'il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s'il convient de procéder par recours collectif. [Souligné dans l'original.]

### Dispositions applicables de la *Loi sur les Cours fédérales* et des *Règles*

[35] Les *Règles de la Cour fédérale* ont été modifiées en 2002 pour prévoir les recours collectifs. À l'heure actuelle, les Règles ne contiennent aucune disposition concernant les contrôles judiciaires collectifs. Par conséquent, si l'affaire doit être entendue en tant que recours collectif, la Cour doit d'abord rendre une ordonnance pour que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Pour plus de commodité, le processus sera appelé la « conversion » d'une demande de contrôle judiciaire en action.

[36] The conversion of applications for judicial review to actions is governed by the provisions of section 18.4 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14) which provides that:

**18.4** (1) Subject to subsection (2), an application or reference to the Federal Court under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(2) The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

[37] Motions for the certification of class actions are governed by rule 299.18, which states that:

**299.18** (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if:

- (a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;
- (d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact; and
- (e) there is a representative plaintiff who
  - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
  - (ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,
  - (iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and
  - (iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

[36] La conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action est régie par les dispositions de l'article 18.4 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), qui prévoit :

**18.4** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Cour fédérale statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) Elle peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

[37] Une requête en autorisation de recours collectif est régie par la règle 299.18 qui est ainsi libellé :

**299.18** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs, qu'ils prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs;
- e) un des membres du groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :
  - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
  - (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,
  - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,
  - (iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

[38] It should be noted that subsection 299.18(1) of the Rules uses mandatory language, providing that a court shall grant certification, where all five elements of the test are satisfied.

[39] By the same token, it must also be noted that the list contained in subsection 299.18(1) of the Rules is conjunctive. As a consequence, if an applicant fails to meet one of the five listed criteria, the certification motion must fail: *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R. (3d) 261 (B.C.S.C.), at paragraph 40.

[40] Also relevant is rule 299.2 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17], which states that:

**299.2** A judge shall not refuse to certify an action as a class action solely on one or more of the following grounds:

- (a) the relief claimed includes a claim for damages that would require an individual assessment after a determination of the common questions of law or fact;
- (b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;
- (c) different remedies are sought for different class members;
- (d) the number of class members or the identity of each class member is not known; or
- (e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all class members. [Emphasis added.]

[41] As I read this provision, the use of the word “solely” or “*uniquement*” means that while the enumerated factors may indeed be relevant considerations on a motion for certification, none of these factors, either singly, or combined with other factors listed in the provision, will, by themselves, provide a sufficient basis to decline certification.

[42] This conclusion is confirmed by the wording of rule 299.18, which requires the judge hearing the certification motion to consider all relevant matters, including, but presumably not limited to, the five factors

[38] Soulignons que les termes du paragraphe 299.18(1) des Règles sont de nature impérative et prévoient que la Cour autorise le recours si les cinq conditions sont réunies.

[39] En outre, il faut mentionner que les conditions énumérées au paragraphe 299.18(1) des Règles sont conjonctives. Par conséquent, si le demandeur ne satisfait pas à l'une des cinq conditions, l'autorisation doit être refusée : *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Minister of Health)* (1999), 12 Admin. L.R. (3d) 261 (C.S.C.-B.), au paragraphe 40.

[40] La règle 299.2 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des Règles est également pertinente. Elle prévoit :

**299.2** Le juge ne peut refuser d'autoriser une action comme recours collectif en se fondant uniquement sur l'un ou plusieurs des motifs suivants :

- a) les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les points de droit ou de fait collectifs tranchés, une évaluation individuelle;
- b) les réparations demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres de la catégorie;
- c) les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;
- d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chacun des membres est inconnu;
- e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe. [Non souligné dans l'original.]

[41] Selon mon interprétation de la disposition, le terme « uniquement » ou « *solely* » veut dire que même si les facteurs énumérés sont réellement pertinents lors d'une requête en autorisation, aucun des facteurs soit seul soit combiné à d'autres facteurs énumérés ne constitue, en soi, un motif suffisant pour refuser l'autorisation.

[42] Cette conclusion est confirmée par le libellé de la règle 299.18 qui exige que le juge qui entend la requête en autorisation prenne en compte tous les facteurs pertinents, notamment, mais vraisemblablement

listed in the rule.

[43] With this understanding of the relevant Rules, I turn next to consider whether Mr. Tihomirovs has satisfied each of the elements of the test for certification.

#### Analysis

[44] In addressing this question, it should be noted that due to the relatively recent introduction of the class action process in this Court, there is very little Federal Court jurisprudence governing the certification process.

[45] The *Federal Courts Rules* regarding the certification of class actions are, however, essentially the same as the corresponding British Columbia rules: *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146 (F.C.), at paragraph 26; *Rasolzadeh*, at paragraph 23. The Rules are also very similar to those in Ontario: *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155, at paragraph 17. As a consequence, the jurisprudence that has developed in those jurisdictions is of considerable assistance in determining whether or not certification is appropriate in this case.

[46] With this in mind, I turn now to consider each of the factors enumerated in rule 299.18.

#### (a) Is there a reasonable cause of action?

[47] The parties are in agreement that the test to be imposed at this stage is whether it is plain and obvious that the pleadings do not disclose a reasonable cause of action: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980. The parties also agree that this is a low threshold: *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133 (Gen. Div.), at pages 140-141; *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. No. 5783 S.C.J. (QL).

[48] At this juncture, it should be noted that the Federal Court of Appeal has observed that, in the

sans y être limité, les cinq facteurs énumérés dans les Règles.

[43] Après avoir expliqué les dispositions applicables des Règles, je vais maintenant examiner la question de savoir si M. Tihomirovs a satisfait à chacune des conditions du critère d'autorisation.

#### Analyse

[44] En examinant cette question, il faut mentionner qu'à cause de l'introduction relativement récente de la procédure de recours collectif à la Cour, la jurisprudence de la Cour est très peu abondante pour ce qui concerne le processus d'autorisation.

[45] Les *Règles des Cours fédérales* concernant l'autorisation des recours collectifs sont toutefois essentiellement les mêmes que les règles correspondantes de la Colombie-Britannique : *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610, au paragraphe 26; *Rasolzadeh*, au paragraphe 23. Les Règles sont également très semblables à celles qui existent en Ontario : *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155, au paragraphe 17. Par conséquent, la jurisprudence de ces provinces peut considérablement aider la Cour à décider s'il y a lieu, en l'espèce, d'accorder l'autorisation demandée.

[46] Cela étant, je vais maintenant examiner chacun des facteurs énumérés à la règle 299.18.

#### (a) Y a-t-il une cause d'action valable?

[47] Les parties conviennent que le critère qui s'applique à cette étape est de savoir s'il est évident et manifeste que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d'action valable : *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980. Les parties reconnaissent également qu'il s'agit d'un seuil peu élevé : *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133 (Div. gén.), aux pages 140 et 141; *Denis v. Bertrand & Frère Construction Co.*, [2000] O.J. n° 5783 C.S.J. (QL).

[48] Il convient de souligner maintenant que la Cour d'appel fédérale a mentionné que, lorsqu'il s'agit d'un

context of proposed class actions arising in the immigration context, the “reasonable cause of action” element of the test for certification will ordinarily have already been determined by the time that the case gets to the conversion/certification stage by virtue of the fact that leave would have had to have been granted for the application for judicial review to proceed to this stage: *Tihomirovs*, at paragraph 20.

[49] While this is true for applications commenced after June 28, 2002, there was no requirement for Mr. Tihomirovs to obtain leave to pursue his application for judicial review in this case, as his application for judicial review was filed with the Court prior to the coming into force on June 28, 2002 of the leave requirements for decisions made outside of Canada.

[50] It must also be noted that, as a consequence of the fact that this proceeding was commenced as an application for judicial review, we do not have “pleadings” in this case in the conventional sense of the word. What we do have is Mr. Tihomirovs’ notice of application for judicial review, as well as the draft statement of claim, which he proposes to file in the event that he is successful on his motion to convert his application for judicial review to an action.

[51] Mr. Tihomirovs’ notice of application for judicial review simply recites the grounds on which judicial review may be sought as they are set out in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*. This includes the blanket assertions that the respondent Minister acted without jurisdiction in relation to the administration of the *Immigration and Refugee Protection Act* and Regulations, and in refusing to exercise his jurisdiction.

[52] Mr. Tihomirovs’ draft statement of claim pleads that the Minister had a duty to assess the immigration applications of the members of the proposed class in accordance with the selection scheme established under the former *Immigration Act*, as well as in accordance with the selection scheme established under IRPA. The draft statement of claim goes on to plead that the Minister breached that duty, and, in addition, recites the

recours collectif en matière d’immigration, puisqu’il faut obtenir l’autorisation de la Cour avant de procéder par voie de contrôle judiciaire, l’existence d’une « cause d’action valable » ne devrait plus être en litige lors des demandes de conversion et d’autorisation : *Tihomirovs*, au paragraphe 20.

[49] L’observation est exacte pour ce qui concerne les demandes postérieures au 28 juin 2002, mais en l’espèce, M. Tihomirovs n’était pas tenu d’obtenir l’autorisation de présenter sa demande de contrôle judiciaire puisque celle-ci avait été déposée à la Cour avant l’entrée en vigueur, le 28 juin 2002, des exigences en matière d’autorisation relativement aux décisions prises à l’extérieur du Canada.

[50] Il faut également mentionner que parce que la présente procédure a été instituée comme demande de contrôle judiciaire, il n’y a aucun « acte de procédure » en l’espèce au sens conventionnel du terme. Ce dont la Cour est saisie, c’est de l’avis de demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs ainsi que du projet de déclaration qu’il se propose de déposer si sa requête en conversion de sa demande de contrôle judiciaire en action est accueillie.

[51] L’avis de demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs ne fait que reprendre les motifs de contrôle judiciaire prévus au paragraphe 18.1(4) [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ces motifs comprennent les affirmations générales voulant que le ministre défendeur ait agi sans compétence en rapport avec l’application de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et du Règlement et qu’il ait refusé d’exercer sa compétence.

[52] Dans son projet de déclaration, M. Tihomirovs prétend que le ministre avait l’obligation d’évaluer les demandes d’immigration des membres du groupe envisagé, conformément au régime de sélection établi en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, ainsi qu’en conformité avec le régime de sélection prévu par la LIPR. Le demandeur affirme également, dans le projet de déclaration, que le ministre a manqué à cette

same grounds that were listed in the notice of application for judicial review: namely those listed in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

[53] In so far as the relief sought is concerned, Mr. Tihomirovs' notice of application for judicial review seeks an order of *mandamus*, compelling the Minister to assess his application for permanent residence in accordance with the selection criteria established under the *Immigration Act*.

[54] In his draft statement of claim, the relief sought by Mr. Tihomirovs is expanded to include a request that the applications for permanent residence of the members of the proposed class be assessed in accordance with the selection criteria established under IRPA, as well as in accordance with the *Immigration Act* criteria.

[55] The draft statement of claim also seeks orders of *certiorari* quashing any negative decisions that may have been made with respect to Mr. Tihomirovs' application for permanent residence, or with respect to the applications of any of the members of the proposed class where those refusals were based upon an assessment carried out solely under the IRPA criteria.

[56] The question then is whether the "pleadings" before me disclose a reasonable cause of action. As noted, Mr. Tihomirovs' notice of application for judicial review and his draft statement of claim simply make the bare assertion that the Minister exceeded his jurisdiction, or acted without jurisdiction in administering the transitional provisions of IRPA. In this regard, this Court has already determined in *Dragan* that subsection 361(3) was validly enacted subordinate legislation, and was *intra vires* section 201 of IRPA. Thus, on their face, the "pleadings" do not disclose a reasonable cause of action.

[57] Mr. Tihomirovs acknowledges that at paragraph 37 of *Dragan*, Justice Kelen also determined that Group B applicants had no right to be assessed under the former selection grid. However, Mr. Tihomirovs advances two arguments that were evidently not raised in *Dragan*, which, he says, support his position that

obligation et, en outre, il reprend les motifs qui figuraient dans l'avis de demande de contrôle judiciaire, à savoir les motifs énumérés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[53] Pour ce qui concerne la réparation demandée, M. Tihomirovs sollicite, dans l'avis de demande de contrôle judiciaire, une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre d'évaluer sa demande de résidence permanente en conformité avec les critères de sélection établis sous le régime de la *Loi sur l'immigration*.

[54] Dans son projet de déclaration, M. Tihomirovs élargit davantage sa demande de réparation en demandant que les demandes de résidence permanente des membres du groupe envisagé soient traitées en conformité avec les critères de sélection prévus tant par la LIPR que par la *Loi sur l'immigration*.

[55] Le projet de déclaration sollicite également des ordonnances de *certiorari* annulant toute décision défavorable qui aurait été prise au sujet de la demande de résidence permanente de M. Tihomirovs ou au regard d'une demande de l'un des membres du groupe envisagé lorsque le refus était fondé sur une évaluation effectuée uniquement en vertu des critères de la LIPR.

[56] La question est donc de savoir si les « actes de procédure » dont je dispose révèlent une cause d'action valable. Comme je l'ai dit précédemment, l'avis de demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs ainsi que son projet de déclaration comportent une simple affirmation selon laquelle le ministre a excédé sa compétence ou qu'il a agi sans compétence dans l'application des dispositions transitoires de la LIPR. À cet égard, la Cour a déjà dit, dans *Dragan*, que le paragraphe 361(3) était un texte d'application pris valablement et qu'il était *intra vires* de l'article 201 de la LIPR. Ainsi, à leur face même, les « actes de procédure » ne révèlent aucune cause d'action valable.

[57] M. Tihomirovs reconnaît qu'au paragraphe 37 de la décision *Dragan*, le juge Kelen a également décidé que les demandeurs du groupe B n'avaient pas le droit d'être évalués en vertu des critères de sélection de l'ancien régime. Toutefois, M. Tihomirovs soulève deux arguments qui, de toute évidence, n'ont pas été soulevés

there is merit to the claims of the Group B members.

[58] Having carefully considered the matter, I find that even if I go beyond the bare wording of the notice of application for judicial review and that of the proposed draft statement of claim, and consider the various legal arguments advanced by Mr. Tihomirovs, I nonetheless come to the same conclusion.

[59] The first of Mr. Tihomirovs' new arguments is based upon principles of statutory interpretation, which, he says, lead to the conclusion that the division of the applicants whose applications for permanent residence were pending at the coming into force of IRPA into two categories (Group A and Group B applicants), through the enactment of subsection 361(3) of the Regulations, was *ultra vires* IRPA.

[60] In this regard, Mr. Tihomirovs points to section 201 of IRPA, which provides:

**201. The regulations may provide for measures regarding the transition between the former Act and this Act, including measures regarding classes of persons who will be subject in whole or in part to this Act or the former Act and measures regarding financial and enforcement matters.** [Emphasis added.]

[61] Mr. Tihomirovs argues that although the term "classes" is not specifically defined anywhere in the legislation, it is a term of art as it is used in IRPA, and refers to groups of would-be immigrants, categorized by selection criteria. Group A and Group B applicants thus form a single, indivisible, class of "economic class" applicants.

[62] According to Mr. Tihomirovs, there is no authority under IRPA for regulations to be enacted purporting to categorize groups of applicants by the date of their applications for permanent residence. According to Mr. Tihomirovs, the date of an individual's application is a completely arbitrary and irrelevant consideration, and that a legislative interpretation that would lead to distinctions that are arbitrary and

dans *Dragan* et qui, selon lui, étaient la thèse selon laquelle les demandes des membres du groupe B sont fondées.

[58] Après avoir soigneusement examiné la question, j'estime que même si je vais au-delà du libellé de l'avis de demande de contrôle judiciaire et du projet de déclaration et même si j'examine les divers arguments juridiques proposés par M. Tihomirovs, ma conclusion reste inchangée.

[59] Le premier des nouveaux arguments de M. Tihomirovs est fondé sur certains principes d'interprétation des lois qui, selon lui, permettent de conclure que la répartition en deux groupes des demandeurs dont les demandes de résidence permanente étaient en instance lors de l'entrée en vigueur de la LIPR (les demandeurs du groupe A et ceux du groupe B), répartition résultant du paragraphe 361(3) du Règlement, était *ultra vires* de la LIPR.

[60] À cet égard, M. Tihomirovs mentionne l'article 201 de la LIPR qui prévoit :

**201. Les règlements régissent les mesures visant la transition entre l'ancienne loi et la présente loi et portent notamment sur les catégories de personnes qui seront assujetties à tout ou partie de la présente loi ou de l'ancienne loi, ainsi que sur les mesures financières ou d'exécution.** [Non souligné dans l'original.]

[61] M. Tihomirovs fait valoir que même si le terme « catégories » n'est pas défini dans la loi, il s'agit d'un terme technique au sens où l'entend la LIPR qui vise des groupes d'immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection. Les demandeurs des groupes A et B forment ainsi une seule catégorie indivisible de demandeurs de la catégorie « immigration économique ».

[62] Selon M. Tihomirovs, la LIPR ne permet pas la prise de règlements qui auraient pour objet de former des groupes de demandeurs en fonction de la date de leur demande de résidence permanente. Selon M. Tihomirovs, la date à laquelle une personne présente sa demande est une question purement arbitraire et non pertinente, et une interprétation de la loi qui entraînerait des distinctions arbitraires et irrationnelles doit être

irrational should be avoided in favour of an interpretation that does not create such absurd distinctions. In this regard, Mr. Tihomirovs relies upon decisions such as *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, at page 631.

[63] Mr. Tihomirovs further contends that dividing economic class applicants into two groups, depending upon the dates upon which their applications were filed, does not lead to consistent standards, and thus does not respect paragraph 3(1)(f) of IRPA.

[64] In support of his argument that the temporal distinction contained in subsection 361(3) is an arbitrary one, Mr. Tihomirovs points to the fact that the draft regulations that were pre-published in the *Canada Gazette* on December 15, 2001 treated everyone who applied for permanent residence before June 28, 2002 in the same way: that is, they were all to be assessed in accordance with the new regime. It was only as a result of public pressure, Mr. Tihomirovs says, that the Group A applicants were grandfathered under the old rules, while the Group B applicants were not.

[65] Having carefully considered Mr. Tihomirovs' arguments, I am satisfied that it is plain and obvious that they cannot succeed.

[66] When the *Immigration and Refugee Protection Act* is reviewed in its entirety, it becomes abundantly clear that the term "classes" as it is used in section 201 cannot reasonably be restricted in the manner suggested by Mr. Tihomirovs.

[67] The term "classes" appears throughout the legislation, and does not simply refer to groups of would-be immigrants, categorized by selection criteria as Mr. Tihomirovs suggests: see, for example, subsection 6(1), which refers to classes of individuals designated by the Minister to carry out delegated responsibilities under the Act, and subsection 88(2), which allows for regulations to be made with respect to classes of persons to whom loans may be made.

évitée en faveur d'une interprétation qui ne crée pas de distinctions aussi absurdes. À cet égard, M. Tihomirovs se fonde sur quelques arrêts, notamment *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, à la page 631.

[63] M. Tihomirovs prétend également que répartir des demandeurs de la catégorie « immigration économique » en deux groupes, selon la date à laquelle leur demande a été déposée, ne favorise pas la prise de normes uniformes et est donc contraire à l'alinéa 3(1)f) de la LIPR.

[64] À l'appui de son argument selon lequel la distinction temporelle visée au paragraphe 361(3) est arbitraire, M. Tihomirovs souligne que, selon le projet de règlement qui avait été prépublié dans la *Gazette du Canada* le 15 décembre 2001, toutes les personnes qui avaient demandé la résidence permanente avant le 28 juin 2002 étaient traitées de la même façon : c'est-à-dire qu'elles devaient toutes être évaluées en conformité avec le nouveau régime. Ce n'est que par suite de la pression du public, selon M. Tihomirovs, que les demandeurs du groupe A ont pu bénéficier des droits acquis en vertu des anciennes règles contrairement aux membres du groupe B.

[65] Après avoir soigneusement examiné les arguments de M. Tihomirovs, je suis convaincue qu'il est évident et manifeste qu'ils ne peuvent être retenus.

[66] Un examen de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* dans son ensemble révèle très clairement que le sens du terme « catégories » utilisé à l'article 201 ne peut être restreint comme le propose M. Tihomirovs.

[67] Le terme « catégories » apparaît partout dans la loi et ne vise pas tout simplement des groupes d'immigrants potentiels répartis selon des critères de sélection comme le laisse entendre M. Tihomirovs : voir, par exemple, le paragraphe 6(1), qui renvoie à des catégories de personnes désignées par le ministre et chargées par celui-ci de responsabilités déléguées en application de la Loi, ainsi que le paragraphe 88(2), qui autorise la prise de règlements relativement aux catégories de bénéficiaires de prêts.

[68] Thus, when the words of section 201 are read in their entire context, and given their grammatical and ordinary meaning, it is plain and obvious that Parliament intended that regulations could be made in relation to various groups of individuals sharing a common attribute.

[69] The common attribute in question here is the time period in which the applications for permanent residence were filed. Given that what we are dealing with is a transitional provision, it cannot reasonably be said that a temporal requirement tied to the date on which an application was filed is an arbitrary or irrelevant consideration.

[70] Moreover, it is clear that the choice of the January 1, 2002 cut-off date was not an arbitrary one, as Mr. Tihomirovs would have me believe. As was noted in *Borisova*, there was indeed a principled basis behind the choice of January 1, 2002 as a cut-off date: that is, the fact that, as a result of the publication of draft Regulations in mid-December of 2001, it was clear that applicants applying in 2002 would be assessed in accordance with the new regime. As a consequence, no one applying after that date could have had a reasonable expectation that his or her application would be considered under the provisions of the *Immigration Act* and Regulations.

[71] Giving the term “classes” its ordinary meaning is also consistent with the admonition of the Federal Court of Appeal that, as “framework” legislation, IRPA should be interpreted in a manner that allows for regulatory flexibility: *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.), at paragraph 39.

[72] It is also plain and obvious to me that Mr. Tihomirovs’ attack on the *vires* of subsection 361(3) of the Regulations founded upon the wording of section 201 of IRPA cannot succeed, based upon the wording of section 201 itself, which authorizes the enactment of regulations governing the transition between the *Immigration Act* and IRPA, including measures regarding classes of persons who will be subject, in

[68] Ainsi, lorsque les termes de l’article 201 sont lus dans leur contexte global et selon leur sens grammatical et ordinaire, il est évident et manifeste que le législateur voulait que des règlements puissent être pris en rapport avec divers groupes de personnes ayant une caractéristique commune.

[69] La caractéristique commune en cause en l’espèce est la date à laquelle les demandes de résidence permanente ont été déposées. Puisqu’il s’agit en l’espèce d’une disposition transitoire, on ne saurait raisonnablement prétendre qu’une exigence temporelle liée à la date à laquelle la demande a été déposée soit un facteur arbitraire ou non pertinent.

[70] En outre, il est clair que la date butoir du 1<sup>er</sup> janvier 2002 n’était pas un choix arbitraire, comme voudrait m’en convaincre M. Tihomirovs. Comme il a été mentionné dans *Borisova*, il y avait des motifs, fondés sur des principes, de choisir le 1<sup>er</sup> janvier 2002 comme date butoir : c’est-à-dire que par suite de la publication du projet de Règlement, à la mi-décembre 2001, il était clair que les demandeurs qui déposeraient leur demande en 2002 seraient évalués en conformité avec le nouveau régime. Par conséquent, aucune personne ayant déposé sa demande après cette date ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que sa demande soit examinée en vertu des dispositions de la *Loi sur l’immigration* et de son règlement d’application.

[71] Le fait de conférer au terme « catégories » son sens ordinaire respecte également la mise en garde de la Cour d’appel fédérale selon laquelle, à titre de loi « cadre », la LIPR doit être interprétée de manière à permettre une réglementation souple : *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.), au paragraphe 39.

[72] Il est également évident et manifeste, selon moi, que la contestation de M. Tihomirovs de la constitutionnalité du paragraphe 361(3) du Règlement fondée sur les termes de l’article 201 de la LIPR ne peut être retenue compte tenu des termes de l’article 201 lui-même, qui autorise la prise de règlements régissant les mesures visant la transition entre la *Loi sur l’immigration* et la LIPR et portant notamment sur les

whole or in part, to one Act or the other.

[73] Giving the word “including” its ordinary meaning, I am satisfied that it is clear that IRPA does not limit the power of the Governor in Council to enact regulations with respect to the transitional scheme in the manner suggested by Mr. Tihomirovs. The use of the word “including” necessarily implies that the power is broader than the enabling words that follow.

[74] Finally, even if I were to accept all of Mr. Tihomirovs’ arguments, and find that subsection 361(3) of the Regulations is *ultra vires* IRPA, the result would be that the provision, with its distinction between pre- and post-January 1, 2002 applications, would have to be struck down. The applications for permanent residence of Mr. Tihomirovs and the other members of the proposed class would then be governed by section 190 of IRPA, which provides that applications pending at the time that IRPA came into force in June of 2002 were to be governed by the new legislation.

[75] This is, of course, precisely the result that Mr. Tihomirovs seeks to avoid through this litigation.

[76] Mr. Tihomirovs’ second argument is that since his application for permanent residence was perfected prior to the coming into force of the new regulations, the Minister had a statutory duty to ensure that his file was dealt with in a timely fashion, and that the Minister failed to do so. Relying upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), aff’d [1994] 3 S.C.R. 1100, Mr. Tihomirovs submits that the Minister should now be compelled to assess his application, as well as all other applications for permanent residence perfected prior to the coming into force of IRPA, under the selection grid established under the *Immigration Act*.

[77] It is plain and obvious to me that this argument is similarly destined to fail. The situation that confronted the Federal Court of Appeal in the *Apotex* case is clearly distinguishable on a number of bases from that which presents itself here.

catégories de personnes qui seront assujetties à tout ou partie de la LIPR ou de l’ancienne loi.

[73] Si l’on donne à l’expression « notamment » son sens ordinaire, je suis convaincue qu’il est clair que la LIPR ne limite pas le pouvoir du gouverneur en conseil de prendre des règlements relativement au régime transitoire comme le propose M. Tihomirovs. L’expression « notamment » implique nécessairement que le pouvoir est plus large que celui que semble conférer les termes habilitants qui suivent.

[74] Enfin, même si je retenais tous les arguments de M. Tihomirovs, pour ensuite conclure que le paragraphe 361(3) du Règlement est *ultra vires* de la LIPR, il faudrait ensuite annuler la disposition qui distingue entre les demandes présentées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et celles qui ont été présentées après cette date. Les demandes de résidence permanente de M. Tihomirovs et des autres membres du groupe envisagé seraient alors assujetties à l’article 190 de la LIPR qui prévoit que les demandes pour lesquelles aucune décision n’a encore été prise lors de l’entrée en vigueur de la LIPR, en juin 2002, sont régies par la nouvelle loi.

[75] Il s’agit, bien entendu, du résultat que M. Tihomirovs tente d’éviter par le présent litige.

[76] Deuxièmement, M. Tihomirovs soutient que puisque sa demande de résidence permanente était prête à être traitée avant l’entrée en vigueur du nouveau règlement, le ministre avait l’obligation, en vertu de la loi, de s’assurer que son dossier était traité en temps utile, ce qu’il n’a pas fait. En invoquant l’arrêt de la Cour d’appel fédérale, *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100, M. Tihomirovs prétend qu’il faudrait maintenant enjoindre au ministre d’évaluer sa demande ainsi que toutes les autres demandes de résidence permanente prêtes à être traitées avant l’entrée en vigueur de la LIPR en conformité avec la grille de sélection établie par la *Loi sur l’immigration*.

[77] Il m’apparaît évident et manifeste que cet argument est également voué à l’échec. La situation à laquelle devait faire face la Cour d’appel fédérale dans *Apotex* se distingue nettement et pour plusieurs raisons de la situation en cause en l’espèce.

[78] Unlike the situation in *Apotex*, the legislation in question here clearly provides for a transitional scheme between the earlier legislative regime and the new one, establishing rules as to how cases in process at the time that the new legislation came into force were to be handled. There is nothing in the *Apotex* decision that would allow the Court to disregard the clear intention of Parliament in this regard.

[79] There is also an important factual distinction between the situation in *Apotex* and the present case in that Mr. Tihomirovs has already brought an earlier court application to have his application for permanent residence assessed in accordance with the old legislation, which request was refused: *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

[80] Finally, for *mandamus* to be available, there must be a demand for performance, and a reasonable time for the Minister to comply with the demand: *Apotex*, at page 766. What Mr. Tihomirovs is seeking is an order requiring that all Group B applicants be assessed in accordance with the selection grid established under the old *Immigration Act*, regardless of when the individual applications were filed, as long as they were filed in the six-month period leading up to the coming into force of IRPA on June 28, 2002. This would mean that an order of *mandamus* would thus be available in the case of an application filed on June 27, 2002—one day before the new legislation came into effect, and before the Minister would have any time—let alone a reasonable time—to deal with the application.

[81] For these reasons, Mr. Tihomirovs has failed to satisfy the first element of the test for certification. Having so concluded, it is not, strictly speaking, necessary to address the remaining criteria for certification. However, in the event that a reviewing court takes a different view of this matter, I will proceed to consider the other criteria articulated in rule 299.18.

(b) Is there an identifiable class of two or more persons?

[82] The Supreme Court of Canada has observed that the definition of the class “is critical because it identifies

[78] Contrairement à la situation dans *Apotex*, les dispositions législatives en cause en l’espèce prévoient clairement un régime transitoire qui s’applique entre l’ancien et le nouveau régime législatif et qui régit le traitement des demandes en instance lors de l’entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il n’y a rien dans *Apotex* qui permettrait à la Cour de ne pas tenir compte de l’intention claire du législateur à cet égard.

[79] En outre, il y a une importante distinction entre les faits en cause dans *Apotex* et les faits en cause en l’espèce. En l’espèce, M. Tihomirovs a déjà demandé à la Cour que sa demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec l’ancienne loi, laquelle demande a été rejetée : *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*.

[80] Enfin, pour obtenir un *mandamus*, il faut une demande d’exécution de l’obligation et un délai raisonnable pour que le ministre puisse donner suite à la demande : *Apotex*, à la page 766. Ce que M. Tihomirovs demande c’est une ordonnance exigeant que chaque demande du groupe B soit évaluée en conformité avec la grille de sélection de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, quelle que soit la date de la demande, pourvu qu’elle ait été déposée dans les six mois avant l’entrée en vigueur de la LIPR, le 28 juin 2002. Cela voudrait dire qu’une ordonnance de *mandamus* pourrait être décernée dans le cas d’une demande déposée le 27 juin 2002, soit la veille de l’entrée en vigueur de la nouvelle loi, sans que le ministre n’ait disposé d’un délai, et encore moins d’un délai raisonnable, pour donner suite à la demande.

[81] Pour ces motifs, M. Tihomirovs n’a pas satisfait au premier élément du critère d’autorisation. Cela étant, il n’est pas, à proprement parler, nécessaire d’examiner les autres éléments du critère d’autorisation. Toutefois, dans l’éventualité où la Cour d’appel aurait une opinion différente en la matière, je vais maintenant examiner les autres éléments du critère énoncés à la règle 299.18.

(b) Existe-t-il un groupe identifiable d’au moins deux personnes?

[82] La Cour suprême du Canada a dit que la définition d’un groupe « est essentielle parce qu’elle

the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment”: *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, at paragraph 38.

[83] As the Supreme Court also noted in the *Hollick* case, at paragraph 21, this requirement is not an onerous one. In order to satisfy this criterion, Mr. Tihomirovs must show that there is an identifiable class of two or more persons, which class is not unlimited, and which is defined by reference to objective criteria: *Hollick*, at paragraph 17.

[84] However, Mr. Tihomirovs must also be able to show that the class is not unnecessarily broad: that is, that the class could not be defined more narrowly without arbitrarily excluding people who share a common interest in the resolution of the common issue.

[85] The class proposed by Mr. Tihomirovs is:

(i) Persons who submitted an application for permanent residence in Canada between January 1, 2002 and June 28, 2002 in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor categories (referred to in subsection 8(1) [as am. by SOR/85-1038, s. 3] of the *Immigration Regulations, 1978*), excluding provincial nominees and those destined for Quebec;

(ii) All dependent family members as defined in the *Immigration and Refugee Protection Regulations* of persons referred to in (i), above.

[86] Mr. Tihomirovs says that the class is not unlimited, as it is made up of approximately 40,000 members who submitted immigration applications during the relevant time period, and their dependent family members.

[87] Moreover, Mr. Tihomirovs submits that the class is defined by objective criteria, namely the date when an immigration application was received at a visa post.

[88] The Minister submits that Mr. Tihomirovs’ definition of the class is overly broad, as it would

précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement » : *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, au paragraphe 38.

[83] Comme l’a également dit la Cour suprême dans l’arrêt *Hollick*, au paragraphe 21, cette exigence n’est pas lourde. Pour satisfaire au critère, M. Tihomirovs doit démontrer qu’il existe un groupe identifiable d’au moins deux personnes, lequel groupe est circonscrit et défini par rapport à un critère objectif : *Hollick*, au paragraphe 17.

[84] Toutefois, M. Tihomirovs doit également être en mesure de démontrer que le groupe n’est pas trop large : c’est-à-dire que le groupe ne pourrait pas être restreint sans exclusion de façon arbitraire des personnes qui ont un intérêt commun dans le règlement de la question collective.

[85] M. Tihomirovs propose le groupe suivant :

i) les personnes qui ont présenté une demande de résidence permanente au Canada entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs (visées au paragraphe 8(1) [mod. par DORS/85-1038, art. 3] du *Règlement sur l’immigration de 1978*), à l’exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec;

ii) toutes les personnes à charge des personnes mentionnées à i) ci-dessus, au sens du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[86] M. Tihomirovs prétend que ce groupe n’est pas sans limites puisqu’il réunit environ 40 000 membres qui ont déposé une demande d’immigration pendant la période pertinente ainsi que les personnes à leur charge.

[87] En outre, M. Tihomirovs soutient que le groupe est défini au moyen d’un critère objectif, à savoir la date de réception de la demande d’immigration par un bureau des visas.

[88] Le ministre prétend que le groupe proposé par M. Tihomirovs est trop large puisqu’il comprendrait de

include many persons who do not need the relief sought in these proceedings, specifically those who have already obtained a visa, or who will qualify for a visa under IRPA. Mr. Tihomirovs conceded at the hearing that those individuals who have already received their visas should not properly be included in the class. However, he maintains that those individuals who may qualify for visas under IRPA at some point in the future should be left in the class until such time as decisions are rendered in relation to their applications.

[89] Mr. Tihomirovs also conceded at the hearing that individuals who have already received a negative decision, and who have unsuccessfully challenged the regulations imposing the new assessment grid, would not be able to relitigate the issue, and should thus be excluded from the class.

[90] The Minister says that the class definition proposed by Mr. Tihomirovs would also include persons who have already had their applications for visas refused, and who failed to commence an application for judicial review within 60 days, as is required by paragraph 72(2)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of IRPA for matters arising outside of Canada. According to the Minister, these claims would be barred by this limitation period.

[91] Mr. Tihomirovs contends that these individuals should be able to enjoy the benefit of a class action, although he was unable to point to any jurisprudence to support his position. Instead, he drew an analogy to the rights of individuals injured in a plane crash to participate in a class action brought in a provincial court, regardless of whether or not the individuals in question had commenced their own actions within the relevant limitation period.

[92] I am of the view that the Minister is correct, and that individuals whose applications for permanent residence have been refused, and who did not commence an application for judicial review within 60 days of the decision, cannot now go back and attempt to resurrect their rights to challenge the decisions in question through their participation in a class action.

[93] In coming to this conclusion, I note that while the *Federal Courts Rules* with respect to the certification of

nombreuses personnes qui n'ont pas besoin de la réparation demandée en l'espèce, plus précisément les personnes qui ont déjà obtenu un visa ou qui pourront obtenir un visa en vertu de la LIPR. M. Tihomirovs a reconnu, à l'audience, que les personnes qui avaient déjà obtenu un visa ne devaient pas faire partie du groupe. Toutefois, il maintient que les personnes susceptibles d'obtenir un visa en vertu de la LIPR dans l'avenir devraient faire partie du groupe jusqu'à ce qu'une décision soit prise au sujet de leur demande.

[89] M. Tihomirovs a également reconnu, à l'audience, que les personnes qui avaient déjà fait l'objet d'une décision défavorable et qui avaient contesté, sans succès, le règlement qui impose une nouvelle grille d'évaluation, ne pourraient pas remettre la question en litige et devraient donc être exclues du groupe.

[90] Le ministre dit que le groupe proposé par M. Tihomirovs comprendrait également des personnes dont la demande de visa avait déjà été refusée et qui n'avaient pas déposé une demande de contrôle judiciaire dans le délai de 60 jours prévu par l'alinéa 72(2)b) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la LIPR pour les décisions rendues à l'étranger. Selon le ministre, ces demandes seraient exclues à cause de ce délai de prescription.

[91] M. Tihomirovs fait valoir que ces personnes devraient pouvoir bénéficier de l'avantage d'un recours collectif, mais il n'a pas été en mesure de présenter une jurisprudence susceptible d'appuyer son argument. Plutôt, il a comparé la situation au droit des personnes blessées dans un accident d'avion de participer à un recours collectif intenté devant une cour provinciale, qu'elles aient ou non institué leur propre action dans le délai prescrit.

[92] Je suis d'avis que le ministre a raison et que les personnes dont les demandes de résidence permanente ont été refusées et qui n'ont pas déposé une demande de contrôle judiciaire dans les 60 jours de la décision ne peuvent maintenant tenter de faire renaître leur droit de contester la décision en participant à un recours collectif.

[93] En tirant cette conclusion, je note que bien que les *Règles des Cours fédérales* relatives à l'autorisation

class actions are similar to those in British Columbia and Ontario, there is one very important difference between the provincial regimes and that governing class actions at the federal level. That is, the provincial class action regimes are established by statute, whereas at the federal level, class actions are entirely creatures of the *Federal Courts Rules*.

[94] This distinction is critical as it relates to the implications of statutory limitation periods for individuals seeking to involve themselves in class proceedings.

[95] Both the British Columbia and Ontario class proceedings legislation provide that in so far as potential class members are concerned, the operation of limitation periods will be suspended or “tolled” until such time as the individuals in question either opt out of, or are excluded from the class, or until such time as the proceeding is concluded without the claim of the individual having been dealt with: see sections 38.1 [as enacted by S.B.C. 2004, c. 65, s. 1] and 39 [as am. by S.B.C. 1995, c. 21, s. 39] of the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, and section 28 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6.

[96] A proceeding could be terminated without the claim of an individual having been dealt with where, for example, the class is not certified, or the claim is otherwise disposed of without having been dealt with on its merits.

[97] In contrast, there is no comparable provision for the suspension of limitation periods in the class actions regime at the federal level. This is not surprising, given that limitation periods are matters of substance, and, as is the case here, are ordinarily provided for in the governing statute. In the absence of a federal class action statute authorizing the suspension of limitation periods, the issue could not have been addressed through subordinate legislation such as the *Federal Courts Rules*.

[98] There are also compelling public policy considerations favouring this view, in particular, the desirability for finality in litigation: see, for example, *Danyluk v.*

d’un recours collectif soient semblables aux règles applicables en Colombie-Britannique et en Ontario, il existe une importante différence entre les régimes provinciaux et le régime fédéral en matière de recours collectifs. En effet, les régimes provinciaux sont prévus par une loi alors que le régime fédéral est établi en vertu des *Règles des Cours fédérales*.

[94] Cette distinction est essentielle puisqu’elle touche l’incidence des délais de prescription sur les personnes qui veulent participer à un recours collectif.

[95] Les lois de la Colombie-Britannique et de l’Ontario sur les recours collectifs prévoient que tout délai de prescription est suspendu à l’égard d’un membre du groupe et reprend au moment où ce membre se retire du recours collectif ou est exclu du groupe ou au moment où il est mis fin au recours sans que la demande du membre ait elle-même été traitée : voir les articles 38.1 [édicte par S.B.C. 2004, ch. 65, art. 1] et 39 [mod. par S.B.C. 1995, ch. 21, art. 39] de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, de la Colombie-Britannique, ainsi que l’article 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, de l’Ontario.

[96] Il pourrait être mis fin au recours sans que la demande d’une personne ait été traitée, par exemple, si le groupe n’a pas été autorisé ou si la demande a été réglée par d’autres moyens sans avoir été entendue sur le fond.

[97] Par contre, le régime fédéral sur les recours collectifs ne contient aucune disposition comparable concernant la suspension des délais de prescription. Cela n’est pas étonnant puisque les délais de prescription sont des questions de fond et, comme en l’espèce, sont habituellement prévus par la loi applicable. En l’absence d’une loi fédérale en matière de recours collectif autorisant la suspension des délais de prescription, la question ne pouvait pas être traitée par un texte d’application comme les *Règles des Cours fédérales*.

[98] Il existe également des considérations impérieuses d’intérêt public qui favorisent ce point de vue, en particulier, l’importance du caractère définitif des

*Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460.

[99] Thus, after excluding those individuals from the class who have received positive decisions in relation to their applications for permanent residence, as well as those who received negative decisions and did not challenge those decisions in a timely manner, and those whose challenges to the legality of the scheme have already been rejected, we are left with a group of individuals who submitted applications for permanent residence in Canada between January 1, 2002 and June 28, 2002 in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor categories (referred to in subsection 8(1) of the *Immigration Regulations, 1978*), excluding provincial nominees and those destined for Quebec, who have not yet received a decision in relation to their applications, or who have received a negative decision, and the time for seeking judicial review has not yet expired. I am of the view that this much narrower group of individuals, together with their dependants, constitute a limited, identifiable class defined by reference to objective criteria.

[100] As a consequence, with these refinements, I am satisfied that the second criterion for certification could be satisfied.

(c) Do the claims of the class members raise common questions of law or fact?

[101] The Minister concedes that the claims of the members of the putative class raise at least one common issue of law or fact, which the Minister identifies as “whether the members of the proposed class are entitled to have their applications for permanent residence assessed in accordance with the provisions of the former *Immigration Act* and the *Immigration Regulations, 1978*.”

[102] In light of this concession, the third criteria for certification has been satisfied.

instances : voir, par exemple, *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460.

[99] Ainsi, après avoir exclu du groupe les personnes dont la demande de résidence permanente a été accueillie, de même que celles dont la demande a été rejetée et qui n'ont pas contesté la décision en temps utile et celles dont la contestation de la légalité du régime a déjà été rejetée, il ne reste plus qu'un groupe de personnes qui ont déposé une demande de résidence permanente au Canada entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 28 juin 2002 dans la catégorie des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs (visées au paragraphe 8(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*), à l'exclusion des candidats des provinces et de ceux à destination du Québec, et qui n'ont pas encore reçu une décision en rapport avec leur demande ou qui ont reçu une décision défavorable, si le délai prévu pour déposer une demande de contrôle judiciaire n'est pas encore expiré. Je suis d'avis que ces individus beaucoup moins nombreux ainsi que les personnes à leur charge constituent un groupe circonscrit et identifiable défini par rapport à un critère objectif.

[100] Par conséquent, avec ces précisions, je suis convaincue que le deuxième élément du critère d'autorisation pourrait être respecté.

c) Les réclamations des membres du groupe soulèvent-elles des points de droit ou de fait collectifs?

[101] Le ministre reconnaît que les demandes des membres du groupe envisagé soulèvent au moins un point de droit ou de fait collectif qui serait, selon le ministre [TRADUCTION] « la question de savoir si les membres du groupe envisagé ont droit à ce que leur demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec les dispositions de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et du *Règlement sur l'immigration de 1978* ».

[102] À la lumière de cette concession, le troisième élément du critère d'autorisation a été respecté.

(d) Is a class action the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact?

[103] In answering this question, subsection 299.18(2) of the *Federal Courts Rules* directs that the Court consider all relevant matters, including whether:

**299.18 (2) . . .**

(a) questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;

(c) the class action would involve claims that are or have been the subject of any other action;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[104] The submissions of both parties focused on the last two of the enumerated factors.

[105] Before proceeding to consider the submissions of the parties in relation to this issue, it should be observed at the outset that, as a general rule, judicial review will allow for the speedy and summary resolution of public law matters: *Tihomirovs*, at paragraph 14.

[106] That is, judicial review will ordinarily be a relatively inexpensive and expeditious means of determining the validity of a legislative scheme, without the considerable expense and delay that necessarily comes from having to notify potential class members and administer their claims.

[107] It should also be noted that, having regard to the nature of the issues raised by this case, there has been no suggestion that the discovery process is necessary, or that oral testimony needs to be adduced at a trial in

d) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs?

[103] En réponse à cette question, le paragraphe 299.18(2) des *Règles des Cours fédérales* prévoit que la Cour doit prendre en compte tous les facteurs pertinents, notamment les facteurs suivants :

**299.18 (2) [. . .]**

a) la prédominance des points de droit ou de fait collectifs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) le nombre de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des actions séparées;

c) la question de savoir si le recours collectif comprendrait des réclamations qui ont été ou qui sont l'objet d'autres actions;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité des autres moyens de régler les réclamations;

e) la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen.

[104] Les observations des deux parties visaient essentiellement les deux derniers facteurs énumérés.

[105] Avant d'examiner les observations des parties sur cette question, il convient de mentionner, qu'en règle générale, le contrôle judiciaire permet le règlement expéditif et sommaire des questions de droit public : *Tihomirovs*, au paragraphe 14.

[106] Autrement dit, le contrôle judiciaire est habituellement un moyen relativement peu coûteux et relativement rapide de faire statuer sur la validité d'un régime législatif tout en évitant les frais considérables et les retards nécessairement rattachés à l'obligation d'aviser les membres potentiels du groupe et ceux rattachés au traitement de leur demande.

[107] Soulignons également que, eu égard à la nature des questions soulevées en l'espèce, on n'a pas prétendu qu'une enquête préalable était nécessaire ni qu'un témoignage de vive voix devait être présenté à

support of Mr. Tihomirovs' claim.

[108] Instead, Mr. Tihomirovs submits that the desirability of providing ready access to justice militates heavily in favour of certification in this case. In this regard, he says that requiring each member of the proposed class to commence his or her own application for judicial review would result in many of these individuals being denied relief, as negative decisions may have been rendered some time ago in their cases, and they would thus be out of time to challenge the Regulations.

[109] In other words, Mr. Tihomirovs is again arguing that the certification of a class action in this case would allow for the resurrection of the rights of Group B applicants, which rights may have otherwise expired many months ago.

[110] I have already determined that the class action provisions of the *Federal Courts Rules* cannot operate to override the limitation period contained in paragraph 72(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and that, as a result, Group B applicants who have already received a negative decision in connection with their applications for permanent residence, and have allowed their rights to expire, cannot properly be included in the proposed class. Therefore, this argument cannot support a finding that a class action would be the preferable procedure to be followed in this case.

[111] The fact that paragraph 72(2)(b) of IRPA is not an absolute bar, and does contemplate extensions of time being granted for the commencement of applications for judicial review, does not, in my view assist Mr. Tihomirovs. Decisions such as *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.) have established that, in order to obtain such an extension, the Court must be satisfied that:

1. the individual applicant has the continuing intention to pursue the application;
2. there is some merit to the application;

l'instruction au soutien de la demande de M. Tihomirovs.

[108] M. Tihomirovs soutient plutôt que le caractère souhaitable d'un accès rapide à la justice milite fortement en faveur d'une autorisation en l'espèce. À cet égard, il dit que si on exige que chaque membre du groupe envisagé présente sa propre demande de contrôle judiciaire, nombreux d'entre eux ne pourront obtenir réparation puisqu'une décision défavorable a peut-être déjà été rendue il y a quelque temps dans leur dossier et qu'il serait donc déjà trop tard pour qu'ils puissent contester le Règlement.

[109] Autrement dit, M. Tihomirovs prétend, encore une fois, que l'autorisation d'un recours collectif en l'espèce ferait renaître les droits des demandeurs du groupe B, lesquels droits sont peut-être expirés depuis plusieurs mois.

[110] Comme je l'ai déjà dit, les dispositions relatives aux recours collectifs des *Règles des Cours fédérales* ne peuvent l'emporter sur le délai de prescription prévu à l'alinéa 72(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et, par conséquent, les demandeurs du groupe B dont la demande de résidence permanente a déjà été rejetée et qui n'ont pas contesté cette décision dans le délai prescrit ne peuvent régulièrement faire partie du groupe envisagé. Par conséquent, cette thèse ne peut étayer une conclusion selon laquelle un recours collectif serait le meilleur moyen en l'espèce.

[111] Certes, l'alinéa 72(2)(b) de la LIPR ne constitue pas un empêchement absolu et la disposition prévoit la possibilité de demander une prorogation du délai fixé pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Toutefois, selon moi, cela n'aide aucunement M. Tihomirovs. Des arrêts, tels que *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, [1999] A.C.F. n° 846 (C.A.) (QL), ont établi que pour obtenir une telle prorogation de délai, le demandeur doit avoir démontré :

1. une intention constante de poursuivre sa demande;
2. que la demande est bien fondée;

3. no prejudice to the respondent arises as a result of the delay; and

4. there is a reasonable explanation for the delay.

[112] Thus, an individualized assessment of the circumstances of each applicant is required before the Court can exercise its discretion to extend the time for bringing the applications. If the Court were required to assess the situation of each member of the proposed class, on a case-by-case basis, in order to determine whether they should be permitted to advance their claim as part of the class, notwithstanding that more than 60 days had passed since the decision was made in their case, most, if not all, of the efficiencies gained by proceeding by way of a class action would be lost. Indeed, such a requirement would impose a significant additional drain on scarce judicial resources.

[113] With respect to those individuals whose applications for permanent residence have not yet been finally determined, Mr. Tihomirovs argues that, because these individuals are scattered around the globe, it is necessary that they receive notice of the proceeding in order to be able to derive any benefit from any future decision that the Court might make. Otherwise these individuals may never learn of the decision in Mr. Tihomirovs' case, and would thus be unable to derive any benefit from a positive decision in his case.

[114] Mr. Tihomirovs also says that the fact that many of the members of the proposed class lack the financial resources to pursue their rights through individual applications for judicial review, do not speak either English or French, are unfamiliar with the Canadian legal process, and do not have ready access to Canadian counsel, all militate in favour of the matter being allowed to proceed as a class action.

[115] Moreover, allowing Mr. Tihomirovs' application for judicial review to proceed as a test case is not a satisfactory way to proceed, he submits, as by the time his case is resolved, other members of the proposed class will have received negative decisions in

3. que le défendeur ne subit pas de préjudice en raison du délai;

4. qu'il existe une explication raisonnable justifiant le délai.

[112] Ainsi, il faut évaluer la situation de chaque demandeur pour que la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai prévu pour la présentation des demandes. Si la Cour devait apprécier la situation de chaque membre du groupe envisagé pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser sa participation au groupe même si plus de 60 jours se sont écoulés depuis la décision, la plupart, sinon tous les gains en efficacité du recours collectif seraient perdus. D'ailleurs, une telle exigence imposerait un fardeau supplémentaire de taille sur les maigres ressources judiciaires.

[113] Pour ce qui concerne les individus dont la demande de résidence permanente n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive, M. Tihomirovs fait valoir que parce que ces personnes vivent un peu partout au monde, elles doivent être avisées de la procédure pour tirer un quelconque avantage d'une décision de la Cour. En cas contraire, ces personnes pourraient ne jamais être mise au courant de la décision rendue relativement à M. Tihomirovs et elles ne seraient donc pas capables de tirer avantage d'une décision favorable rendue à son égard.

[114] M. Tihomirovs ajoute également qu'un grand nombre de membres du groupe envisagé ne disposent pas des ressources financières nécessaires pour défendre leurs droits dans une demande individuelle de contrôle judiciaire, ne parlent ni le français ni l'anglais, ne connaissent pas le processus judiciaire canadien et n'ont pas facilement accès à un avocat canadien, et que toutes ces raisons militent en faveur d'une autorisation de recours collectif.

[115] En outre, selon M. Tihomirovs, permettre que sa demande de contrôle judiciaire soit entendue comme cause type n'est pas une manière satisfaisante de procéder puisque, quand sa demande sera enfin tranchée, la demande de résidence permanente d'autres

relation to their applications, and the 60-day limitation period for them to seek judicial review may have expired.

[116] Finally, Mr. Tihomirovs argues that to require each member of the proposed class to launch their own application for judicial review would be repetitive and unnecessarily expensive, and would place an undue burden on the judicial system.

[117] Most of Mr. Tihomirovs' arguments are premised on the assumption that a determination of the legality of the Regulations would have to be made in every individual case. That is, he seems to assume that even if he is ultimately successful in his own application for judicial review, the decision in his case would have no impact on the applications of the other members of the proposed class.

[118] This is simply not the case. Indeed, a declaration, whether obtained in an action or in the context of an application for judicial review, may determine the rights of a class of people in much the same way as a class proceeding: *Auton*, previously cited, at paragraph 47.

[119] As the respondent pointed out, the Minister is obliged to follow the law. As a consequence, should the Court ultimately declare that the regulation in question is *ultra vires*, and that members of the proposed class are entitled to have their applications for permanent residence assessed in accordance with the criteria set out in the *Immigration Act*, the Minister will be obliged to act accordingly. This will be the case, whether or not individual members of the proposed class assert their right to have their applications treated in this fashion.

[120] As a result, there is no need to ensure that all of the members of the proposed class be party to a class action in order to derive a benefit from a favourable decision in Mr. Tihomirovs' case. Moreover, requiring that notice be given of the litigation and of the Court's resolution of the common question will only add unnecessary cost and delay to the process.

[121] The only members of the proposed class, as I have refined it, who would not be able to derive a

membres du groupe envisagé aura été rejetée et la période de 60 jours au cours de laquelle ils peuvent demander le contrôle judiciaire sera peut-être expirée.

[116] Enfin, M. Tihomirovs soutient qu'il serait répétitif et inutilement onéreux d'exiger que chaque membre du groupe envisagé présente sa propre demande de contrôle judiciaire et qu'en outre, cela imposerait un fardeau indu sur le système judiciaire.

[117] La plupart des arguments de M. Tihomirovs sont fondés sur l'hypothèse qu'il faut statuer sur la légalité du Règlement dans chaque situation individuelle. Autrement dit, il semble tenir pour acquis que même s'il finissait par avoir gain de cause dans sa propre demande de contrôle judiciaire, la décision n'aurait aucune répercussion sur les demandes des autres membres du groupe envisagé.

[118] C'est tout à fait inexact. En fait, un jugement déclaratoire, qu'il soit obtenu dans une action ou dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, peut déterminer les droits d'un groupe de personnes à peu près de la même manière qu'un recours collectif : *Auton*, au paragraphe 47.

[119] Comme l'a souligné le défendeur, le ministre est tenu d'appliquer la loi. Par conséquent, si la Cour finit par déclarer que le règlement en cause est *ultra vires* et que les membres du groupe envisagé ont droit à ce que leur demande de résidence permanente soit évaluée en conformité avec les critères établis dans la *Loi sur l'immigration*, le ministre sera tenu d'agir en conséquence. Il en sera ainsi que les membres individuels du groupe envisagé revendiquent ou non leurs droits à ce que leur demande soit traitée de cette façon.

[120] Par conséquent, il n'est pas du tout nécessaire de veiller à ce que tous les membres du groupe envisagé soient parties à un recours collectif pour qu'ils puissent tirer avantage d'une décision favorable dans le dossier de M. Tihomirovs. En outre, exiger un avis du litige et de la décision de la Cour relativement au point collectif aurait pour seul effet d'ajouter inutilement des coûts et des retards au processus.

[121] Les seuls membres du groupe envisagé, comme je l'ai défini, qui ne pourraient tirer avantage d'une

benefit from a positive decision in Mr. Tihomirovs' case are those individuals who may receive negative decisions in relation to their applications for permanent residence between now and the time that Mr. Tihomirovs' application for judicial review is finally decided, and who do not preserve their rights by seeking judicial review of those decisions in a timely manner.

[122] By itself, this consideration does not, in my view, justify the conclusion that a class action would be the preferable procedure for resolving the common issues raised by this case. While the giving of notice to those who may potentially be negatively affected by the Regulations is an important consideration, in light of the fact that I have already found it to be plain and obvious that Mr. Tihomirovs' application is destined to fail, the complexities and expense of proceeding by way of class action do not, in my view, outweigh the efficiencies that would be achieved by having the issues raised by Mr. Tihomirovs determined in the context of his application for judicial review.

[123] I would further observe that while it is impossible to speculate as to how many individuals could potentially find themselves in the situation described above, if their situation is a matter of concern to Mr. Tihomirovs, it would certainly be open to him to seek to have the hearing of his application for judicial review expedited, thereby limiting the number of people potentially so affected.

[124] For these reasons, Mr. Tihomirovs has failed to satisfy me that a class action would be the preferable procedure for the resolution of the issues raised by this case.

(e) Is Mr. Tihomirovs a suitable representative plaintiff?

[125] The requirements for establishing that the proposed representative plaintiff would indeed be an appropriate one are set out in paragraph 299.18(1)(e) of the Rules. This provision requires that it be established that the proposed representative plaintiff:

**299.18 (1) . . .**

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

décision favorable dans le dossier de M. Tihomirovs sont les personnes dont la demande de résidence permanente serait refusée entre aujourd'hui et la date à laquelle sera tranchée la demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs et qui ne demanderaient pas le contrôle judiciaire de la décision en temps opportun.

[122] En soi, cela ne justifie pas, selon moi, de conclure que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points collectifs soulevés en l'espèce. L'envoi d'un avis aux personnes sur lesquelles le Règlement pourrait avoir des effets défavorables est une considération importante. Toutefois, compte tenu de ma conclusion selon laquelle il est évident et manifeste que la demande de M. Tihomirovs est vouée à l'échec, la complexité d'un recours collectif et les frais qu'il entraîne ne l'emportent pas, selon moi, sur les gains en efficacité qui seraient réalisés si les questions soulevées par M. Tihomirovs étaient tranchées dans le contexte de sa demande de contrôle judiciaire.

[123] J'ajouterais que bien qu'il soit impossible de dire combien d'individus pourraient se trouver dans la situation décrite plus haut, si cette situation préoccupe M. Tihomirovs, il pourrait très certainement demander que sa demande de contrôle judiciaire soit tranchée par une instruction accélérée, ce qui limiterait le nombre de personnes susceptibles de subir de telles répercussions.

[124] Pour ces motifs, M. Tihomirovs ne m'a pas convaincue qu'un recours collectif serait le meilleur moyen de régler les questions soulevées en l'espèce.

e) M. Tihomirovs est-il un représentant demandeur acceptable?

[125] Les facteurs permettant d'établir qu'un demandeur représenterait bien les intérêts du groupe sont établis à l'alinéa 299.18(1)e) des Règles. La disposition exige qu'il soit établi que le représentant demandeur envisagé :

**299.18 (1) [. . .]**

(i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,

(iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

[126] The Minister initially challenged Mr. Tihomirovs' suitability as a representative on the basis that he was potentially in a conflict of interest in relation to some of the other members of the class by virtue of the fact that he was a party to the *Borisova* application, and others were not.

[127] When counsel for the Minister was asked to clarify this argument at the hearing, he indicated that he would consider whether to pursue the argument. The argument was not mentioned again, and I understand it to have been abandoned. No other argument has been advanced by the Minister as to why Mr. Tihomirovs would not be a suitable representative plaintiff.

[128] Having considered the factors enumerated in paragraph 299.18(1)(e) of the Rules, I am satisfied that Mr. Tihomirovs has met the requirements of this provision, and that he would be a suitable representative plaintiff.

[129] In this regard, I note that Mr. Tihomirovs has undertaken to fairly and adequately represent the interests of the class, and that no reason has been advanced to suggest that he would not do so.

[130] Mr. Tihomirovs has prepared a litigation plan for the proposed class action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing, and thus satisfies the second requirement of the rule.

[131] As was noted previously, while the Minister initially suggested that Mr. Tihomirovs could be in a conflict of interest *vis-à-vis* some of the other members

[126] Le ministre avait au départ contesté la qualité de représentant de M. Tihomirovs en raison d'un possible conflit d'intérêts avec quelques autres membres du groupe du fait qu'il était une des parties dans la demande *Borisova* contrairement à d'autres.

[127] Lorsqu'on a demandé à l'avocat de clarifier cet argument à l'audience, il a dit qu'il allait évaluer s'il allait le retenir. L'argument n'a plus été mentionné et j'ai compris qu'il n'avait pas été retenu. Le ministre n'a avancé aucun autre argument remettant en cause la qualité de représentant de M. Tihomirovs.

[128] Ayant examiné les facteurs énumérés à l'alinéa 299.18(1)e des Règles, je suis convaincue que M. Tihomirovs satisfait aux exigences de la disposition et qu'il serait un représentant demandeur acceptable.

[129] À cet égard, je constate que M. Tihomirovs s'est engagé à représenter les intérêts du groupe de façon équitable et appropriée et que rien n'indique qu'il ne le ferait pas.

[130] M. Tihomirovs a élaboré, pour le recours collectif envisagé, un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres informés du déroulement de l'instance, ce qui satisfait à la deuxième exigence de la disposition.

[131] Comme je l'ai souligné précédemment, le ministre avait au départ prétendu que M. Tihomirovs pouvait avoir un conflit d'intérêts avec d'autres

of the class, this argument was abandoned at the hearing. Having reviewed the matter myself, it does not appear that there are any facts or circumstances that would place Mr. Tihomirovs in a conflict of interest. As a consequence, I am satisfied that the third requirement has been met.

[132] Finally, Mr. Tihomirovs has provided a summary of the agreement between himself and his counsel with respect to fees and disbursements, satisfying the final element of the test.

[133] I am therefore satisfied that Mr. Tihomirovs would be a suitable representative plaintiff.

#### Conclusion

[134] As was noted earlier, the list contained in subsection 299.18(1) of the Rules is conjunctive. Having failed to satisfy two of the criteria for certification, it follows that a motion for certification would not be successful. As a consequence, the motion to convert Mr. Tihomirovs' application for judicial review to an action should be and will be dismissed.

[135] Having refused to allow Mr. Tihomirovs' application for judicial review to be treated and proceeded with as an action, it is not necessary to deal further with the motion for certification.

#### Costs

[136] The Minister does not seek his costs of this motion. Mr. Tihomirovs does not seek an order of costs in relation to this motion, simply submitting that he should be entitled to his costs at the end of the day, should his claim succeed.

[137] In the circumstances, there will be no order of costs.

#### Certification of a question

[138] Given that these motions arise in the context of an immigration proceeding, there was some question in

membres du groupe, mais l'argument a été abandonné à l'audience. Après avoir examiné la question, j'estime qu'il n'y a ni fait ni circonstance qui placerait M. Tihomirovs en conflit d'intérêts. Par conséquent, je suis convaincue que la troisième condition a été respectée.

[132] Enfin, M. Tihomirovs a communiqué un sommaire de l'entente relative aux honoraires et débours intervenue entre lui et son avocat, ce qui satisfait au dernier volet du critère.

[133] Je suis donc convaincue que M. Tihomirovs serait un représentant demandeur acceptable.

#### Conclusion

[134] Comme je l'ai dit précédemment, les conditions énoncées au paragraphe 299.18(1) des Règles sont conjonctives. Puisqu'il n'a pas été satisfait à deux des conditions du critère d'autorisation, il s'ensuit que la requête en autorisation ne serait pas accueillie. Par conséquent, la requête pour faire convertir la demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs en action doit être rejetée et elle sera rejetée.

[135] Puisque j'ai refusé que la demande de contrôle judiciaire de M. Tihomirovs soit instruite comme s'il s'agissait d'une action, il ne m'est pas nécessaire d'examiner davantage la requête en autorisation.

#### Dépens

[136] Le ministre ne demande pas les dépens relatifs à la présente requête. M. Tihomirovs ne demande pas une ordonnance relative aux dépens en rapport avec la présente requête, mais il soutient tout simplement qu'il devrait avoir droit à ses dépens à l'issue de la cause si sa demande est accueillie.

[137] Dans les circonstances, il n'y aura aucune ordonnance relative aux dépens.

#### Certification d'une question

[138] Puisque les présentes requêtes sont soulevées dans le contexte d'une procédure d'immigration, les

the minds of counsel as to whether it is necessary for the Court to certify a question in accordance with the provisions of paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* in order for either party to have a right of appeal from this decision.

[139] Counsel asked for time to consider their positions on this matter. The parties shall have 10 days from the date of this decision in which to file submissions as to whether any right of appeal from this decision is dependent upon the certification of a question. In this regard, counsel should address the decision of the Federal Court of Appeal in *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 589 (F.C.A.).

[140] The parties shall also propose any question or questions that either side may feel are appropriate for certification within the same time frame.

[141] Both parties will then have five days to respond to the other's submissions, following which an order will issue.

avocats se sont demandé s'il était nécessaire que la Cour certifie une question en conformité avec les dispositions de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour que la présente décision puisse être portée en appel par l'une ou l'autre des parties.

[139] Les avocats ont sollicité un délai pour prendre position sur la question. Les parties disposeront de 10 jours à compter de la date de la présente décision pour déposer leurs observations sur la question de savoir si le droit d'appel de la présente décision est subordonné à la certification d'une question. À cet égard, les avocats devraient examiner l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 589.

[140] Les parties disposeront du même délai pour proposer toute question qui leur semble appropriée aux fins de certification.

[141] Chaque partie disposera ensuite de cinq jours pour répondre aux observations de l'autre partie et je rendrai une ordonnance par la suite.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

## ACCESS TO INFORMATION

Review of Access to Information Commissioner's decision regarding request for release of documents held by respondent—Respondent releasing some documents but withholding others as subject to mandatory, discretionary exemptions under *Access to Information Act*—Whether respondent severing accessible information from exempted records as required by s. 25—Interaction of s. 25, s. 23 privilege exemption—Application allowed—*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 25.

BLANK V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (T-2073-00, 2005 FC 1551, Mosley J., order dated 17/11/05, 30 pp.)

## ARMED FORCES

Judicial review of decision by (Acting) Chief of Defence Staff applicant entitled under *Queen's Regulations and Orders* (QR&O), s. 209.997(4) to sum limited to 30 times daily rate of incidental expense allowance for non-commercial lodgings—Applicant, member of Canadian Forces since 1984, posted to United Nations Truce Supervisory Organization in Israel from July 10, 2000 to August 23, 2002—Applicant's wife, children remaining in Canada during that period—While posted in Israel, applicant receiving Mission Subsistence Allowance (MSA) from United Nations—QR&O providing for certain additional compensation to members of Canadian Forces serving abroad—Under s. 209.997(3), where "quarters or rations or both are not available", person would at relevant time be entitled to separation expense (SE) as compensation for additional expenses as result of separation from dependants of approximately US\$42 per day whereas under s. 209.997(4) where "quarters and rations are available", person would only be entitled to approximately US\$4 per day—Applicant paid US\$4 per day when posted in Israel—At second level of grievance procedure, member of Canadian Forces Grievance Board found in his favour holding nothing in s. 209.997 providing for reduction of SE when member in receipt of MSA—(Acting) Chief refusing to accept findings of

## ARMED FORCES—Concluded

Grievance Board—Decision of (Acting) Chief not subject to appeal, review save for judicial review under *Federal Courts Act*—(Acting) Chief of Defence most senior officer of Canadian Forces—Regulations, statute giving him, in respect of issues, power to prescribe "conditions and limitations" of matters under review—Standard of review of decision of (Acting) Chief of Defence Staff reasonableness *simpliciter*—Decision of (Acting) Chief of Defence Staff to provide applicant with separation allowance of approximately US\$4 per day on basis "single quarters and rations" "available" to him in accordance with s. 209.997(4)—"Available" taking form of MSA in this case—Whether "available" means available *in specie* or through provision of money sufficient to secure quarters and rations—"Available" capable of many shades of meaning, must be understood in context in which used—Regulations conferring upon Chief of Defence Staff right to provide "limitations and conditions"—Officers, member's additional expenses, not those of family, to be compensated—No reviewable error in decision of (Acting) Chief Defence Staff—Application dismissed—*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision)*, s. 209.997—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).

MCMANUS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2171-04, 2005 FC 1281, Hughes J., order dated 19/9/05, 13 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Immigration Inquiry Process*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision applicant inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 36(1)(c) (serious criminality)—Prior to ID hearing, s. 44(1)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

report amended to substitute s. 403(a) instead of s. 368 as Canadian equivalent offence—Effect of IRPA's. 133 (providing protection from prosecution under Code, s. 403 to refugee claimants) and amendment of s. 44(1) report—Application dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(c), 44, 133—*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 368 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 60(F); 1997, c. 18, s. 25), 403 (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 27).

UPPAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2663-05, 2006 FC 338, Layden-Stevenson J., judgment dated 15/3/06, 21 pp.)

*Inadmissible Persons*

Judicial review of visa officer's decision principal applicant, spouse inadmissible to Canada, therefore refusing application to immigrate to Canada, in case of principal applicant, as skilled worker—Basis of rejection principal applicant allegedly misrepresented material facts by presenting what purported to be original certificate from University of Bombay, original marks transcript from same University, determined, following verification, to be false—Applicants applying for permanent resident status at Visa Office at Canadian High Commission in London, England—In late-filed affidavit, visa officer attesting, in review on date of interview of documentation presented in support of applicants' application for landing, strongly suspected principal applicant's university degree, mark sheets fraudulent—Principal applicant transmitting substantial new evidence of graduation from University of Bombay (by time obtained evidence, University of Mumbai)—Attesting "personally collected" true copy of degree from University of Mumbai on November 2, 2004—Determinative issues treatment of Visa Officer's late-filed affidavit, fairness—Applicants for landing in Canada having burden of establishing requirements for entry to Canada met—Foreign national inadmissible for misrepresentation for period of two years under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 40(2)(a)—Whether or not misrepresentation intentional irrelevant—Inadmissibility, inadmissibility for extended term having significant impacts for certain applicants—No basis on which to conclude visa officer's conduct of interview with applicant not complete, satisfactory—However, visa officer delaying for significant period of time in issuing final decision—Late-filed affidavit indicating conscious performing function at distance from office where applicants' application for landing filed—Fact that supplementary material filed not recorded in CAIPS (Computer Assisted Immigration Processing System) notes—For that reason, visa officer failing to meet duty of fairness acknowledged by respondent to be upon him, by no fault of his own—In failing to enter into CAIPS notes in London fact

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

that extensive supplementary material filed by applicants, respondent failed to provide visa officer with opportunity to fulfill obligations—Application allowed on basis duty of fairness incumbent on respondent in arriving at decision under review not fully met—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 40.

MENON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-9641-04, 2005 FC 1273, Gibson J., order dated 16/9/05, 11 pp.)

Appeal from Federal Court decision ([2005] 2 F.C.R. 78) adjudicator's findings of fact not unreasonable or vitiated by errors warranting intervention—Federal Court certifying question as to whether definition of "crime against humanity" found at *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (CAHWCA), s. 6(3) including complicity therein—Federal Court of Appeal answering question affirmatively—Appellant, Afghan, made refugee claim in Canada under former *Immigration Act*—Claim denied by Convention Refugee Determination Division (CRDD) of Immigration and Refugee Board because serious reasons for considering appellant had committed crimes against humanity, excluded from definition of Convention refugee under former Act—Appellant submitted application for landing as post-determination refugee claimant but ordered deported by adjudicator because inadmissible—Federal Court rejected appellant's argument that while Federal Court cases deciding complicity in commission of crime against humanity justifying exclusion from scope of protection offered to refugees, no authority for finding person under similar circumstances inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 35(1)(a)—Also stated argument would result in incongruity in application of relevant laws—Main purpose of CAHWCA to sanction crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes committed in or outside Canada—CAHWCA, s. 6(1)(b) making it indictable offence punishable in Canada to commit, outside Canada, crime against humanity—Crime of complicity not found in CAHWCA because complicity not crime—At common law, under Canadian criminal law, complicity still mode of commission of crime—Referring to act or omission of person that helps, or is done for purpose of helping furtherance of crime—Accomplice then charged with, tried for, crime actually committed, that accomplice assisted or furthered—Complicity not to be confused with inchoate crimes of conspiracy, attempt and incitement to commit crime—Inchoate crimes found in CAHWCA, s. 6(1.1), are substantive offences of own or stand-alone offences—Not modes or means of committing crime—Notion of complicity also existing in international criminal law—Repeal of *Criminal Code*, ss. 7(3.76), 7(3.77) and replacement by CAHWCA, ss. 4, 6 not aiding appellant's argument complicity not punished by IRPA, CAHWCA—Former s. 7(3.76) provided definition of crime against

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

humanity—For greater clarity, former s. 7(3.77) indicated definition included complicity in form of aiding and abetting any person in commission of act or omission—Repeal of s. 7(3.77) not legally changing anything with respect to complicity except creating potential confusion, fuelling litigation—Repeal not altering law because word “commits” in relation to crime as used in CAHWCA, s. 6(1)(b) referring to, including various means of committing crime—Person who “commits” crime may be actual perpetrator of act personally or through innocent agent, aider, abettor, etc. of criminal act committed—Repeal of *Criminal Code* provision affecting neither common-law rules governing issue nor case law developed by Canadian courts under Canadian criminal law—CAHWCA, s. 6(1), which uses word “commits” in relation to crime against humanity no exception to principle complicity refers to methods or means of committing crime; criminally engages those found to be accomplices—Complicity must also not be confused with inchoate crime of incitement—Concept of complicity broader than act of aiding, abetting crime since Federal Court of Appeal has recognized, accepted concept of complicity by association—Mere membership in organization that committed crimes against humanity outside Canada not sufficient to trigger application of CAHWCA, s. 6(1)(b)—Therefore, does not result in inadmissibility finding under IRPA, s. 35(1)(a)—Appellant not mere member of organization, but knowingly, voluntarily, participating, active member for five years in secret service organization within Ministry of State Security (KHAD) that tortured, eliminated people opposed to government—Appellant rose in military ranks of brutal organization, espoused views thereof, attended training sessions, provided names of persons who failed to cooperate—Appellant willingly, to own benefit, member of organization that only existed for limited brutal purpose—Knew organization committing crimes of torture, murder—Under both Canadian, international case law, appellant’s behaviour amounting to complicity in commission of crimes against humanity—Federal Court properly confirmed adjudicator’s decision that appellant inadmissible under former Act (new IRPA, s. 35(1)(a))—Appeal dismissed—*Crimes against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, s. 6—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 35—*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 7(3.76), (3.77) (repealed by S.C. 2000, c. 24, s. 42)—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed by S.C. 2001, c. 27, s. 274).

ZAZAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-539-04, 2005 FCA 303, Létourneau J.A., judgment dated 20/9/05, 12 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Appeal from Federal Court decision ([2005] 3 F.C.R. 615) dismissing application for judicial review of Immigration

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Appeal Division decision dismissing appeal for want of jurisdiction—Appellant becoming permanent resident of Canada in 1991—Convicted in April 2002 of importing cocaine into Canada contrary to *Controlled Drugs and Substances Act*, s. 6(1)—Based on that conviction, Immigration Division of Immigration and Refugee Board finding appellant inadmissible to Canada on grounds of serious criminality under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 36(1)—Federal Court dismissing appellant’s application for judicial review of Appeal Division decision—Certified question as to meaning of word “punished” in *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 64(2)—Referring to sentence imposed, not actual duration of incarceration—S. 64(2) depriving appellant of right to appeal to Appeal Division of Immigration and Refugee Board—Appeal dismissed—*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 6—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 64.

MARTIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-126-05, 2005 FCA 347, Sharlow J.A., judgment dated 25/10/05, 5 pp.)

Appeal from Federal Court decision ([2003] 4 F.C. 143) no collateral consequences arising from issuance of danger opinions under *Immigration Act*—Danger opinions issued under old Act irrelevant to determination of danger to public under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 113(d)(I)—Danger opinion can be relied upon only for purpose for which given—As three years since issuance of danger opinions in case at bar, new facts will be pertinent to s. 113(d)(i) determination—Appeal dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 113—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

BOUTTAVONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-367-03, 2005 FCA 341, Rothstein J.A., order dated 18/10/05, 3 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Motion for stay of proceedings before Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board until application for leave, judicial review underlying motion considered, fully determined—Underlying application for leave, judicial review seeking leave, review of RPD decision directing counsel to make submissions only on merits of refugee claim, refusing to rule on other issues raised by new counsel retained after two-day hearing concluded—Motion denied—Application underlying motion ill-founded—Applicant not entitled, by exercising right to change counsel, to return RPD proceeding to beginning.

DENG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6133-05, 2005 FC 1546, Gibson J., order dated 17/11/05, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division's dismissal of family's Convention refugee claims—Admissibility of late produced evidence—*Refugee Protection Division Rules*, rr. 29, 30—Failure to consider relevant factors, i.e. relevance, probative value of document, whether with reasonable effort could have been provided earlier, material error—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, rr. 29, 30.

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-9315-04, 2005 FC 1351, Dawson J., order dated 5/10/05, 5 pp.)

Judicial review of operations manager's forfeiture of \$500 security deposit bond following violation by applicant's mother of condition for release from immigration detention—Finding release condition breached patently unreasonable in light of evidence—Operations manager also erred in exercising her discretion—Application allowed.

KANG V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-3620-05, 2006 FC 652, Mosley J., judgment dated 30/5/06, 15 pp.)

Judicial review of Canada Border Services Agency decision forfeiting \$80,000 bond posted by applicant for release of husband—Application allowed—Agency's regional director failing to appreciate he had discretion to enforce bond in amount less than \$80,000.

NA V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-6458-05, 2006 FC 474, Dawson J., judgment dated 11/4/06, 11 pp.)

**STATUS IN CANADA***Citizens*

Appeal from denial of citizenship for failure to meet residency requirement—Citizenship judge considering factors set out in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.)—Finding chosen career as professional volleyball player outweighed factors in favour of granting citizenship—Appeal allowed—Absences clearly temporary—Citizenship judge not identifying index country to which applicant having greater ties than to Canada.

COLLIER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-585-05, 2005 FC 1511, order dated 8/11/05, 10 pp.)

Application for writ of *mandamus* directing respondent to process citizenship application, provide written notice of decision within 30 days—Application dismissed—Security clearances for applicant not yet provided, no public duty on

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Citizenship Officer to act until requirements of Act, Regulations fully satisfied—Cases following *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33 (T.D.) criticized.

GOLESTANEY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1889-04, 2005 FC 1736, Rouleau J., order dated 22/12/05, 11 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of decision by Refugee Division of Immigration and Refugee Board (Tribunal) applicants not Convention refugees nor persons in need of protection—Applicants citizens of Romania claiming well-founded fear of persecution based on Roma nationality, political opinion, membership in particular social group—First issue whether applicants entitled to be heard by panel consisting of more than single member—Refugee claims filed in 2000—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) coming into force June 28, 2002—Single-member panel ruling compelled hearing by single-member panel as no substantive evidence adduced at April 24, 2002 pre-hearing conference at which applicants not present—Applicants failing on this issue—Filing of Personal Information Form (PIF), holding of pre-hearing conference under *Immigration Act, 1976*, not meeting requirements under IRPA, s. 191 such that proceeding continued under former Act—Applicants not accepting tribunal's invitation to adjourn hearings in order to enable them to make request to Chairperson of Board for hearing by three-member panel—Second issue standard of proof in respect of IRPA, s. 96, arising from manner tribunal expressed conclusion not satisfied on balance of probabilities serious possibility of persecution—Tribunal expressing itself sufficiently, not imposing inappropriate burden on applicants—Conveying essence of appropriate standard of proof, that is, combination of civil standard to measure evidence supporting factual contentions, and risk of persecution gauged by not proving persecution probable but by proof reasonable chance or more than mere possibility claimant would face persecution—Third issue concerning tribunal's exclusion of Mr. Florea under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b)—Tribunal finding crimes for which Mr. Florea convicted constituted serious non-political crime within meaning of Art. 1F(b)—Record showing fine of 7 billion plus lei integral part of Mr. Florea's sentence for crime committed which would be economic crime falling within description of serious non-political crime under Convention, Art. 1F(b)—Legitimate criminal liability including payment of fine, restitution in lieu of imprisonment—No monies owing to Romanian state, Romanian authorities not seeking to recoup from applicants monies owed to them—Tribunal's finding on exclusion in respect of Mr. Florea set aside—Setting aside of tribunal's decision on Mr. Florea's exclusion not dispositive

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

of judicial review application as tribunal's decision on inclusion in respect of Mr. Florea stands, not having been challenged—Fourth issue relating to tribunal's finding of non-persecution of Mrs. Florea, infant child—Tribunal not erring in not recognizing Mrs. Florea's gender claim on account of rape—Basis of finding that rape occurred because alone, vulnerable, not because a woman—Tribunal finding Mrs. Florea, son, whose claim also based on Roma ethnicity, not having well-founded fear of persecution when leaving Romania—Based on finding past persecution ceased, not on finding of no past persecution—Application dismissed as tribunal's finding all applicants found not to be included as Convention refugees stands—Tribunal's finding Mr. Florea excluded from application of Convention set aside—*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can T.S. No. 6, Art. 1F(a),(b)—*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 191.

FLOREA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5443-04, 2005 FC 1472, Lemieux J., order dated 3/11/05, 22 pp.)

Judicial review of decision by pre-removal risk assessment (PRRA) officer dismissing PRRA application of applicant on ground neither "Convention refugee" nor "person in need of protection" within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97—Applicant citizen of Cameroon—In April 2000, had abortion following pregnancy caused by father's cousin—After having been admitted to Canada as student, applicant filing application for permanent residence—Application denied as inadequate humanitarian grounds, doubtful she and man met in Montréal had married in good faith—In August 2004, informing Immigration authorities feared persecution, wished to claim refugee status—Refugee application found inadmissible as enforceable deportation order made against her on July 7, 2004—Would fear for physical security, safety if returning to Cameroon—Applicant still in Canada, but hiding from respondent—First issue whether application for judicial review moot—In order to determine whether case moot, live controversy test must be applied, as explained by Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342—Court may exercise discretion, elect to hear application for judicial review moot if circumstances warrant—Second stage considering three "bas[es] upon which this Court should exercise its discretion either to hear or to decline to hear this appeal"—Three bases are: (1) existence of adversarial debate; (2) concern for judicial economy; (3) court must demonstrate measure of awareness of judicial function, not encroach on legislative function—In case at bar, application for judicial review not moot as, by still living in Canada, applicant meets live controversy test—Can still have PRRA decision reviewed

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

even though Pinard J. did not grant stay of the removal order—Function of PRRA officer to determine risks applicant would be exposed to if returning to Cameroon—Since PRRA decision involved considering risks before removal, judicial review possible if applicant not removed from Canada—Court could still review PRRA decision to determine whether reasonable, fair under procedural rules—If decision of PRRA officer unreasonable, open to Court to remedy injustice by allowing application for judicial review—Application for judicial review not moot—Could applicant seek judicial review of PRRA even though without clean hands?—In addition to fact applicant not credible, not demonstrating subjective fear, living in hiding meaning she did not have clean hands—Applicant fleeing immigration authorities as afraid of being deported—Federal Court judge can exercise discretion to refuse to hear application for judicial review—Applicant's conduct not beyond reproach warranting dismissal of application for judicial review according to clean hands doctrine—Applicant not showing finding of lack of credibility, of lack of subjective fear patently unreasonable—Applicant not credible witness, lacking subjective fear—Application dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

DJOTSA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-456-05, 2005 FC 1475, Teitelbaum J., order dated 31/10/05, 19 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision applicant not Convention refugee or person in need of protection on basis failed to rebut presumption of state protection—State protection offered by British police on condition applicant make significant, life-altering changes (change identity, profession, re-locate), enter witness protection program—Application allowed—State protection offered not considered reliable.

JOHN DOE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2343-05, 2005 FC 1532, Teitelbaum J., order dated 10/11/05, 13 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board decision denying applicants' refugee protection claims—State protection not identified as live and potentially determinative issue by Board—That omission constituting breach of procedural fairness as applicants not knowing case they had to meet—Application allowed.

GOMES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3672-05, 2006 FC 419, Barnes J., judgment dated 30/3/06, 9 pp.)

Judicial review of Immigration Appeal Division's (IAD) refusal to reopen appeal from removal order and from Refugee

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Protection Division's refusal to reopen refugee claim—IAD did not wrongly interpret, apply *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 71 as mere existence of new evidence not ground supporting reopening of claim under s. 71—With respect to reopening of refugee claim, *Refugee Protection Division Rules*, r. 55 requiring absence, breach of principle of natural justice—No such breach here—Applications dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 71—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, r. 55.

NAZIFPOUR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7688-04, IMM-10094-04, 2005 FC 1694, Heneghan J., order dated 14/12/05, 12 pp.)

*Permanent Residents*

Judicial review of designated immigration officer's refusal of application for permanent residence in Canada as dependent child on parent's sponsored application—Conditions of "dependent child" under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 2 improperly applied to 60-year-old applicant suffering from schizophrenia—Application allowed—Question certified—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 2 "dependent child".

GILANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-9214-04, 2005 FC 1522, Gibson J., order dated 9/11/05, 7 pp.)

Judicial review of denial of application under skilled worker category for entry to Canada as permanent residents on ground daughter's health condition might reasonably be expected to cause excessive demand on health, social services—Decision not taking into account family's financial circumstances, ability, willingness to contribute to future costs of daughter's social services support requirements—Issue settled by *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 706—*Hilewitz* not limited to business applicants (investors, self-employed, entrepreneurs)—Application allowed.

COLACO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5186-05, 2006 FC 896, Barnes J., judgment dated 19/7/06, 7 pp.)

Question certified: Does reasoning in *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 706 apply to individuals applying to immigrate as skilled workers?

COLACO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5186-05, 2006 FC 978, Barnes J., supplemental judgment dated 15/8/06, 4 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

Judicial review of visa officer's decision applicant inadmissible to Canada pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 35(1)(a),(b)—Applicant member of Afghanistan's Ministry of State Security (KhAD), holding rank of colonel—Meaning of "senior" in s. 35(1)(b)—Application allowed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 35(1)(a),(b).

HAMIDI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-10493-04, 2006 FC 333, Snider J., order dated 14/3/06, 14 pp.)

*Persons with Temporary Status*

Judicial review of visa officer's refusal of application for work permit as live-in caregiver on basis applicant not having requisite training, work experience in field of child care—Applicant having wealth of experience as geriatric caregiver—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 112 requiring applicant's employment experience be assessed with view to identifying transferable skills available to fulfilment of proposed Canadian employment—Not sufficient in assessing prior experience to focus solely upon characteristics, age of intended beneficiaries of care—Application allowed—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 112.

SINGH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1890-05, 2006 FC 684, Barnes J., judgment dated 5/6/06, 10 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****CHARTER OF RIGHTS**

Judicial review of decision refusing to identify "Jerusalem, Israel" instead of "Jerusalem" as country of birth in applicant's passport—Government's policy to enter "Jerusalem" alone as place of birth on passport not breaching applicant's freedom of religion or equality rights—Application dismissed.

VEFFER V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (T-149-05, 2006 FC 540, von Finckenstein J., order dated 1/5/06, 30 pp.)

*Equality Rights*

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing appeal from determination respondent not entitled to Canada Child Tax Benefit—*Income Tax Act*, s. 122.6(f) presumption female parent primary caregiver of children when living with them not violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15 by discriminating against fathers—Contextual analysis revealing s. 122.6(f) not discriminatory—Appeal allowed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 122.6(f)

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

“eligible individual” (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. VII, s. 12; 2000, c. 12, s. 142)—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CAMPBELL (A-590-04, 2005 FCA 420, Evans J.A., judgment dated 9/12/05, 16 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision (2004 TCC 767) respondent’s equality rights violated contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15 as government officials deliberately excluding respondent from Band List—Tax Court erred in holding respondent not obliged to serve notices of constitutional question, in finding Charter violation—Appeal allowed—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

CANADA V. WETZEL (A-714-04, 2006 FCA 103, Sexton J.A., judgment dated 14/3/06, 17 pp.)

**COPYRIGHT****DAMAGES**

Redetermination in light of Federal Court of Appeal decision ([2006] 3 F.C.R. 91) requiring Court to review all aspects of damages, not only sales record—Court still of view Kraft entitled to damages under *Copyright Act*, s. 35 for sale by Euro Excellence Inc. of copyrighted works—Kraft’s proposal re: damages reasonable—Kraft awarded \$300,000 in damages for profit attributable to infringement—*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 35 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20.)

KRAFT CANADA INC. V. EURO EXCELLENCE INC. (T-1821-02, 2006 FC 453, Harrington J., order dated 7/4/06, 16 pp.)

**CRIMINAL JUSTICE****FIREARMS**

Motion for certification of action as class action, interlocutory relief to retain lawful possession of handguns—Plaintiffs applying for handgun licences under *Firearms Act* before December 2002 but Registrar not responding—General amnesty expiring December 31, 2005—Action dismissed—Motion not dealt with given defendants’ undertaking to issue notices of refusal (or grant) of licence—*Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39.

WHITMORE V. CANADA (T-2081-05, 2005 FC 1728, Hughes J., order dated 20/12/05, 5 pp.)

**CROWN****TORTS**

Defendant, Public Works and Government Services Canada (PWGSC), requesting proposals, handling tendering process for construction of naval reserve building, HMCS Cabot in St. John’s, Newfoundland—One of original plaintiffs Olympic Construction Limited (Olympic), general contractor, proponent of tender for design, construction of HMCS Cabot, discontinuing action against Crown—Architect, structural consultant, contractors agreeing to work with Olympic in developing, presenting tender as part of “design-build team”—Olympic design-build team pre-qualified by PWGSC, but bid not accepted—Assuming successful bid non-compliant and Olympic should have received contract, whether remaining plaintiffs had standing in law to also benefit in claim against defendant, in contract, tort, or both, to recover costs or fees, opportunity lost to share in profits of enterprise—Whether PWGSC owed duty, in contract or in tort, to other members of Olympic design-build team—Plaintiffs arguing defendant owed them duty of care as members of design-build team when assessing bids submitted on project—In *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, S.C.C. allowing appeal in tendering case in which Federal Court of Appeal found breach of duty of care under tort principles—Holding any *prima facie* duty of care in circumstances outweighed by deleterious effects resulting from extension of duty of care into conduct of negotiations—But question of whether duty of care arising between subcontractor, owner not arising in that case—This is as yet undeveloped area of law, little support for plaintiffs’ position in case law—Plaintiffs’ claims not fitting squarely within any of exceptions to common-law rule against discovery for pure economic loss developed in case law—Although reasonably foreseeable defendant’s negligence in issuing contract to non-compliant bidder would result in financial loss to plaintiffs, mere foreseeability not enough to establish *prima facie* duty of care—Plaintiffs must also show proximity, i.e. defendant in close and direct relationship with them, making it just to impose duty of care upon defendant to plaintiffs—“Proximity” meaning circumstances of relationship between plaintiff, defendant of such nature defendant may be said to be under obligation to be mindful of plaintiff’s legitimate interests in conducting affairs—Notwithstanding finding Olympic, team members had not constituted formal joint venture as defined by Statement of Qualifications, Request for Proposal, process adopted by defendant analogous to joint venture—PWGSC’s requirements in pre-qualification, tendering process creating relationship between it, plaintiffs that meets proximity standard—Case crying out for remedy—By reason of close management of participation of plaintiffs in tendering process, defendant owing plaintiffs duty of care in tort not to award contract to non-compliant bidder—Providing remedy not raising risk of indeterminate liability because of particular facts of case.

DESIGN SERVICES LTD. V. CANADA (T-219-00, 2005 FC 890, Mosley J., judgment dated 23/6/05, 63 pp.)

**CROWN—Concluded**

Appeal from Federal Court judgment (2005 FC 890) determining owner who had conducted tendering process owed duty in tort to architect, consultants, subcontractors of bid proponent who should have received contract in issue—Cross-appeal from Federal Court judgment Public Works and Government Services Canada (PWGSC) not liable to respondents in contract—Whether contractual relationship between PWGSC, respondents; whether PWGSC owed respondents duty of care—PWGSC liable to respondents neither in tort nor in contract—Trial Judge made palpable and overriding error in analogizing joint venture case law mentioned in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537 to present case—Proximity between PWGSC, respondents not such as to justify imposition of *prima facie* duty of care on PWGSC—Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

DESIGN SERVICES LTD. V. CANADA (A-414-05, 2006 FCA 260, Sexton J.A., judgment dated 21/7/06, 31 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Judicial review of decision by officials of Minister of National Revenue as to manner in which Minister would disclose confidential information to applicant—Applicant claiming manner in which Minister to affect disclosure contrary to provisions of *Excise Tax Act*, s. 295 as improperly discloses information about applicant—Minister deciding to disclose audit file containing information from third parties used to assess applicant's excise tax—Minister sending letters to third parties, giving them 30 days to block release of information or consent to release; absence of response within 30 days deemed consent—Applicant complaining that, without its consent, Minister disclosing confidential information about applicant, i.e. name of applicant, existence of disputed tax assessment—Whether letters, as sent to third parties, necessary for administration, enforcement of Act or for determination of applicant's tax liability (s. 295(5))—Information about applicant now in public domain—However, fact of disclosure not depriving it of classification of "confidential information"—Under s. 295(1), information confidential as supplied to, obtained by Minister—Minister providing no justification for disclosing applicant's name, existence of tax dispute—Erring in method of carrying out decision to disclose—Order issued quashing part of decision to release information that disclosed information about applicant, prohibiting sending of remaining letters sent—*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 295.

SCOTT SLIPP NISSAN LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2108-04, 2005 FC 1479, Phelan J., order dated 1/11/05, 8 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Attorney General of Alberta seeking intervener status, order requiring applicant to file, serve notice of constitutional question pursuant to *Federal Courts Act*, s. 57—Scope, term of intervener status—Even if nature of remedy (declaration MacKenzie Gas Project federal work or undertaking) requiring s. 57 notice, Court not having jurisdiction to compel unwilling party to file, serve notice—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57.

DENE THA' FIRST NATION V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-867-05, 2006 FC 265, Phelan J., order dated 28/2/06, 10 pp.)

**FOREIGN TRADE**

Judicial review of Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision concluding dumping, subsidization of carbon steel nuts and bolts not causing or threatening to cause injury to domestic industry—To reach that conclusion, CITT assessed impact of various economic factors, apart from dumping and subsidization—No evidence supporting argument CITT applied wrong legal test of causation—Application dismissed, Malone J.A. dissenting.

INFASCO DIVISION OF IFASTGROUPE AND CO. LP V. CANADA (INTERNATIONAL TRADE TRIBUNAL) (A-47-05, 2006 FCA 130, Sharlow and Malone (dissenting) J.J.A., judgment dated 31/3/06, 20 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Judicial review challenging Canadian Human Rights Commission's refusal to withdraw from Canadian Human Rights Tribunal complaint alleging gender-biased job evaluation plan—Under *Canadian Human Rights Act*, Commission having neither statutory authority to unilaterally withdraw complaint referred to Tribunal nor obligation to do so—Application dismissed—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.

CANADIAN MUSEUM OF CIVILIZATION CORP. V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (LOCAL 70396) (T-1442-05, 2006 FC 703, Russell J., order dated 6/6/06, 52 pp.)

**INCOME TAX**

Administration and enforcement—Appeal from F.C. decision (2005 FC 1068) quashing requirement letter directing taxpayer (Ellingson) to produce signed income tax returns, statements of assets, liabilities, personal expenses—Applications Judge quashing letter on basis penal liability investigation already underway, giving rise to protections under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—Here, no evidence of decision to embark on criminal investigation—

**INCOME TAX—Continued**

Audits, investigations permissible on parallel tracks—Applications judge wrongly applied relevant case law—Appeal allowed—*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].

ELLINGSON v. M.N.R. (A-376-05, 2006 FCA 202, Malone J.A., judgment dated 30/5/06, 13 pp.)

**EXEMPTIONS**

Registered charities—Appeal from M.N.R. decision denying appellant’s application to be registered as charity—Appellant established to promote amateur youth soccer—Appellant established to provide tax exemption for registered Canadian amateur athletic associations operating on nation-wide basis—This scheme precluding possibility amateur sport association such as appellant be treated as charity under Act—Appeal dismissed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

A.Y.S.A. AMATEUR YOUTH SOCCER ASSOCIATION v. CANADA (REVENUE AGENCY) (A-275-05, 2006 FCA 136, Noël J.A., judgment dated 5/4/06, 10 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision (2005 TCC 179) with respect to reference challenging inclusion of child support payments in applicant’s taxable income—T.C.C. committed reviewable error in concluding shared expense obligation not payable on periodic basis—Matter remitted to different T.C.C. Judge to determine whether shared expense amounts were “allowance”, “support amount”, “child support amount”, and whether deletion of shared expense obligation created commencement day within meaning of *Income Tax Act*—Appeal allowed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

CALLWOOD v. CANADA (A-398-05, 2006 FCA 188, Sexton J.A., judgment dated 23/5/06, 24 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada decision (2004 TCC 523) concerning deductibility by taxpayer, who suffers from fibromyalgia, of cost of hot tub as medical expense tax credit—Whether hot tub “device that is designed to assist an individual in walking where the individual has a mobility impairment” under *Income Tax Act*, s. 118.2(2)(m)(i), Regulations, s. 5700(i)—Tax Court Judge finding hot tub “was, in these circumstances, designed, in part at least, for a therapeutic purpose assisting the appellant in walking, her fibromyalgia having produced a mobility impairment”—Finding of mixed fact and law—Appellant’s main contention

**INCOME TAX—Continued**

provision can apply only to devices that “provide direct physical support to assist an individual in walking”, like canes, walkers—Language in section not supporting Crown’s position—Words in Regulations, s. 5700(i) stating “designed to assist”, not “exclusively designed” to assist—Sufficient if one of purposes of design to assist in walking, which Tax Court Judge held it was—Appeal dismissed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 118.2 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 89)—*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 5700(i) (as am. by SOR/90-809, s. 1).

CANADA v. KLYWAK (A-521-04, 2005 FCA 354, Linden J.A., judgment dated 28/10/05, 6 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada decision (2005 TCC 471) dismissing taxpayer’s appeal in respect of lodging, automobile expenses reimbursed to employee by employer—Whether exemption for special work site (*Income Tax Act*, s. 6(6)) applicable; whether permitting Minister to file amended reply at commencement of proceedings breach of procedural fairness—Appeal allowed with respect to automobile expenses—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 6(6).

BURTON v. CANADA (A-356-05, 2006 FCA 67, Rothstein J.A., judgment dated 14/2/06, 7 pp.)

**PENALTIES**

Judicial review of decision by Minister of National Revenue not to grant interest relief under *Income Tax Act*, s. 220(3.1) in respect of delays relating to 1987-1988 tax years’ assessment—Delays in resolving 1983 tax year assessment due to alleged conduct of judge hearing motion to strike notice of appeal thereof, said to have caused delay in resolution of 1987-1988 tax assessments—S. 220(3.1) giving Minister discretion to waive, cancel penalty, interest otherwise payable—Standard of review for discretionary decisions made under fairness provisions of *Income Tax Act* reasonableness *simpliciter*—Applicant’s counsel refusing to have appeal heard between 1991, 1998 because concerned judge whose conduct questioned *ex officio* member of Appeal Division, thus rendering it inappropriate for that court to hear matter—Applicant’s position ignoring fact said judge ceased to be judge of Trial Division effective October 24, 1991—Applicant failing to take steps to obtain guidance from Court as to how to proceed in circumstances—Matter of “court delays” referred back despite infirmities of applicant’s arguments because Minister not considering applicant’s conduct or whether delays not caused by respondent could form basis of relief—Act, s. 169(1) permitting appeal to Tax Court of Canada where taxpayer filed notice of objection 90 days after service if not notified Minister vacated or confirmed assessment—Designed principally for situations where taxpayer owed money from Canadian government, not as

**INCOME TAX—Continued**

mechanism to force Agency to issue assessments for taxes payable—S. 169(1) not lessening Minister's obligation to assess with "all due dispatch"—Minister chose not to act without taxpayer's consent—Minister not considering own failure to act in reaching decision to deny interest relief—Failure to consider material fact warranting Court interference, setting aside of Minister's decision—Application allowed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 169(1), 220(3.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181(1)).

COLE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-931-04, 2005 FC 1445, Phelan J., order dated 25/10/05, 12 pp.)

**PRACTICE**

Judicial review regarding request for audit information by Minister of National Revenue (Minister) contained in letters, questionnaires sent to each applicant between August and October 2002—Applicants opposing responding to letters, questionnaires on basis request done for criminal investigation, not audit purposes—Claiming rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (such as s. 7; right to remain silent) engaged—Seeking order declaring documents requesting information invalid or unlawful; prohibiting Minister from taking action against applicants for failure to respond to letters, questionnaires—Applicants involved in commodities trading transactions, financing schemes—Reporting substantial trading losses in tax returns—Situation also involving promoters of tax schemes, tax shelters, and RRSPs involving participation of corporate entities—Applicants audited to determine tax liability under *Income Tax Act* for 1998, 1999, 2000 tax returns—In April 2001, audit becoming criminal investigation—Copies of partially-audited tax return files of all applicants transferred to Investigations—Some of Audits personnel assisting Investigation division, providing information—One auditor seconded to work for Investigations, also acting as "liaison" between Audits and Investigations—In March 2002, Investigations gave Audits "green light" to recommence auditing applicants' 1998 tax returns—Notices of reassessment forwarded to applicants disallowing commodity losses claimed, levying penalties—Applicants filing appeals against reassessments—Applicants sent notices of reassessment despite still being investigated because of "statute-bar problem"—In July 2002, Investigations gave Audits "green light" to recommence auditing applicants' 1999-2000 tax returns—Applicants sent letters, questionnaires indicating criminal investigation undertaken regarding promotion of types of transactions claimed, specifying applicants' not personally under investigation—All applicants, save one, received notices of reassessments for 1999-2000 tax returns—Applicants appealed reassessments—Some Audits personnel maintained contact with Investigations regarding

**INCOME TAX—Continued**

related matters after letters, questionnaires issued—Originals of applicants' files held by Investigations up to two years after criminal investigation allegedly ended—Under Act, ss. 231.1(1), 231.2(1) Minister may exercise inspection, requirement powers to verify taxpayers' compliance with duties, obligations imposed by Act—Authority not allowed where predominant purpose of inquiry to determine penal liability—Determination as to whether predominant purpose of letters, questionnaires for purposes of audits or investigations question of mixed fact and law—Correctness applicable standard of review—*R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757 establishing guiding factors to assess whether Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) exercising audit or investigative function when letters, questionnaires created, issued—CCRA having audit powers to examine, assess income tax returns within certain period of time—CCRA's audit powers also providing for penalties where tax returns not filed or inaccurate—Audit is administrative process, not criminal process—Not triggering implication of Charter rights—CCRA's investigative functions completely distinct from audit functions—Investigative functions including collection of evidence for prosecutorial purposes—When exercising investigative functions, CCRA, taxpayer in "adversarial relationship" bringing into play constitutional protections against self-incrimination, including right to remain silent—CCRA must relinquish authority to use inspection, requirement powers under Act where predominant purpose of inquiry determination of penal liability—Transfer of information from Audits to Investigations not forbidden as long as there is no commencement of investigation into penal liability—Where investigation has begun but later stopped and then audit requirement is made, penal investigation must have clearly stopped to permit flow of information from Audits to Investigations—Location of file, level of importance of contacts between Audits and Investigations from time investigation begins also to be considered—Predominant purpose of requirement to provide documents, information must be assessed in light of all factors related to request—Five other questions identified in addition to questions suggested in *Jarvis*—Overall evidence showing predominant purpose behind creation, issuing of letters, questionnaires was use of audit information and functioned for investigators' purposes—Notion of "predominant purpose" not precluding other purposes—Evidence showed Investigations took control of applicants' files, retained control despite fact some auditors genuinely trying to assume roles required by Act—Therefore, Charter rights (such as s. 7 right; right to remain silent, avoid self-incrimination) triggered—Applicants not informed of rights—Order relying on Charter, s. 24 granted quashing letters, questionnaires forwarded to applicants; prohibiting respondent from taking action against applicants' failure to respond thereto—Application allowed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.1(1) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121; 1994, c. 21, s. 107), 231.2 (as am. by S.C.

**INCOME TAX—Concluded**

1986, c. 6, s. 121; 1988, c. 55, s. 174; 1996, c. 21, s. 58; 2000, c. 30, s. 176)—*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.

STANFIELD V. M.N.R. (T-1554-02, 2005 FC 1010, Noël, J., order dated 21/7/05, 50 pp.)

Motion for interim injunctive relief prohibiting Canada Revenue Agency (CRA) from using certain information regarding third parties as donors; for order compelling attendance of certain CRA employees for examination—Motion based entirely on alleged breach of agreement between parties regarding delivery of information (donor lists)—Motion denied—Insufficient evidence of irreparable harm, alleged breach.

JOHN MCKELLAR CHARITABLE FOUNDATION V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-779-05, 2006 FC 23, Snider J., order dated 12/1/06, 6 pp.)

**REASSESSMENT**

Appeals from: (1) Tax Court of Canada decision quashing notices of appeal for 1991, 1993; (2) Federal Court's (2004 FC 1353) dismissal of application for judicial review requiring Minister to make determination of loss under *Income Tax Act*, s. 152(1.1)—Appeals dismissed—(1) Discussion of bases upon which request for recognition of 1993 rental loss could have been considered—(2) Scope of s. 152(1.1)—Statutory conditions for remedy not met—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(1.1).

ARMSTRONG V. CANADA (A-222-04, A-582-04, 2006 FCA 119, Sharlow J.A., judgment dated 21/3/06, 12 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of Adjudicator's decision ordering applicant to disclose to respondent annual salary of one of its employees—Applicant seeking order quashing decision, declaring Adjudicator *functus officio*—Applicant employing respondent as teacher until dismissal on September 2, 2003—Respondent complaining unjustly dismissed under *Canada Labour Code*, s. 240(1)—In first order, Adjudicator finding unjust dismissal, ordering applicant to pay monetary compensation to respondent in amount equalling salary paid to employee replacing her—Since applicant had not complied with first order, Adjudicator issuing second order (subject of judicial review) directing applicant to disclose to respondent salary paid to replacement—Third order withdrawing second order—Whether Adjudicator had jurisdiction to order award in amount equal to salary paid by applicant to replacement

**LABOUR RELATIONS—Continued**

—Applicant not able to challenge findings in first order since period in which to seek judicial review expired, Court already dismissed motion for order extending time in which to file application for review—Merits of Adjudicator's decision on quantum award not assessed—Second order withdrawn by Adjudicator so that legality of order moot—Whether Adjudicator had jurisdiction to order applicant to disclose to respondent amount of salary paid to replacement—Interplay of Code, ss. 242(2)(c), 16(a),(b) resulting in Adjudicator's powers falling within meaning of *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, s. 7(3)(c)(i)—S. 7(3)(c)(i) permitting disclosure of personal information without knowledge or consent of individual if disclosure required to comply with order of person with jurisdiction to compel production "required by law"—Adjudicator could compel disclosure of salary paid to replacement during relevant period as basis for compensation owed respondent—Whether Adjudicator *functus officio* at time of second order—Whether and at what point adjudicator appointed under Code, s. 242(1) becoming *functus officio* turning on circumstances of individual cases, specifically on extent to which complaint resolved i.e. whether complaint finally determined—Fact Adjudicator did not specify means by which information of replacement's salary would be disclosed not making quantum any less final—Adjudicator's first order final decision on complaint—Adjudicator exhausting statutory powers, becoming *functus officio*—Not retaining jurisdiction thereafter to make further orders in respect of respondent's now complete complaint—Respondent arguing third branch of Code, s. 242(4)(c) conferring jurisdiction upon adjudicator to make "collateral" orders as necessary to ensure enforcement of decision—Statutory provision relied upon cannot be so broad as to confer upon adjudicator powers of judgment enforcement otherwise reserved for courts—Only judiciary independent of state can sanction detention, otherwise authorize state's coercive intrusion on citizen's person—Adjudicator appointed by Minister of Labour, delegate not retaining independence inherent in courts constituted by *Constitution Act, 1867*, ss. 96, 101—Correct interpretation of labour dispute resolution scheme provided for in Code, ss. 240-244 that in which adjudicator's final decision may be registered in, enforced by Federal Court pursuant to lawful exercise of *in personam* jurisdiction—Whether matter in exclusive jurisdiction of Federal Court upon registration of decision in Court Registry under Code, s. 244—First order filed registered in Federal Court, having force, effect of order issued by Justice of Federal Court, may be so enforced—Complaint no longer within purview of Adjudicator—Application dismissed—*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 ss. 16 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 6), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241, 242 (as am. *idem*, s. 16; S.C. 1998,

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

c. 26, s. 58), 243, 244 (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 34(F))—*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 7—*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. 96, 101.

FISHING LAKE FIRST NATION V. PALEY (T-606-05, 2005 FC 1448, Kelen J., order dated 26/10/05, 24 pp.)

Judicial review of decision by Federal Court Judge (2003 FC 853) reversing award by Adjudicator appointed in accordance with *Canada Labour Code*—Adjudicator dismissing unjust dismissal grievance filed by respondent—Judge ordering reinstatement of respondent, referring matter back to Adjudicator on question of quantum of financial compensation payable by employer, appellant Band Council—Appellant arguing Judge erred in applying reasonableness *simpliciter* as standard of review and substituting own opinion for that of Adjudicator—Adding Judge did not have jurisdiction to order respondent be reinstated—Appropriate standard of review for findings of fact, Adjudicator's inferences patent unreasonableness—At time of dismissal, respondent, with 25 years of continuous service with Band, managing finance, administration section since 1986—Council dismissing respondent for acts amounting to what perceived as extremely serious, unacceptable conduct, even fraudulent manoeuvres, with respect to employer—Adjudicator painstakingly analyzing each allegation made against respondent, respondent's service—Finding first eleven unfounded, but last two justified, i.e. relating to backdated signature of administrative employee contracts and to issuing cheque for \$9,880 to order of respondent—Findings to effect bank accounts manipulated, employment contracts backdated findings of fact supported by evidence, not subject to judicial review—Adjudicator making two errors of law when said "Once the employer has established sufficient grounds for relying on a breach of the relationship of trust, the way it reacts—the penalty—is for it to decide"—Adjudicator confusing fault committed justifying penalty with breach of relationship of trust, which could justify nature of penalty applied—Adjudicator relying on old decision of Supreme Court of Canada, *Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs et al.*, [1969] S.C.R. 85, now obsolete—Adjudicator erring in law, must review matter to decide, based on all circumstances, relevant principles, whether dismissal without compensation appropriate measure—Application allowed in part—*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

FONTAINE V. BAND COUNCIL OF MONTAGNAIS UASHAT MAK MANI-UTÉNAM (A-402-03, 2005 FCA 357, Décaré J.A., judgment dated 31/10/05, 15 pp.)

**PATENTS**

Judicial review of Minister of Health's decision not to list patents under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 4—Whether patents at issue claiming medicine—Case law divided in this field between "formulation" approach, "device" cases—Here, patents containing claim for "delivery system", not medicine—Scope of claims not depending on whether medicine formulated with delivery system or whether delivery system is mechanical, physical device separate from active ingredient—Application dismissed—*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 4.

PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-114-05, 2006 FC 411, Strayer D.J., judgment dated 30/3/06, 16 pp.)

Application by Axcan Pharma Inc. for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to Pharmascience Inc. for its version of Axcan's drug Urso®—Dosage portion essential element of patent claim listed against Urso®—As such, patent invalid as claiming method of medical treatment—Application dismissed.

AXCAN PHARMA INC. V. PHARMASCIENCE INC. (T-1005-04, 2006 FC 527, Harrington J., order dated 26/4/06, 19 pp.)

**INFRINGEMENT**

Application seeking to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance in respect of proposed injectable ready-to-use Epirubicin Hydrochloride solution until expiry of Canadian Patent 1291037—Construction of claims, what phrase "not reconstituted from lyophilizate" referring to—Application allowed—Invention understood by ordinary person skilled in art as something not previously available to public.

PFIZER CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1142-04, 2005 FC 1725, Hughes J., order dated 20/12/05, 34 pp.)

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2005 FC 1093) dismissing application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to respondent ratiopharm for its version of clarithromycin—F.C. correct to dismiss application, but did so for wrong reasons—Application should not have been dismissed on basis ratiopharm's allegation of non-infringement justified but on basis ratiopharm's allegation of invalidity due to anticipation justified—Appeal dismissed.

ABBOTT LABORATORIES V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-384-05, 2006 FCA 187, Sharlow J.A., judgment dated 18/5/06, 15 pp.)

**PATENTS—Concluded****PRACTICE**

Appeal from Federal Court order (2005 FC 1283) dismissing application for prohibition preventing Minister of Health from issuing notice of compliance in respect of Apotex' drug product ramipril until after expiration of Canadian Letters Patent No. 1341206—Sound prediction of utility, burden of proof if alleging invalidity of listed patent—Appeal dismissed.

AVENTIS PHARMA INC. V. APOTEX INC. (A-431-05, 2006 FCA 64, Richard C.J., judgment dated 13/2/06, 14 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Pension Appeals Board decision granting respondent leave to appeal application for disability benefits after time limit for doing so elapsed—Board exceeding jurisdiction by granting leave without expressly considering, granting extension of time—Application allowed.

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. EASON (T-2179-04, 2005 FC 1698, Tremblay-Lamer J., order dated 15/12/05, 8 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Motion for order striking out portions of affidavit submitted in support of plaintiffs' application to have action certified as class action—Affidavits based on information, belief permitted as application for certification interlocutory matter—Affidavit not inadmissible under *Federal Courts Rules*, r. 81—Court reluctant to strike paragraphs as tendentious, argumentative unless prejudice shown—Application dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81.

SANDER HOLDINGS LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1172-03, 2005 FC 1402, von Finckenstein J., order dated 14/10/05, 8 pp.)

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2005 FC 280) granting respondent's motion to file confidential affidavits in respect of applications brought by appellant pursuant to *Access to Information Act*, s. 41—Motions Judge deferred question of whether appellant should be allowed access to some, all of confidential affidavits to judge hearing merits of s. 41 application—Doing so deferred any order for disclosure to time when too late for appellant to make use of information disclosed—Motions Judge required to determine precautions necessary, extent of material filed confidentially—Appeal

**PRACTICE—Continued**

allowed—*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 41.

BLANK V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (A-84-05, 2005 FCA 405, Rothstein J.A., judgment dated 5/12/05, 10 pp.)

Appeal from order appellants appoint new solicitors to prepare written submissions for and present oral argument at hearing of application to expunge trade-marks—Appeal dismissed—Factors militating against having appellants' solicitors prepare, argue case—Improper for solicitor to compromise independence by acting in proceeding in which member of firm has given affidavit evidence on point of substance.

CROSS-CANADA AUTO BODY SUPPLY (WINDSOR) LTD. V. HYUNDAI AUTO CANADA (A-419-05, 2006 FCA 133, Sexton J.A., judgment dated 3/4/06, 5 pp.)

**APPLICATIONS**

Material in possession of Tribunal—Motion under *Federal Courts Rules*, r. 318 for orders that Commission of Inquiry provide certified copies of material in Commission's possession requested but not transmitted—Determination of relevance of document requiring determination as to whether evidence was or should have been before tribunal—Motion allowed only with respect to material found relevant to application—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 318 (as am. by SOR/2002-417, s. 19).

GAGLIANO V. CANADA (EX-COMMISSIONER OF THE COMMISSION OF INQUIRY INTO THE SPONSORSHIP PROGRAM AND ADVERTISING ACTIVITIES) (T-2086-05, T-2118-05, T-2121-05, 2006 FC 720, Teitelbaum J., order dated 9/6/06, 41 pp.)

**CONTEMPT OF COURT**

Plaintiff's solicitor apparently disclosing documents, information produced by defendant in trade-mark infringement action without consent, leave to non-party and relied on such documents, information to threaten litigation—*Prima facie* breach of implied undertaking rule relating to use of documents, information obtained on discovery—*Prima facie* case of contempt of court established.

DIRECT SOURCE SPECIAL PRODUCTS INC. V. SONY MUSIC CANADA INC. (T-1483-99, 2005 FC 1362, Milczynski P., order dated 5/10/05, 7 pp.)

**PRACTICE—Continued****EVIDENCE**

Motion for order allowing plaintiff to introduce evidence of Iranian witnesses at trial through use of teleconferencing under *Federal Courts Rules*, r. 286—Plaintiff arriving in Canada on October 26, 1988 on Minister's permit—Obtaining landed immigrant status on November 5, 1991—Sponsorship application for wife approved, forwarded to Damascus office in 1992—Damascus office informing wife in 1993 plaintiff had not submitted undertaking of assistance—Wife apparently divorcing plaintiff in Iran in late December 1993—Plaintiff commencing action for damages for negligence in processing immigration files—Word "hearing" used in r. 32 (permitting Court to order hearing by way of teleconference call) should be interpreted in liberal manner—One of central issues at trial revolving around causation of alleged divorce—Credibility of evidence of Iranian witnesses critical—"Just" determination of contentious issues in trial (cause(s) of alleged divorce), necessarily implying defendant be given opportunity to cross-examine Iranian witnesses—However, obvious from facts of case that, through teleconferencing, Court will not be able to observe Iranian witnesses' demeanour—Having balanced all relevant factors, evidence, issuance of order permitting evidence of Iranian witnesses be taken by telephone not in interest of justice, would not secure, at this late date, in absence of detailed plan, just, most expeditious and least expensive determination of contested issues in action—Motion dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 32, 286.

FARZAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-626-96, 2005 FC 1453, Martineau J., order dated 26/10/05, 29 pp.)

Motion for mistrial, rehearing as result of gaps in transcript of commission evidence due to power interruptions—Elderly witnesses residing in Italy—*Federal Courts Rules*, r. 89(4) requiring word-for-word record of evidence—Omissions not trivial, but gaps brief—Guiding principles reviewed—Motion dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am by SOR/2004-283, s. 2), 89(4).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SEIFERT (T-2016-01, 2006 FC 223, O'Reilly J., order dated 17/2/06, 11 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Enforcement*

Application by plaintiff in copyright infringement action to have amended writs of execution issued pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 434(1)(b)—Plaintiff asking Court to lift corporate veil to add judgment debtor not named in original execution order—R. 434 not proper means by which corporate

**PRACTICE—Continued**

veil may be lifted—Use of that rule limited to situations where obligation of judgment debtor devolved by operation of law to other representative party—Application dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 434.

CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY V. APEX COPY CENTRE (T-1788-04, 2006 FC 470, Barnes J., judgment dated 11/4/06, 11 pp.)

**PARTIES**

Motion to be added as respondent or intervener to application for judicial review of Commissioner of Patents' refusal to register purported disclaimer with respect to applicant's patent—Distrimedic Inc. relied on wording of patent prior to sending of disclaimer to undertake action for declaration its product not infringing applicant's patent—Possible acceptance of disclaimer directly affecting Distrimedic's rights—Application allowed.

RICHARDS PACKAGING INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-92-06, 2006 FC 257, Morneau P., order dated 27/2/06, 8 pp.)

**PLEADINGS**

Motion under *Federal Courts Rules*, r. 107 to convert to action application brought under *Copyright Act*, s. 34(4) to recover sums allegedly due from respondents respecting blank audio recording media—Neither r. 107 nor *Federal Courts Act*, s. 18.4(2) applicable—Even if Federal Court having inherent jurisdiction to convert application to action, motion dismissed since no compelling reason for conversion shown and choice initially made by party now seeking conversion—*Federal Courts Rules*, SOR/2004-283, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 107—*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 34(4) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20)—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 28).

CANADIAN PRIVATE COPYING COLLECTIVE V. FUZION TECHNOLOGY CORP. (T-1655-04, 2005 FC 1557, Hughes J., order dated 17/11/05, 7 pp.)

*Motion to Strike*

Motion by defendants by counterclaim to strike counterclaim on ground disclosing no reasonable cause of action—Not plain and obvious tort of intentional interference with contractual relations not adequately pleaded by plaintiffs by counterclaim—Motion dismissed.

CANADA STEAMSHIP LINES INC. V. ELLIOTT (T-2116-05, 2006 FC 609, Morneau P., order dated 17/5/06, 18 pp.)

**PRACTICE—Concluded****PRIVILEGE**

Application for compliance order under *Income Tax Act*, s. 231.7 regarding requirement for documents, information issued by M.N.R. to respondents—Respondents, law firm, acting as conduit for transfer of funds by using law firm's trust accounts—Application allowed—No evidence respondents retained to provide legal advice—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.7 (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 183).

M.N.R. v. SINGH LYN RAGONETTI BINDAL LLP (T-12-05, 2005 FC 1538, Mosley J., order dated 15/11/05, 8 pp.)

**WITNESSES**

Appeal from order made pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 45 enjoining appellant to bring respondent physically before Court in order to argue judicial review application—Judge's role on r. 45 motion to determine whether in interest of justice inmate be physically present at hearing—Judge having to focus on whether inmate capable of adequately, satisfactorily presenting case if not physically present—Had motions Judge adopted correct approach, r. 45 motion ought to have been dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 45.

STRACHAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-557-05, 2006 FCA 135, Létourneau J.A., judgment dated 5/4/06, 8 pp.)

**PRIVACY**

Application pursuant to *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA), s. 14 for order requiring respondent to retain, provide, disclose mortgage-related documents—Respondent's failure to keep copies of renewal acknowledgment letters sent to clients not contravening PIPEDA as that information retrievable upon request—PIPEDA access to information requirements not violated as possible for clients to access personal information retained by respondent—Application dismissed—*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 14.

VANDERBEKE v. ROYAL BANK OF CANADA (T-222-04, 2006 FC 651, Noël J., judgment dated 2/6/06, 18 pp.)

**PUBLIC SERVICE****SELECTION PROCESS***Competitions*

Appeal from dismissal of application for judicial review of Public Service Commission investigator's finding no

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

employment offer made to appellant—Applications Judge not erring in review, application of applicable legislation, i.e. *Public Service Employment Act*, *Public Service Employment Regulations*, 2000, not making palpable, overriding error of fact, law—Appeal dismissed—*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33—*Public Service Employment Regulations*, 2000, SOR/2000-80.

ORIJIV. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-306-04, 2005 FCA 411, Malone J.A., judgment dated 6/12/05, 7 pp.)

**TRADE-MARKS****PRACTICE**

Judicial review of Registrar of Trade-Marks' decision to allow amendment to identification of applicant in application for registration of trade-mark "Lending Tree"—Propriety of amendment of application may be raised, considered in opposition proceedings—As adequate alternative remedy, and no special circumstance justifying granting judicial review, application dismissed.

LENDINGTREE, LLC v. LENDING TREE CORP. (T-588-05, 2006 FC 373, Dawson J., judgment dated 22/3/06, 12 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from Trade-marks Opposition Board rejection of applicant's opposition to registration by respondent of trade-mark application for "Bagel Tradition'l et Dessin" for use in association with baked goods and operation of restaurants, related services—Applicant owning trade-mark "Tradition" for use in association with baked goods—*Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22 considered, applied—No reasonable likelihood of confusion—Appeal dismissed.

TRADITION FINE FOODS LTD. v. GROUPE TRADITION'L INC. (T-459-05, 2006 FC 858, Blanchard J., order dated 10/7/06, 44 pp.)

Appeal from Trade-marks Opposition Board decision ((2004) 40 C.P.R. (4th) 553) rejecting opposition to registration of respondent's "Bojangles Café" trade-mark—Board applied erroneous evidentiary standard to determine whether applicants' mark known sufficiently in Canada to negate distinctiveness of respondent's mark—Correct standard: mark must be known to some extent at least to negate established distinctiveness of another mark, and its reputation in Canada should be substantial, significant or sufficient—Applicants unable to show their trade-mark known "to some extent at least" in Canada—Appeal dismissed.

BOJANGLES' INTERNATIONAL, LLC v. BOJANGLES CAFÉ LTD. (T-1466-04, 2006 FC 657, Noël J., judgment dated 31/5/06, 40 pp.)

**TRADE-MARKS—Concluded**

Appeal from hearing officer's decision removing wares from registered trade-mark in proceeding brought under *Trade-marks Act*, s. 45—Critical issue meaning of "overalls"—Appeal allowed—Commonly accepted meaning of word used in definition of wares changing but use of trade-mark on same wares continuing—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200).

LEVI STRAUSS & CO. V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-1491-05, 2006 FC 654, Hughes J., judgment dated 30/5/06, 8 pp.)

**TRANSPORTATION**

Appeal from Canadian Transportation Agency decision finding appellant responsible for constructing, maintaining crossing pursuant to *Canada Transportation Act*, s. 102—S. 102 applying only when railway line dividing owner's land and owner having property on both sides of line—S. 102 not applicable in case at bar—Appeal allowed—*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 102.

CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. V. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (A-682-04, 2005 FCA 400, Rothstein J.A., judgment dated 5/12/05, 12 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/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffé de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

## ACCÈS À L'INFORMATION

Révision de la décision du Commissaire à l'information concernant une demande de communication de documents détenus par le défendeur—Le défendeur a communiqué certains documents, mais il en a retenu d'autres en invoquant les exemptions obligatoires et discrétionnaires prévues par la *Loi sur l'accès à l'information*—Le défendeur a-t-il prélevé les renseignements susceptibles de communication qui se trouvaient dans les documents exemptés comme l'exige l'art. 25—Lien entre l'art. 25 et l'exemption concernant le secret professionnel de l'avocat visé à l'art. 23—Demande accueillie—*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 25.

BLANK C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (T-2073-00, 2005 CF 1551, juge Mosley, ordonnance en date du 17-11-05, 30 p.)

## BREVETS

Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de refuser d'inscrire des brevets au registre en vertu de l'art. 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*—Les brevets en litige comportaient-ils une revendication pour le médicament en soi?—La jurisprudence se partage en deux tendances : l'approche axée sur la « formulation » et la méthode dérogée dans les « affaires concernant des dispositifs »—En l'espèce, le brevet renferme des revendications visant un « mécanisme d'administration », et non un médicament—La portée des revendications ne dépend pas de la question de savoir si la charge utile est formulée de manière à fonctionner de concert avec le mécanisme d'administration ou si le mécanisme d'administration est un dispositif mécanique ou physique distinct de l'ingrédient actif—Demande rejetée—*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4.

PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA INC. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-114-05, 2006 CF 411, juge suppléant Strayer, jugement en date du 30-3-06, 16 p.)

## BREVETS—Suite

Demande formée par Axcan Pharma Inc. en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Pharmascience Inc. pour sa version de la drogue Urso<sup>MD</sup> d'Axcan—La posologie revendiquée forme un élément essentiel du brevet inscrit à l'égard de la drogue Urso<sup>MD</sup>—Par conséquent, le brevet est invalide au motif qu'il revendique une méthode de traitement médical—Demande rejetée.

AXCAN PHARMA INC. C. PHARMASCIENCE INC. (T-1005-04, 2006 CF 527, juge Harrington, ordonnance en date du 26-4-06, 19 p.)

## CONTREFAÇON

Demande visant à faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité relativement à la solution injectable de chlorhydrate d'épirubicine proposée, prête à l'usage tant que le brevet canadien 1291037 ne sera pas expiré—La question de la contrefaçon tient à l'interprétation des revendications et, en particulier, à ce qu'on entend par « non reconstitué à partir de lyophilisat »—La demande est accueillie—Une personne moyennement versée dans le domaine comprendrait que l'invention visait à offrir au public quelque chose qui n'existait pas auparavant.

PFIZER CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1142-04, 2005 CF 1725, juge Hughes, ordonnance en date du 20-12-05, 34 p.)

Appel d'une décision (2005 CF 1093) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande qui tendait à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée ratiopharm pour sa version de la clarithromycine—La C.F. a eu raison de rejeter la demande, mais s'est fondée pour ce faire sur un motif erroné—La demande n'aurait pas dû être rejetée au motif que l'allégation d'absence de contrefaçon formulée par ratiopharm était

**BREVETS—Fin**

fondée, mais plutôt au motif du caractère fondé de son allégation d'invalidité pour cause d'antériorité—Appel rejeté.

ABBOTT LABORATORIES C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-384-05, 2006 CAF 187, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 18-5-06, 15 p.)

**PRATIQUE**

Appel interjeté de l'ordonnance par laquelle la Cour fédérale (2005 CF 1283) a rejeté une demande d'interdiction empêchant le ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité en ce qui concerne le médicament ramipril d'Apotex avant l'expiration des lettres patentes canadiennes n° 1341206—Prédiction valable de l'utilité et fardeau de preuve si l'invalidité du brevet inscrit sur la liste est alléguée—Appel rejeté.

AVENTIS PHARMA INC. C. APOTEX INC. (A-431-05, 2006 CAF 64, juge en chef Richard, jugement en date du 13-2-06, 14 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI***Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire d'une décision de l'agent des visas concluant que le demandeur principal et son épouse étaient interdits de territoire et, par conséquent, refusant la demande d'immigration au Canada du demandeur principal, présentée à titre d'ouvrier spécialisé—Le refus était dû au fait que le demandeur principal avait fait de fausses déclarations sur des faits importants en produisant ce qui était censé être l'original d'une attestation et d'un relevé de notes de l'université de Bombay qui, après vérification, se sont révélés des faux—La demande de résidence permanente avait été déposée au bureau des visas, au Haut-commissariat du Canada à Londres, en Angleterre—Dans un affidavit déposé tardivement, l'agent des visas a affirmé que, lors de l'examen, effectué le jour de l'entrevue, des documents présentés à l'appui de la demande d'établissement, il avait eu de sérieux doutes sur l'authenticité du diplôme universitaire et des relevés de notes du demandeur principal—Celui-ci a transmis de nouvelles preuves substantielles attestant qu'il avait obtenu un diplôme de l'université de Bombay (devenue depuis l'université de Mumbai)—Il a affirmé avoir « personnellement obtenu » une copie authentique de son diplôme de l'université de Mumbai le 2 novembre 2004—Les questions clés portaient sur le traitement de l'affidavit tardif de l'agent des visas et sur l'équité—Il incombe à celui qui présente une demande d'établissement au Canada d'établir qu'il satisfait aux conditions d'admission—Le ressortissant étranger qui fait de fausses déclarations est interdit de territoire pour une période

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

de deux ans aux termes de l'art. 40(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Il importe peu de savoir si les fausses déclarations sont intentionnelles ou non—L'interdiction de territoire et l'interdiction de territoire pour une période prolongée ont de graves incidences sur certains demandeurs—Il n'y a aucune raison de conclure que la façon dont l'agent des visas a mené l'entrevue avec le demandeur n'était pas complète et satisfaisante—Toutefois, l'agent des visas a beaucoup attendu avant de prendre une décision—L'affidavit tardif indiquait qu'il était conscient qu'il s'acquittait de cette tâche loin du bureau où la demande d'établissement du demandeur avait été déposée—Le fait que des documents supplémentaires avaient été déposés n'a pas été consigné dans les notes STIDI (Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration)—Pour cette raison, l'agent des visas n'a pas respecté l'obligation d'équité qui, selon ce que le défendeur a reconnu, lui incombait, et ce, sans qu'il y ait faute de sa part—En ne consignait pas dans les notes STIDI à Londres le fait que les demandeurs avaient déposé d'importants documents supplémentaires, le défendeur a empêché l'agent des visas de s'acquitter de ses obligations—La demande de contrôle judiciaire a été accueillie parce que le défendeur ne s'est pas pleinement acquitté de l'obligation d'équité qu'il devait observer pour rendre sa décision—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 40.

MENON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-9641-04, 2005 CF 1273, juge Gibson, ordonnance en date du 16-9-05, 11 p.)

Appel d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 2 R.C.F. 78) statuant que les conclusions de fait de l'arbitre n'étaient pas déraisonnables ni entachées d'erreurs justifiant intervention—La Cour fédérale a certifié une question demandant si la définition de « crime contre l'humanité » figurant à l'art. 6(3) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* (LCCHCG) vise la complicité dans de tels crimes—La Cour d'appel a donné une réponse affirmative—L'appelant est un citoyen afghan qui a revendiqué le statut de réfugié sous l'ancienne *Loi sur l'immigration*—La Section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié l'a refusée, estimant qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis des crimes contre l'humanité et qu'il était donc exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention—L'appelant a présenté une demande d'établissement en tant que demandeur non reconnu du statut de réfugié, mais l'arbitre l'a jugé inadmissible et a pris une mesure d'expulsion contre lui—La Cour fédérale a rejeté l'argument de l'appelant que, bien que la jurisprudence de la Cour ait établi que la complicité dans la commission d'un crime contre l'humanité justifie l'exclusion du régime de protection applicable aux réfugiés, elle ne fait pas autorité

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

lorsqu'il s'agit, dans des circonstances semblables, d'interdire une personne de territoire au Canada en vertu de l'art. 35(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Elle a également souligné l'incongruité que son acceptation entraînerait dans l'application des lois pertinentes—L'objet premier de la LCCHCG est la répression des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre commis au Canada ou à l'étranger—Aux termes de l'art. 6(1)b) de la LCCHCG, quiconque commet à l'étranger un crime contre l'humanité est coupable d'un acte criminel punissable au Canada—La LCCHCG ne prévoit pas le crime de complicité parce que la complicité n'est pas un crime—En common law et en droit pénal canadien, la complicité est toujours considérée comme une modalité de la perpétration d'un crime—Elle s'entend de l'acte ou de l'omission de celui qui aide ou facilite la réalisation d'un crime—Le complice est donc accusé du crime qui a été effectivement commis et il est jugé pour ce crime, dont il a aidé ou facilité la perpétration—Il ne faut pas confondre la complicité avec les crimes inchoatifs de complot, de tentative et d'incitation à commettre un crime—Ces crimes inchoatifs, que l'on trouve à l'art. 6(1.1) de la LCCHCG, constituent des infractions matérielles en elles-mêmes, des infractions distinctes—Ce ne sont pas des modalités ou des modes de perpétration d'un crime—Le concept de complicité existe aussi en droit pénal international—L'abrogation des art. 7(3.76) et 7(3.77) du *Code criminel* et leur remplacement par les art. 4 et 6 de la LCCHCG ne peut fonder l'argument de l'appelant que la LIPR et la LCCHCG ne punissent pas la complicité—L'ancien art. 7(3.76) renfermait une définition du crime contre l'humanité—L'ancien art. 7(3.77) précisait que la complicité sous forme d'aide ou d'encouragement à commettre un acte ou une omission était assimilée à un crime—L'abrogation de l'art. 7(3.77) n'a rien changé sur le plan légal en ce qui concerne la complicité, sauf créer de la confusion ou engendrer des procès—L'abrogation n'a pas modifié le droit, parce que, s'agissant d'un crime, le mot « commet » tel qu'il est employé à l'art. 6(1)b) de la LCCHCG vise et englobe les divers moyens employés pour perpétrer ce crime—Celui qui « commet » le crime peut être la personne qui en est personnellement l'auteur ou qui agit par l'entremise d'un tiers de bonne foi, ou encore qui fournit aide, encouragement ou conseil—L'abrogation de cette disposition du *Code criminel* n'a aucune incidence sur les règles de common law qui régissent la question ni sur la jurisprudence pénale canadienne—L'art. 6(1) de la LCCHCG, qui emploie le mot « commet » pour parler des crimes contre l'humanité, ne fait pas exception à la règle suivant laquelle la complicité s'entend des méthodes ou moyens employés pour commettre un crime et engage la responsabilité criminelle de ceux qui sont jugés complices—Il ne faut pas non plus confondre la complicité avec le crime inchoatif d'incitation—La notion de complicité est plus vaste que celle d'aide et d'encouragement à commettre un crime,

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

étant donné que la Cour d'appel fédérale a reconnu et accepté la notion de complicité par association—La simple appartenance à une organisation qui a commis des crimes contre l'humanité à l'extérieur du Canada ne suffit pas pour déclencher l'application de l'art. 6(1)b) de la LCCHCG—Elle n'entraîne donc pas de déclaration d'interdiction de territoire en vertu de l'art. 35(1)a) de la LIPR—L'appelant n'appartenait pas simplement à une organisation; il a sciemment et volontairement été pendant cinq ans membre d'un service de renseignement secret relevant du ministère de la Sécurité d'État (KHAD), qui a torturé et supprimé des opposants au régime—Il s'est élevé dans la hiérarchie d'une organisation brutale et il en a épousé les vues, il a assisté à des séances de formation et fourni le nom de ceux qui refusaient de collaborer—L'appelant était de son propre gré et à des fins intéressées membre d'une organisation qui visait des fins limitées et brutales—Il savait que l'organisation pratiquait la torture et le meurtre—Tant selon la jurisprudence canadienne que suivant la jurisprudence internationale, les agissements de l'appelant constituaient de la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité—La Cour fédérale était fondée de confirmer la décision de l'arbitre portant que l'appelant n'était pas admissible en vertu de l'ancienne Loi (nouvelle LIPR, art. 35(1)a)—Appel rejeté—*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 6—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 35—*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.76), (3.77) (abrogé par L.C. 2000, ch. 24, art. 42)—*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée par L.C. 2001, ch. 27, art. 274).

ZAZAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-539-04, 2005 CAF 303, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 20-9-05, 12 p.)

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a interdit le demandeur de territoire au Canada en vertu de l'art. 36(1)c) (grande criminalité) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Avant que la SI n'ouvre son enquête, le rapport établi en vertu de l'art. 44(1) a été modifié en remplaçant l'art. 368 du *Code criminel* par l'art. 403a), qui prévoit l'infraction équivalente en droit canadien—Questions en litige : l'effet de l'art. 133 de la LIPR (qui protège les demandeurs d'asile contre toute poursuite engagée en vertu de l'art. 303 du Code) et la modification apportée au rapport établi en vertu de l'art. 44(1)—Demande rejetée—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)c), 44, 133—*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 368 (mod.

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

par L.C. 1992, ch. 1, art. 60(F); 1997, ch. 18, art. 25), 403 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 27).

UPPAL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2663-05, 2006 CF 338, juge Layden-Stevenson, jugement en date du 15-3-06, 21 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Appel du jugement par lequel la Cour fédérale ([2003] 4 C.F. 143) a jugé que la délivrance d'avis de danger en vertu de la *Loi sur l'immigration* n'entraîne aucune conséquence accessoire—Les avis de danger délivrés sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* ne sont pas pertinents pour l'application de l'art. 113d(i) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Un avis de danger ne peut être invoqué qu'aux fins pour lesquelles il a été délivré—Comme trois années se sont écoulées depuis la délivrance des deux avis de danger en l'espèce, il faudra tenir compte de nouveaux faits pour prendre une décision en vertu de l'art. 113d(i)—Appel rejeté—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 113—*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

BOUTTAVONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-367-03, 2005 CAF 341, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 18-10-05, 3 p.)

Appel d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 3 R.C.F. 615) rejetant la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration rejetant l'appel pour défaut de compétence—L'appelante est devenue résidente permanente du Canada en 1991—En avril 2002, elle a été déclarée coupable d'importation de cocaïne au Canada, en violation de l'art. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*—En raison de cette déclaration de culpabilité, la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'appelante était interdite de territoire au Canada pour grande criminalité en vertu de l'art. 36(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante visant la décision rendue par la Section d'appel—Question certifiée concernant le sens du terme « punie » dans l'art. 64(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Il vise la peine imposée, non pas la durée réelle de l'incarcération—L'art. 64(2) privait l'appelante du droit d'interjeter appel devant la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Appel rejeté—*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C.

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

1996, ch. 19, art. 6—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 64.

MARTIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-126-05, 2005 CAF 347, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 25-10-05, 5 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire du rejet par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié des demandes d'asile d'une famille—Admissibilité d'éléments de preuve produits tardivement—Règles 29 et 30 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*—La Commission n'a pas pris en compte les facteurs pertinents, c'est-à-dire la pertinence et la valeur probante d'un document, et elle ne s'est pas demandé si, en faisant des efforts raisonnables, le demandeur aurait pu le produire auparavant—Il s'agissait là d'une erreur importante—*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règles 29, 30.

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-9315-04, 2005 CF 1351, juge Dawson, ordonnance en date du 5-10-05, 5 p.)

Requête en sursis d'exécution des procédures dont était saisie la Section de protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié jusqu'à ce qu'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, à laquelle se greffe la requête, soit pleinement examinée et fasse l'objet d'une décision—La demande d'autorisation et le contrôle judiciaire portait sur une décision de la SPR donnant pour instruction à l'avocat dont le demandeur a retenu les services après les deux journées d'audience de faire des observations uniquement sur le bien-fondé de la demande de statut de réfugié et refusant de rendre une décision sur toute autre question soulevée par cet avocat—Requête rejetée—La demande qui sous-tendait la requête n'était pas fondée—Le demandeur ne pouvait réclamer que la procédure soit reprise au début parce qu'il avait exercé son droit de changer d'avocat.

DENG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6133-05, 2005 CF 1546, juge Gibson, ordonnance en date du 17-11-05, 9 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gestionnaire des opérations a confisqué le dépôt d'une garantie d'exécution de 5 000 \$ par suite du non-respect d'une condition de mise en liberté imposée à la mère de la demanderesse, détenue dans un centre de détention de l'immigration—Compte tenu de la preuve, il était

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

manifestement déraisonnable de conclure au non-respect d'une condition de mise en liberté—La gestionnaire des opérations a également commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire—Demande accueillie.

KANG C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-3620-05, 2006 CF 652, juge Mosley, jugement en date du 30-5-06, 15 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence des services frontaliers du Canada a confisqué le cautionnement de 80 000 \$ fourni par la demanderesse en vue de la mise en liberté de son époux—Demande accueillie—Le directeur régional de l'Agence ne s'est pas rendu compte qu'il avait le pouvoir discrétionnaire de décider si un cautionnement inférieur à 80 000 \$ devait être exécuté.

NA C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-6458-05, 2006 CF 474, juge Dawson, jugement en date du 11-4-06, 11 p.)

**STATUT AU CANADA***Citoyens*

Demande pour obtenir un bref de *mandamus* enjoignant au défendeur de traiter la demande de citoyenneté du demandeur et de transmettre un avis écrit de sa décision dans un délai de 30 jours—Demande rejetée—Les autorisations relatives à la sécurité concernant le demandeur n'ont pas encore été transmises; l'agent de citoyenneté n'est assujéti à aucune obligation d'agir à caractère public jusqu'à ce que toutes les exigences de la Loi et du Règlement aient été respectées—Décisions ayant suivi *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1<sup>re</sup> inst.), critiquées.

GOLESTANEY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-1889-04, 2005 CF 1736, juge Rouleau, ordonnance en date du 22-12-05, 11 p.)

Appel du rejet d'une demande de citoyenneté parce que la demanderesse ne répondait pas à la condition de résidence—La juge de la citoyenneté a examiné les facteurs énoncés dans *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.)—La juge de la citoyenneté a conclu que la carrière choisie par la demanderesse—joueuse de volleyball professionnelle—l'emportait sur les facteurs qui militaient en faveur de l'octroi de la citoyenneté—Appel accueilli—Les absences étaient clairement temporaires—La juge de la citoyenneté a omis

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

d'identifier un pays de référence avec lequel la demanderesse a des liens plus étroits qu'elle n'en a avec le Canada.

COLLIER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-585-05, 2005 CF 1511, ordonnance en date du 8-11-05, 10 p.)

*Personnes ayant un statut temporaire*

Contrôle judiciaire du rejet par une agente des visas d'une demande de permis de travail comme aide familial au motif que le demandeur ne possédait pas la formation ou l'expérience de travail nécessaire dans le domaine des soins aux enfants—Le demandeur possédait une grande expérience dans le domaine des soins en gériatrie—L'art. 112 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* exige qu'il faut évaluer l'expérience de travail du demandeur afin de cibler les compétences qui sont transférables à l'emploi éventuel au Canada—Lors de l'examen de l'expérience antérieure, il n'est pas suffisant de se fonder uniquement sur les caractéristiques ou l'âge des éventuels bénéficiaires des soins—Demande accueillie—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 112.

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1890-05, 2006 CF 684, juge Barnes, jugement en date du 5-6-06, 10 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal) selon laquelle les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention ou des personnes à protéger—Les demandeurs sont des citoyens de la Roumanie qui allèguent une crainte fondée de persécution du fait de leur nationalité rom, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social particulier—La première question en litige consistait à savoir si les demandeurs avaient droit à une audience devant un tribunal constitué de plus d'un commissaire—Revendications du statut de réfugié présentées en 2000—La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) est entrée en vigueur le 28 juin 2002—Le tribunal constitué d'un seul commissaire a conclu que la LIPR imposait une audience devant un seul commissaire, puisque qu'aucun élément de preuve de fond n'avait été présenté à la conférence préparatoire du 24 avril 2002 à laquelle les demandeurs n'étaient pas présents—Les demandeurs ne pouvaient obtenir gain de cause sur cette question—Le dépôt par les demandeurs d'un Formulaire de renseignements personnels (FRP) et la tenue d'une conférence préparatoire à l'audience en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration de 1976* ne satisfont pas aux exigences de l'art. 191 de la LIPR

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

permettant que des procédures soient continuées sous le régime de l'ancienne loi—Les demandeurs n'ont pas accepté la suggestion du tribunal d'ajourner l'audience pour qu'ils puissent demander au président de constituer un tribunal de trois commissaires—La deuxième question en litige, la norme de preuve au regard de l'art. 96 de la LIPR, découlait du libellé des conclusions du tribunal portant qu'il ne croyait pas, selon la prépondérance de la preuve, qu'il existait une possibilité sérieuse de persécution—Le tribunal s'est suffisamment exprimé et le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs n'était pas excessif—Il a exprimé l'essence de la norme de preuve appropriée, à savoir une combinaison de la norme civile pour évaluer la preuve à l'appui des faits avancés et le risque de persécution, qui n'exige pas la démonstration que la persécution est probable, mais seulement qu'il existe une probabilité raisonnable, ou davantage qu'une possibilité minime, que le demandeur sera persécuté—La troisième question en litige portait sur la conclusion du tribunal selon laquelle M. Florea était exclu du statut de réfugié au sens de la Convention par l'art. 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—Le tribunal a conclu que le crime dont M. Florea avait été déclaré coupable constituait un crime grave de droit commun au sens de l'art. 1Fb)—Le dossier démontrait que l'amende de plus de 7 milliards de lei faisait partie intégrale de la sentence de M. Florea pour le crime qu'il avait commis, crime qui serait un crime économique visé par la définition de crime grave de droit commun en application de l'art. 1Fb) de la Convention—Le paiement d'une amende ou la restitution imposée pour remplacer la détention est un des volets de la responsabilité criminelle légitime—Rien n'était dû à l'État roumain et les autorités roumaines ne recherchaient pas à recouvrer une dette des demandeurs—Annulation de la décision du tribunal portant sur l'exclusion de M. Florea—Cette annulation ne permettait pas de trancher la demande de contrôle judiciaire, étant donné que la décision du tribunal portant sur l'inclusion de M. Florea n'a pas été contestée—La quatrième question en litige portait sur la conclusion du tribunal selon laquelle M<sup>me</sup> Florea et son enfant n'ont pas été persécutés—Le tribunal n'a commis aucune erreur en n'acceptant pas la prétention de M<sup>me</sup> Florea que son viol avait été perpétré à cause de son sexe—La conclusion n'indiquait pas que le viol avait été perpétré parce qu'elle était une femme, mais bien parce qu'elle était seule et vulnérable—Le tribunal a conclu que M<sup>me</sup> Florea et son fils, dont la revendication se fondait aussi sur son origine ethnique rom, n'avaient pas une crainte fondée de persécution lorsqu'ils ont quitté la Roumanie—La conclusion du tribunal à ce sujet se fondait sur sa constatation que la persécution antérieure avait cessé, et non sur une conclusion d'absence de persécution par le passé—La demande de contrôle judiciaire a été rejetée et la conclusion du tribunal que tous les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention a été maintenue—La

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

conclusion du tribunal que M. Florea est exclu de l'application de la Convention a été annulée—*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1Fa),b)—*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 — *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 191.

FLOREA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5443-04, 2005 CF 1472, juge Lemieux, ordonnance en date du 3-11-05, 22 p.)

Contrôle judiciaire du refus par la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de rouvrir l'appel de la mesure de renvoi ainsi que de la décision de la Section de la protection des réfugiés de rouvrir la demande d'asile—La SAI a interprété et appliqué correctement l'art. 71 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, vu que la simple existence de nouveaux éléments de preuve n'est pas un motif pouvant appuyer la réouverture d'une demande—Selon la règle 55 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, la réouverture d'une demande d'asile ne peut être accordée qu'en cas de manquement à un principe de justice naturelle—Tel n'est pas le cas ici—Demandes rejetées—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 71—*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règle 55.

NAZIFPOUR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7688-04, IMM-10094-04, 2005 CF 1694, juge Heneghan, ordonnance en date du 14-12-05, 12 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de l'agent d'examen des risques avant renvoi (agent d'ERAR) rejetant la demande ERAR de la demanderesse au motif qu'elle n'est pas un "réfugié au sens de la Convention" ni "une personne à protéger" au sens des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—La demanderesse est une citoyenne du Cameroun—En avril 2000, elle a eu un avortement à la suite d'une grossesse provoquée par le cousin de son père—Après avoir été admise au Canada en tant qu'étudiante, elle a déposé une demande de résidence permanente—Cette demande a été refusée pour insuffisance de motifs humanitaires et parce que la bonne foi de son mariage à un homme qu'elle avait rencontré à Montréal a été mise en doute—En août 2004, elle a informé les autorités d'immigration qu'elle craignait d'être persécutée et qu'elle désirait revendiquer le statut de réfugié—Sa demande d'asile a été jugée irrecevable car une mesure d'expulsion exécutoire a été émise contre elle le 7 juillet 2004—Elle disait craindre pour son intégrité physique et pour sa sécurité si elle retournait au Cameroun—La demanderesse est encore au Canada mais elle se cache du défendeur—Il s'agissait d'abord

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de savoir si la demande de contrôle judiciaire est théorique—Afin de décider si une cause est théorique, on doit appliquer le critère du litige actuel, tel que décrit par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342—Une cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire et choisir d'entendre une demande de contrôle judiciaire théorique si les circonstances le justifient—Cette deuxième étape examine les trois «éléments sur lesquels la Cour devrait se fonder pour décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre ou refuser d'entendre le pourvoi»—Ces trois éléments sont : 1) l'existence d'un débat contradictoire; 2) l'utilisation des ressources judiciaires doit être justifiée; 3) la Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle et ne doit pas empiéter sur la fonction législative—En l'espèce, la demande de contrôle judiciaire n'est pas théorique car la demanderesse satisfait au critère du litige actuel en habitant encore au Canada—Elle peut encore faire réviser sa décision ERAR même si le juge Pinard ne lui a pas accordé de sursis contre la mesure de renvoi—Le rôle de l'agente d'ERAR était de déterminer les risques encourus par la demanderesse si elle retournait au Cameroun—Puisque la décision ERAR portait sur l'examen des risques avant renvoi, une révision judiciaire est possible si la demanderesse n'a pas été renvoyée du Canada—La Cour pouvait quand même réviser la décision ERAR pour s'assurer qu'elle était raisonnable et juste selon les règles relatives à la procédure décisionnelle—Si la décision de l'agente d'ERAR était déraisonnable, la Cour pouvait redresser cette injustice en acceptant la demande de révision judiciaire—La révision judiciaire de cette décision n'était pas théorique—La demanderesse pouvait-elle se prévaloir d'une révision judiciaire de son ERAR même si elle n'avait pas les mains propres?—En plus du fait que la demanderesse n'était pas crédible et n'avait pas démontré de crainte subjective, le fait de vivre dans la clandestinité l'empêchait d'avoir les mains propres—La demanderesse a fui les autorités de l'immigration car elle avait peur d'être déportée—Un juge de la Cour fédérale peut exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de procéder à une demande de contrôle judiciaire—La conduite de la demanderesse n'était pas irréprochable et, selon la doctrine des mains propres, ce motif suffit à lui seul pour rejeter la demande de contrôle judiciaire—La demanderesse n'a pas démontré que la conclusion d'absence de crédibilité et d'absence de crainte subjective était manifestement déraisonnable—Elle n'était pas un témoin crédible et n'avait pas de crainte subjective—Demande rejetée—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

DJOTSA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-456-05, 2005 CF 1475, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 31-10-05, 19 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

et du statut de réfugié a statué que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger parce qu'il n'a pas réfuté la présomption relative à la protection de l'État—Protection étatique a été offerte par la police britannique à condition que le demandeur procède à des changements qui bouleverseraient sa vie (modifier son apparence, changer de profession, se réinstaller) et qu'il s'inscrive à un programme de protection des témoins—Demande accueillie—Protection étatique proposée jugée non fiable.

M. UNTEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2343-05, 2005 CF 1532, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 10-11-05, 13 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande d'asile des demandeurs—La Commission n'a pas signalé la protection de l'État comme une question réelle susceptible d'être déterminante—Cette omission constituait un manquement à l'équité procédurale parce que les demandeurs ne connaissaient pas la preuve qu'ils devaient réfuter—Demande accueillie.

GOMES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3672-05, 2006 CF 419, juge Barnes, jugement en date du 30-3-06, 9 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration désigné a rejeté la demande de résidence permanente au Canada de Mansur Gilani à titre d'enfant à charge dans la demande parrainée par un de ses parents—Définition d'« enfant à charge » donnée à l'art. 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*; cette disposition a été appliquée à tort au demandeur, qui est âgé de soixante ans et souffre de schizophrénie—Demande accueillie—Question certifiée—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 2 « enfant à charge ».

GILANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-9214-04, 2005 CF 1522, juge Gibson, ordonnance en date du 9-11-05, 7 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas qui avait déclaré que le demandeur était interdit de territoire, en application de l'art. 35(1)a),b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur était un employé du ministère de la Sécurité de l'Afghanistan (le KhAD), où il avait le grade de colonel—Signification de « rang supérieur », dans l'art. 35(1)b)—Demande accueillie—*Loi sur l'immigration*

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

*tion et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 35(1)a),b).

HAMIDI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-10493-04, 2006 CF 333, juge Snider, ordonnance en date du 14-3-06, 14 p.)

Question certifiée : Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 706, s'applique-t-il aux personnes qui présentent une demande d'immigration à titre de travailleurs qualifiés?

COLACO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5186-05, 2006 CF 978, juge Barnes, jugement supplétif en date du 15-8-06, p. 4)

Contrôle judiciaire du rejet de la demande soumise dans la catégorie des travailleurs qualifiés pour admission au Canada à titre de résidents permanents parce que l'état de santé de la fille risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé—La décision ne tient pas compte de la situation financière de la famille ou de sa capacité et de sa volonté de contribuer aux coûts futurs du soutien des services sociaux pour la fille—Question tranchée dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 706—*Hilewitz* ne vise pas seulement les demandeurs gens d'affaires (investisseurs, travailleurs autonomes, entrepreneurs)—Demande accueillie.

COLACO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5186-05, 2006 CF 896, juge Barnes, jugement en date du 19-7-06, 7 p.)

**COMMERCE EXTÉRIEUR**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a conclu que le dumping et le subventionnement d'écrous et boulons en acier au carbone ne causaient pas de dommage et ne menaçaient pas de causer de dommage à la branche de production nationale—Pour tirer cette conclusion, le TCCE a évalué l'incidence de divers facteurs économiques, autres que le dumping et le subventionnement—Il n'y avait aucune preuve étayant l'argument selon lequel le TCCE a appliqué le mauvais critère juridique de causalité—Demande rejetée, le juge Malone étant dissident.

INFASCO DIVISION OF IFASTGROUPE AND CO. LP C. CANADA (TRIBUNAL DU COMMERCE EXTÉRIEUR) (A-47-05, 2006 CAF 130, juges Sharlow et Malone (dissident), J.C.A., jugement en date du 31-3-06, 20 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Le procureur général de l'Alberta sollicitait une ordonnance lui accordant le statut d'intervenante et une ordonnance enjoignant à la demanderesse de signifier et déposer un avis de question constitutionnelle, conformément à l'art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*—La question en litige concernait l'étendue et les conditions du statut d'intervenante—Même si la nature de la réparation demandée (jugement déclaratoire portant que le projet gazier MacKenzie constitue un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale) exige un avis en vertu de l'art. 57, la Cour n'a pas la compétence pour obliger une partie réticente à signifier et à déposer un avis—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57.

LA PREMIÈRE NATION DENE THA' C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-867-05, 2006 CF 265, juge Phelan, ordonnance en date du 28-2-06, 10 p.)

**COURONNE****RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Le défendeur, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), a demandé des propositions et gérât le processus d'appel d'offres relativement à la construction d'un bâtiment de la Réserve navale, le NCSM Cabot, à St-John's (Terre-Neuve)—L'une des demanderesse initiales, Olympic Construction Limited (Olympic), un entrepreneur général qui avait fait une offre pour la conception et la construction du NCSM, s'est désistée de son action contre sa Majesté—Un architecte, un expert-conseil en structures et les entrepreneurs avaient tous convenu de collaborer avec Olympic pour mettre au point et présenter l'offre en tant qu'« équipe de conception-construction »—L'équipe de conception-construction d'Olympic a obtenu la pré-qualification de TPSGC, mais sa soumission n'a pas été acceptée—En présumant que la soumission retenue n'était pas conforme et qu'Olympic aurait dû emporter le contrat, il faut décider si les demanderesse restantes avaient qualité pour poursuivre l'action contre le défendeur, sur le plan contractuel ou délictuel, afin de recouvrer leurs coûts et honoraires et l'occasion perdue de partager les profits de l'entreprise—TPSGC avait-il une obligation, sur le plan contractuel ou délictuel, envers les autres membres de l'équipe de conception-construction Olympic?—Les demanderesse soutenaient que le défendeur avait, envers elles à titre de membres de l'équipe de conception-construction, une obligation de diligence aux fins d'examen des soumissions pour le projet—Dans l'arrêt *Martel Building Limited c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, la C.S.C. a accueilli l'appel d'une décision de la Cour d'appel fédérale concluant, relativement à un appel d'offres, qu'il y avait eu manquement à une obligation de diligence fondée sur les principes de la

**COURONNE—Suite**

responsabilité délictuelle—La C.S.C. a statué que les effets préjudiciables qui résulteraient de l'extension de l'obligation de diligence à la conduite de négociations étaient disproportionnés par rapport à l'obligation *prima facie* de diligence—Mais la question de l'existence d'une obligation de diligence entre un sous-traitant et un propriétaire ne se posait pas dans cette affaire—Il s'agit encore d'une zone non explorée du droit et la jurisprudence ne supporte guère la position des demanderesse—Les réclamations des demanderesse n'entrent dans aucune des exceptions à la règle de common law à l'encontre de l'indemnisation de la perte purement financière élaborées par la jurisprudence—Bien qu'il fût raisonnablement prévisible que la négligence du défendeur consistant à accorder le contrat à un soumissionnaire non conforme entraînerait une perte financière pour les demanderesse, la simple prévisibilité ne suffit pas pour démontrer une obligation de diligence *prima facie*—Les demanderesse devaient également démontrer la proximité—c'est-à-dire montrer que le défendeur avait une relation étroite et directe avec elles —, auquel cas il serait juste d'imposer au défendeur une obligation de diligence envers les demanderesse—La « proximité » signifie que les circonstances du lien entre le demandeur et le défendeur sont de telle nature que l'on peut dire que le défendeur est dans l'obligation d'être attentif aux intérêts légitimes du demandeur dans la conduite de ses affaires—Nonobstant la conclusion qu'Olympic et les membres de son équipe n'étaient pas officiellement constitués en coentreprise, selon la définition donnée de ce terme dans la demande d'énoncé de compétences et la demande de propositions, le processus adopté par le défendeur dans la présente affaire est analogue à une coentreprise—Les exigences de TPSGC dans le processus de préqualification et d'appel d'offres ont créé, entre TPSGC et les demanderesse, un lien qui satisfait à la norme de la proximité—Il y avait lieu d'accorder réparation—En raison de sa gestion étroite de la participation des demanderesse dans le processus d'appel d'offres, le défendeur avait envers les demanderesse, en vertu du droit de la responsabilité délictuelle, l'obligation de ne pas accorder le contrat à un soumissionnaire non conforme—L'octroi d'une réparation n'entraîne pas le risque de la responsabilité indéterminée, en raison des faits particuliers de l'espèce.

DESIGN SERVICES LTD. C. CANADA (T-219-00, 2005 CF 890, juge Mosley, jugement en date du 23-6-05, 63 p.)

Appel d'un jugement par lequel la Cour fédérale (2005 CF 890) a estimé que le maître de l'ouvrage qui avait lancé un appel d'offres engageait sa responsabilité civile délictuelle envers l'architecte, les experts-conseils et les sous-traitants du soumissionnaire qui auraient dû obtenir le contrat en litige—Appel incident du jugement de la Cour fédérale suivant lequel Travaux publics et Services gouvernementaux Canada

**COURONNE—Fin**

(TPSGC) n'avait pas engagé sa responsabilité contractuelle envers les intimées—Existait-il un lien contractuel entre TPSGC et les intimées et TPSGC avait-il une obligation de diligence envers les intimées?—TPSGC n'a engagé ni sa responsabilité contractuelle ni sa responsabilité délictuelle envers les intimées—Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en suggérant une analogie entre la jurisprudence sur les coentreprises citée dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, et la présente espèce —Le lien de proximité entre TPSGC et les intimées n'était pas suffisamment étroit pour justifier l'imposition à TPSGC d'une obligation de diligence *prima facie* — Appel accueilli; appel incident rejeté.

DESIGN SERVICES LTD. C. CANADA (A-414-05, 2006 CAF 260, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 21-7-06, 31 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Contrôle judiciaire d'une décision de fonctionnaires du ministre du Revenu national au sujet de la façon dont le ministre divulguerait des renseignements confidentiels à la demanderesse—Celle-ci a soutenu que la façon dont le ministre entend procéder à la divulgation va à l'encontre des dispositions de l'art. 295 de la *Loi sur la taxe d'accise*, car elle révélera de façon irrégulière des renseignements au sujet de la demanderesse—Le ministre a décidé de divulguer le dossier de vérification, qui renfermait des renseignements obtenus de tiers et ayant servi pour établir la taxe d'accise de la demanderesse—Le ministre a indiqué par lettre aux tiers qu'ils avaient 30 jours pour s'opposer à la divulgation et que tout défaut de répondre dans ce délai serait interprété comme un consentement—La demanderesse s'est plainte du fait que le ministre a divulgué sans son consentement des renseignements confidentiels la concernant, à savoir son nom et l'existence de l'imposition contestée—Les lettres envoyées aux tiers étaient-elles nécessaires à l'application ou à l'exécution de la Loi ou pour déterminer le montant dont la demanderesse était redevable (art. 295(5))?—Les renseignements sur la demanderesse font maintenant partie du domaine public—Mais ce n'est pas parce qu'ils ont été communiqués que ces renseignements ne peuvent plus être considérés comme des « renseignements confidentiels »—Selon l'art. 295(1), ces renseignements sont confidentiels parce qu'ils ont été fournis au ministre ou ont été obtenus par celui-ci—Le ministre n'a fourni aucune explication pour justifier sa décision de divulguer le nom de la demanderesse et l'existence du différend fiscal—Il a commis une erreur dans la façon dont il a exécuté sa décision de divulguer les renseignements—Ordonnance annulant la partie de sa décision dans laquelle il

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

a autorisé la divulgation de renseignements concernant la demanderesse, interdisant l'envoi des autres lettres—*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 295.

SCOTT SLIPP NISSAN LTD. C. CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) (T-2108-04, 2005 CF 1479, juge Phelan, ordonnance en date du 1-11-05, 8 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****CHARTRE DES DROITS**

Contrôle judiciaire du refus d'inscrire « Jérusalem, Israël » plutôt que « Jérusalem » comme lieu de naissance dans le passeport du demandeur—La politique du gouvernement consistant à inscrire dans les passeports « Jérusalem » seulement comme lieu de naissance ne porte pas atteinte à la liberté de religion et aux droits à l'égalité du demandeur—Demande rejetée.

VEFFER C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (T-149-05, 2006 CF 540, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 1-5-06, 30 p.)

*Droits à l'égalité*

Appel interjeté d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de la décision portant que l'intimé n'a pas droit à la prestation fiscale canadienne pour enfants—La présomption de l'art. 122.6f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* voulant que si la personne à charge réside avec sa mère, la personne qui assume principalement la responsabilité pour le soin et l'éducation de la personne à charge est présumée être la mère ne viole pas l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle est discriminatoire à l'égard des pères—Suivant une analyse contextuelle, l'art. 122.6f) n'est pas discriminatoire—Appel accueilli—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 122.6f) « particulier admissible » (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. VII, art. 12; 2000, ch. 12, art. 142) —*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<sup>o</sup> 44], art. 15.

CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) C. CAMPBELL (A-590-04, 2005 CAF 420, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 9-12-05, 16 p.)

Appel interjeté du jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt (2004 CCI 767) selon lequel des fonctionnaires avaient porté atteinte au droit à l'égalité de l'intimé, en violation de l'art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en excluant délibérément l'intimé de la liste des

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

membres d'une bande indienne—La Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'intimé n'était pas tenu de signifier des avis de question constitutionnelle et lorsqu'elle a conclu qu'il y avait eu violation de la Charte—Appel accueilli—*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<sup>o</sup> 44], art. 15.

CANADA C. WETZEL (A-714-04, 2006 CAF 103, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 14-3-06, 17 p.)

**DROIT D'AUTEUR****DOMMAGES-INTÉRÊTS**

Réexamen compte tenu de l'arrêt par lequel la Cour d'appel fédérale ([2006] 3 R.C.F. 91) a ordonné à la Cour d'examiner tous les aspects liés aux dommages-intérêts et non seulement les documents relatifs aux ventes brutes—La Cour est toujours d'avis que Kraft a droit à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* parce qu'Euro Excellence Inc. a vendu des produits comportant des œuvres protégées par le droit d'auteur—La proposition faite par Kraft au sujet des dommages-intérêts était raisonnable—Une somme de 300 000 \$ est accordée à Kraft à titre de dommages-intérêts pour les profits attribuables à la violation—*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 35 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20).

KRAFT CANADA INC. C. EURO EXCELLENCE INC. (T-1821-02, 2006 CF 453, juge Harrington, ordonnance en date du 7-4-06, 16 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande de contrôle judiciaire du refus de la Commission canadienne des droits de la personne de retirer d'entre les mains du Tribunal canadien des droits de la personne la plainte dans laquelle il est allégué qu'un plan d'évaluation des emplois comporte une partialité fondée sur le sexe—Suivant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission n'est pas légalement autorisée à retirer unilatéralement une plainte dont le Tribunal est saisi et elle n'a pas non plus l'obligation de le faire—Demande rejetée—*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

SOCIÉTÉ DU MUSÉE CANADIEN DES CIVILISATIONS C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (SECTION LOCALE 70396) (T-1442-05, 2006 CF 703, juge Russell, ordonnance en date du 6-6-06, 52 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la conclusion d'un enquêteur de la Commission de la fonction publique selon laquelle aucune offre d'emploi n'avait été présentée à l'appelant—Le juge des demandes n'a pas commis d'erreur dans son examen et son application de la législation applicable, c.-à-d. la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* et le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000)*, et il n'a commis aucune erreur de fait ou de droit manifeste et dominante—Appel rejeté—*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33—*Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000)*, DORS/2000-80.

ORIJI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-306-04, 2005 CAF 411, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 6-12-05, 8 p.)

**FORCES ARMÉES**

Contrôle judiciaire de la décision du chef d'état-major de la Défense (par intérim) selon laquelle le demandeur avait droit, en vertu de l'art. 209.997(4) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), à une somme qui correspond à 30 fois le montant de l'allocation quotidienne de dépenses imprévues en ce qui a trait aux logements non commerciaux—Le demandeur est membre des Forces canadiennes depuis 1984 et, entre le 10 juillet 2000 et le 23 août 2002, il a été affecté à l'organisme des Nations Unies chargé de la surveillance de la trêve en Israël—Pendant cette période, l'épouse et les enfants du demandeur sont demeurés au Canada—Pendant son affectation en Israël, le demandeur a reçu des Nations Unies une indemnité de subsistance en mission (ISM)—Les ORFC prévoient une indemnité supplémentaire au personnel des Forces canadiennes affecté à l'étranger—En vertu de l'art. 209.997(3), lorsque « l'on ne fournit pas de logements pour célibataires ou le vivre, ou les deux », une personne a droit à toute époque pertinente à environ 42 \$US par jour, comme frais d'absence du foyer (FAF) pour compenser les dépenses supplémentaires qui découlent du fait qu'elle est séparée des personnes à sa charge, alors qu'en vertu de l'art. 209.997(4), si « les logements pour célibataires et le vivre sont disponibles », une personne n'a droit qu'à environ 4 \$US par jour—Le demandeur a reçu 4 \$US par jour pendant son affectation en Israël—Au deuxième niveau de la procédure de grief, un membre du Comité des griefs des Forces canadiennes a tranché en sa faveur en concluant qu'il n'y a aucune disposition à l'art. 209.997 qui prévoit une réduction des FAF lorsque le militaire reçoit l'ISM—Le chef par intérim a rejeté les conclusions du Comité des griefs—Une décision rendue

**FORCES ARMÉES—Fin**

par le chef (par intérim) n'est pas susceptible d'appel ou de révision sauf s'il s'agit d'un contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*—Le chef d'état-major de la Défense (par intérim) est l'officier le plus haut gradé des Forces canadiennes—Les règlements, ainsi que la Loi, lui confèrent, pour ce qui touche les questions visées, le pouvoir de prescrire des « restrictions et conditions »—La norme de contrôle de la décision du chef d'état-major de la Défense (par intérim) est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Le chef d'état-major de la Défense (par intérim) a décidé de verser au demandeur une indemnité de séparation d'environ 4 \$US par jour au motif que des « logements pour célibataires et des vivres » étaient « disponibles » en conformité avec l'art. 209.997(4)—Dans la présente affaire, la « disponibilité » a pris la forme de l'indemnité de subsistance—Il s'agissait de savoir si le mot « disponibles » veut dire « en nature » ou s'il s'agit d'une somme d'argent qui est « disponible » pour obtenir un logement et des vivres—Le terme « disponible » se prête à plusieurs interprétations et doit être compris dans le contexte dans lequel il est employé—Les règlements confèrent au chef d'état-major de la Défense le droit d'imposer des « restrictions et conditions »—Ce sont les dépenses imprévues de l'officier ou du militaire et non celles de sa famille qui sont remboursées—Il n'y avait aucune erreur susceptible de contrôle dans la décision rendue par le chef d'état-major de la Défense (par intérim)—Demande rejetée—*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968)*, art. 209.997—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).

MC MANUS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2171-04, 2005 CF 1281, juge Hughes, ordonnance en date du 19-9-05, 13 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Application et exécution de la loi—Appel d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 1068) qui a annulé la demande péremptoire enjoignant au contribuable (Ellingson) de produire des déclarations de revenu signées ainsi que des états signés de ses actifs, passifs et dépenses personnelles—Le juge des demandes a annulé la demande péremptoire au motif qu'une enquête sur la responsabilité pénale était déjà en cours, de sorte que les protections offertes par la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquaient—En l'espèce, il n'y avait aucune preuve d'une décision d'ouvrir une enquête criminelle—Une vérification et une enquête peuvent être effectuées parallèlement—Le juge des demandes a incorrectement appliqué la jurisprudence pertinente—Appel accueilli—*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

ELLINGSON C. M.R.N. (A-376-05, 2006 CAF 202, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 30-5-06, 13 p.)

**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2004 CCI 523) concernant la déductibilité par une contribuable atteinte de fibromyalgie du coût d'une cuve thermale au titre du crédit d'impôt pour frais médicaux—La cuve thermale est-elle un « dispositif qui est conçu à l'intention du particulier à mobilité réduite pour l'aider à marcher » au sens de l'art. 118.2(2)m)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'art. 5700(i) du Règlement?—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la cuve « était conçue, du moins en partie, dans le but thérapeutique d'aider l'appelante à marcher, la fibromyalgie dont elle souffrait ayant causé une mobilité réduite »—Conclusion mixte de fait et de droit—La principale prétention de l'appelante était que la portée de cette disposition ne s'étendait qu'aux dispositifs « fournissant un soutien physique direct pour aider un individu à marcher », comme les cannes et les marchettes—Le libellé de cet article n'était pas la position de la Couronne—L'art. 5700(i) du Règlement comporte les termes « conçu [. . .] pour l'aider », et non pas « conçu exclusivement » pour l'aider—Il suffit que l'une de ses finalités ait été d'aider à marcher, ce que le juge de la Cour de l'impôt a estimé être le cas—Appel rejeté—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 118.2 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 89)—*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 5700(i) (mod. par DORS/90-809, art. 1).

CANADA C. KLYWAK (A-521-04, 2005 CAF 354, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 28-10-05, 6 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2005 CCI 471) rejetant l'appel du contribuable visant les frais de logement et les frais d'utilisation d'une automobile remboursés à l'employé par l'employeur—L'exception relative aux chantiers particuliers (*Loi de l'impôt sur le revenu*, art. 6(6)) s'applique-t-elle?; le fait d'autoriser le ministre à déposer une réponse modifiée au début de l'audience a-t-il entraîné un manquement aux règles de l'équité procédurale?—Appel accueilli en ce qui concerne les frais d'utilisation d'une automobile—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 6(6).

BURTON C. CANADA (A-356-05, 2006 CAF 67, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 14-2-06, 7 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite****EXEMPTIONS**

Organismes de bienfaisance enregistrés—Appel de la décision du M.R.N. de refuser d'enregistrer l'appelante comme organisme de bienfaisance—L'appelante a été constituée pour promouvoir le soccer amateur chez les jeunes—La *Loi de l'impôt sur le revenu* accorde des exemptions fiscales aux associations canadiennes enregistrées de sport amateur qui exercent leurs activités à l'échelle nationale—Ce régime législatif exclut la possibilité qu'une association de sport amateur telle que l'appelante soit traitée comme un organisme de bienfaisance en vertu de la *Loi*—Appel rejeté—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

A.Y.S.A. AMATEUR YOUTH SOCCER ASSOCIATION C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (A-275-05, 2006 CAF 136, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 5-4-06, 10 p.)

Appel d'une décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2005 CCI 179) dans le cadre d'un renvoi où la demanderesse a contesté l'inclusion de la pension alimentaire pour enfants dans le calcul de son revenu imposable—La C.C.I. a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que l'obligation de partager les dépenses n'était pas payable à titre d'allocation périodique—L'affaire a été renvoyée devant un autre juge de la C.C.I. pour qu'il statue sur la question de savoir si les montants de dépenses partagées constituent un « montant » (« allowance »), une « pension alimentaire » ou une « pension alimentaire pour enfants », et si la suppression de l'obligation de partager les dépenses emporte date d'exécution au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—Appel accueilli—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

CALLWOOD C. CANADA (A-398-05, 2006 CAF 188, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 23-5-06, 24 p.)

**NOUVELLES COTISATIONS**

Appels interjetés : 1) d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt annulant des avis d'appel pour les années 1991 et 1993; 2) du rejet, par la Cour fédérale (2004 CF 1353), d'une demande de contrôle judiciaire déposée en vue de contraindre le ministre à déterminer le montant d'une perte selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, art. 152(1.1)—Appels rejetés—1) Examen des fondements possibles sur lesquels aurait pu être examinée la demande visant à faire constater la perte locative de 1993—2) Portée de l'art. 152(1.1)—Les conditions légales du redressement n'étaient pas remplies—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(1.1).

ARMSTRONG C. CANADA (A-222-04, A-582-04, 2006 CAF 119, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21-3-06, 12 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

## PÉNALITÉS

Contrôle judiciaire de la décision rendue par le ministre du Revenu national refusant d'accorder une exemption d'intérêts prévue à l'art. 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement aux retards pour l'établissement de l'imposition pour les années d'imposition 1987-1988—Les retards dans le règlement du litige concernant l'année d'imposition 1983 dus à la présumée conduite du juge ayant entendu la requête visant à faire radier l'avis d'appel de ce litige auraient causé le retard dans la résolution de la question des impositions pour les années d'imposition 1987-1988—L'art. 220(3.1) donne au ministre le pouvoir discrétionnaire de renoncer à quelque pénalité ou intérêt par ailleurs payable ou d'annuler ceux-ci—La norme de contrôle s'appliquant aux décisions discrétionnaires rendues en vertu des dispositions d'équité de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est la décision raisonnable *simpliciter*—L'avocat du demandeur a refusé de faire entendre l'appel de 1991 à 1998, parce que le juge dont la conduite avait été mise en question était membre d'office de la Section d'appel, ce qui rendait, selon lui, inappropriée l'audition de l'affaire par cette section—Le demandeur ne tient pas compte du fait que le juge en question a cessé d'être juge à la Section de première instance le 24 octobre 1991—Le demandeur n'a pas pris de mesures pour obtenir de la Cour des conseils sur la façon de procéder dans les circonstances—L'affaire de « retards judiciaires » est renvoyée, malgré les déficiences dans les arguments du demandeur, parce que le ministre n'a examiné ni la conduite du demandeur ni la question de savoir si les retards indépendants de la volonté du défendeur pouvaient justifier une exemption—L'art. 169(1) de la Loi permet au contribuable ayant déposé un avis d'opposition d'interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt si, après l'expiration des 90 jours suivant la signification, le ministre ne lui a pas notifié le fait qu'il a annulé ou ratifié l'imposition—Cette disposition a été conçue principalement pour des situations où le gouvernement canadien doit de l'argent au contribuable et non pour qu'elle serve de mécanisme forçant l'Agence à réclamer des impôts payables—L'art. 169(1) n'atténue pas l'obligation du ministre d'établir une imposition « avec diligence »—Le ministre a choisi de ne pas agir, sans le consentement du contribuable—Il n'a pas tenu compte de son propre défaut d'agir en décidant de refuser l'exemption d'intérêts—L'omission de prendre en compte un fait important justifiait l'intervention de la Cour et l'annulation de la décision du ministre—Demande accueillie—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 169(1), 220(3.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181(1)).

COLE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-931-04, 2005 CF 1445, juge Phelan, ordonnance en date du 25-10-05, 12 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

## PRATIQUE

*Demande de contrôle judiciaire relative à une demande de renseignements de vérification* que le ministre du Revenu national (le ministre) a formulée dans des lettres et questionnaires envoyés à chacun des demandeurs entre août et octobre 2002—Les demandeurs ont refusé de répondre à ces lettres et questionnaires, parce que l'objet de la demande n'était pas une vérification, mais plutôt une enquête criminelle—Les droits prévus dans la *Charte canadienne des droits de la personne* (comme l'art. 7, le droit de garder le silence) étaient touchés—Les demandeurs sollicitaient une ordonnance déclarant que les documents visant à obtenir les renseignements étaient invalides ou illégaux ainsi qu'une ordonnance interdisant au ministre de prendre des mesures ou d'engager des poursuites contre eux en raison de leur refus de répondre aux lettres et questionnaires—Les demandeurs sont impliqués dans des opérations sur marchandises, mécanismes de financement—Ils ont déclaré de pertes importantes relatives aux opérations sur marchandises dans les déclarations de revenus—La présente affaire concernait également des promoteurs de stratagèmes fiscaux et d'abris fiscaux ainsi que des REÉR auxquels différentes personnes morales auraient participé—Une vérification visant à déterminer la dette fiscale des demandeurs en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui a trait à leurs déclarations de revenus de 1998, 1999 et 2000 a été menée—En avril 2001, la vérification était désormais considérée comme une enquête criminelle—Des copies des dossiers des déclarations de revenus partiellement vérifiées de tous les contribuables ont été transférées aux Enquêtes—Des membres du personnel des Vérifications ont aidé la Division des enquêtes en fournissant des renseignements—Un vérificateur des dossiers a été détaché auprès des Enquêtes; il a également exercé des fonctions d'agent de « liaison » entre les Vérifications et les Enquêtes—En mars 2002, les Enquêtes ont autorisé les Vérifications à recommencer la vérification des déclarations de revenus des demandeurs pour l'année 1998—Des avis de nouvelle cotisation ont été envoyés aux demandeurs et ces avis faisaient état du refus des pertes déduites au titre des opérations sur marchandises et de l'imposition de pénalités—Les demandeurs ont interjeté appel de ces avis de nouvelle cotisation—La raison invoquée au soutien de l'envoi des avis de nouvelle cotisation malgré le fait que les demandeurs étaient encore sous enquête était « le problème de prescription »—En juillet 2002, les Enquêtes ont demandé aux Vérifications de recommencer la vérification des déclarations des demandeurs pour les années 1999 et 2000—Des lettres et questionnaires ont été envoyés à chacun des demandeurs; elles mentionnaient qu'une enquête criminelle concernant la promotion de transactions du type mentionné dans leur déclaration de revenus avait été entreprise et elles précisaient

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

que les demandeurs n'étaient pas sous enquête—À une exception près, tous les demandeurs ont reçu des avis de nouvelle cotisation à l'égard de leurs déclarations de revenus pour les années 1999 et 2000—Chacun d'eux a interjeté appel de ces nouvelles cotisations—Après l'envoi des lettres et des questionnaires aux demandeurs, certains membres du personnel ont poursuivi leurs communications avec les Enquêtes principalement en rapport avec la vérification et l'enquête—Deux années complètes après la fin de l'enquête criminelle, les originaux de la plupart des dossiers des demandeurs étaient toujours entre les mains de l'enquêteur—En vertu des art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi, le ministre peut mener des inspections et exiger des renseignements et documents pour vérifier si les demandeurs se sont conformés aux obligations que la Loi leur impose—Ce pouvoir ne peut être exercé lorsque l'enquête a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable—La question de savoir si l'objet prédominant des lettres et questionnaires était la tenue d'une vérification ou la tenue d'une enquête est une question mixte de fait et de droit—La norme de contrôle applicable est la décision correcte—Dans l'arrêt *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, la Cour suprême du Canada a énoncé les facteurs à prendre en compte pour savoir si, lorsque les lettres et questionnaires ont été préparés et envoyés, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) exerçait une fonction de vérification ou une fonction d'enquête—Les pouvoirs de vérification de l'ADRC permettent aux vérificateurs d'examiner les déclarations de revenus et d'établir des cotisations à leur égard à l'intérieur d'un certain délai—De plus, en vertu des pouvoirs de vérification dont elle dispose, l'ADRC peut imposer des pénalités lorsque les déclarations de revenus exigées ne sont pas déposées ou que celles qui sont produites sont inexactes—Une vérification n'est pas une procédure de nature criminelle, mais plutôt une procédure administrative—Elle ne met pas en cause les droits reconnus par la Charte—L'ADRC peut également exercer des fonctions d'enquête qui sont tout à fait distinctes de ses fonctions de vérification—Les fonctions d'enquête comprennent la collecte d'éléments de preuve à des fins de poursuite—Lorsque l'ADRC exerce ses fonctions d'enquête, une « relation de nature contradictoire » existe entre elle et le contribuable, ce qui met en jeu toute la panoplie des protections constitutionnelles contre l'auto-incrimination, y compris le droit de garder le silence—Lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent la Loi—Il n'est pas interdit aux Vérifications de transférer des renseignements aux Enquêtes, tant que l'enquête sur la responsabilité pénale n'est pas engagée—Lorsque cette enquête a débuté, puis a été arrêtée et

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

qu'une demande de renseignements et documents est formulée dans le cadre d'une vérification, les faits doivent montrer clairement que l'enquête criminelle a vraiment été arrêtée pour que le transfert de renseignements des Vérifications aux Enquêtes soit permis—L'emplacement d'un dossier, le degré d'importance des communications échangées entre les Vérifications et les Enquêtes depuis le début de l'enquête sont également des aspects à examiner—L'objet prédominant de la demande péremptoire de production de documents et renseignements doit être évalué à la lumière de tous les facteurs liés à la demande en question—Cinq autres facteurs seront ajoutés aux facteurs mentionnés dans *Jarvis*—D'après l'ensemble de la preuve, l'objet prédominant de la préparation et de l'envoi des lettres et questionnaires était l'utilisation des fonctions de vérification et des renseignements en découlant aux fins des enquêteurs—La notion d'« objet prédominant » n'empêche pas l'existence d'autres objets—Les Enquêtes ont pris en main les dossiers des demandeurs et, d'après ce qui ressort de la preuve, en ont gardé le contrôle malgré le fait que certains vérificateurs s'efforçaient véritablement d'exercer leurs fonctions conformément aux exigences de la Loi—En conséquence, des droits fondamentaux reconnus par la Charte, comme ceux qui sont prévus à son art. 7, notamment le droit de garder le silence et le droit à la protection contre l'auto-incrimination) étaient en cause—Les demandeurs n'ont pas été informés de ces droits—Une ordonnance fondée sur l'art. 24(1) de la Charte a donc été rendue, laquelle ordonnance annulera les lettres et questionnaires envoyés aux demandeurs; de plus, il fut interdit au défendeur de prendre des mesures ou d'engager des procédures contre les demandeurs à l'égard de leur omission de répondre aux lettres et questionnaires—Demande accueillie—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.1(1) (mod. par L.C. 1986, ch. 6, art. 121; 1994, ch. 21, art. 107), 231.2 (mod. par L.C. 1986, ch. 6, art. 121; 1988, ch. 55, art. 174; 1996, ch. 21, art. 58; 2000, ch. 30, art. 176)—*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<sup>o</sup> 44], art. 7, 24.

STANFIELD C. M.R.N. (T-1554-02, 2005 CF 1010, juge Noël, ordonnance en date du 21-7-05, 50 p.)

Requête en vue d'obtenir une injonction interlocutoire interdisant à l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) d'utiliser certains renseignements sur des tiers, qui sont des donateurs, ainsi qu'une ordonnance sommant certains employés de l'ARC de comparaître pour être interrogés—Requête entièrement fondée sur la violation alléguée de l'entente intervenue entre les parties concernant la fourniture de renseignements (listes des donateurs)—Requête rejetée—

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

Preuve insuffisante à l'appui d'un préjudice irréparable et d'une violation de l'entente.

JOHN MCKELLAR CHARITABLE FOUNDATION C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-779-05, 2006 CF 23, juge Snider, ordonnance en date du 12-1-06, 7 p.)

**JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE****ARMES À FEU**

Requête visant à obtenir la certification de l'action comme recours collectif ainsi qu'une mesure provisoire permettant aux demandeurs de conserver légalement la possession d'armes de poing—Les demandeurs ont présenté des demandes de permis de possession d'armes de poing en vertu de la *Loi sur les armes à feu* avant décembre 2002, mais le directeur de l'enregistrement ne leur a pas répondu—L'amnistie générale a pris fin le 31 décembre 2005—Action rejetée—La requête n'a pas été entendue vu la promesse des défendeurs de délivrer des avis de refus (ou d'attribution) de permis—*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39.

WHITMORE C. CANADA (T-2081-05, 2005 CF 1728, juge Hughes, ordonnance en date du 20-12-05, 5 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel du rejet, par la Commission des oppositions des marques de commerce, de l'opposition de la demanderesse à la demande de la défenderesse en vue de l'enregistrement de la marque de commerce « Bagel Tradition'l et Dessin » pour emploi en liaison avec des produits de boulangerie et avec l'exploitation de restaurants et de services connexes—La demanderesse est propriétaire de la marque de commerce « Tradition » pour emploi en liaison avec des produits de boulangerie—*Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22 examinée, appliquée—Absence de probabilité raisonnable de confusion—Appel rejeté.

TRADITION FINE FOODS LTD. C. GROUPE TRADITION'L INC. (T-459-05, 2006 CF 858, juge Blanchard, ordonnance en date du 10-7-06, 44 p.)

Apel d'une décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce ((2004) 40 C.P.R. (4th) 553) a rejeté l'opposition présentée à l'encontre de l'enregistrement de la marque de commerce « Bojangles Café » de la défenderesse—La Commission a appliqué une norme de preuve erronée pour décider si la marque des demanderesse était devenue suffisamment connue au Canada

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

pour annuler le caractère distinctif de la marque de la défenderesse—Norme devant être appliquée : une marque doit être connue au moins jusqu'à un certain point pour annuler le caractère distinctif établi d'une autre marque, et sa réputation au Canada devrait être importante, significative ou suffisante—Les demanderesse n'ont pas pu démontrer que leur marque de commerce est connue « au moins jusqu'à un certain point » au Canada—Appel rejeté.

BOJANGLES' INTERNATIONAL, LLC C. BOJANGLES CAFÉ LTD. (T-1466-04, 2006 CF 657, juge Noël, jugement en date du 31-5-06, 40 p.)

Appel de la décision d'une agente d'audience radiant des marchandises de l'enregistrement d'une marque déposée, dans une procédure engagée aux termes de l'art. 45 de la *Loi sur les marques de commerce*—La question essentielle était la signification du mot « salopettes »—Appel accueilli—L'acception reconnue d'un terme employé dans la définition des marchandises a changé, mais l'emploi de la marque de commerce sur les mêmes marchandises s'est poursuivi—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200).

LEVI STRAUSS & CO. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-1491-05, 2006 CF 654, juge Hughes, jugement en date du 30-5-06, 8 p.)

**PRATIQUE**

Contrôle judiciaire de la décision du registraire des marques de commerce d'accepter le changement de nom de la demanderesse dans le cadre d'une demande d'enregistrement de la marque de commerce « Lending Tree »—La question de l'opportunité de modifier la demande peut être soulevée dans le cadre d'une procédure d'opposition—Compte tenu de l'existence d'un autre recours approprié, et de l'absence de circonstance spéciale qui justifierait de faire droit au contrôle judiciaire, la demande est rejetée.

LENDINGTREE, LLC C. LENDING TREE CORP. (T-588-05, 2006 CF 373, juge Dawson, jugement en date du 22-3-06, 12 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission d'appel des pensions a autorisé le défendeur à interjeter appel de la décision relative à sa demande de prestations d'invalidité après l'expiration du délai applicable—La Commission a outrepassé sa compétence en accordant l'autorisation sans examiner explicitement la question de

**PENSIONS—Fin**

savoir s'il y avait lieu d'accorder une prorogation de délai—  
Demande accueillie.

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES  
RESSOURCES HUMAINES) C. EASON (T-2179-04, 2005 CF  
1698, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du  
15-12-05, 8 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE**

Requête présentée en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales* en vue de faire instruire sous forme d'action une requête présentée en vertu de l'art. 34(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* en vue de recouvrer des sommes prétendument dues par les défendeurs relativement à des supports audio vierges—La règle 107 des *Règles* et l'art. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* ne s'appliquent pas—Même si la Cour avait la compétence inhérente de transformer une requête en action, on n'a établi aucune raison convaincante justifiant de procéder à cette conversion lorsque le choix a été fait au départ par la partie qui cherche maintenant à obtenir une telle conversion—*Règles des Cours fédérales*, DORS/2004-283, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 107—*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34(4) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20)—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5, mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 28).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PERCEPTION DE LA COPIE PRIVÉE  
C. FUZION TECHNOLOGY CORP. (T-1655-04, 2005 CF  
1557, juge Hughes, ordonnance en date du 17-11-05,  
7 p.)

*Requête en radiation*

Requête des défendeurs reconventionnels en vue de radier la demande reconventionnelle au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable—Il n'est pas manifeste que les demandeurs reconventionnels n'ont pas plaidé correctement le délit d'ingérence intentionnelle dans les relations contractuelles—Requête rejetée.

CANADA STEAMSHIP LINES INC. C. ELLIOTT (T-2116-05,  
2006 CF 609, notaire Morneau, ordonnance en date  
du 17-5-06, 18 p.)

**AFFIDAVITS**

Requête en radiation de certaines parties de l'affidavit soumis par les demandeurs à l'appui de leur demande visant à faire autoriser l'action comme recours collectif—Les

**PRATIQUE—Suite**

affidavits fondés sur des renseignements et sur ce que croit le déclarant sont admissibles parce que la demande visant à faire autoriser l'action comme recours collectif est une question interlocutoire—L'affidavit n'est pas inadmissible par application de la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*—À moins qu'un préjudice puisse être démontré, la Cour hésiterait à radier les paragraphes en question au motif qu'ils sont tendancieux—Demande rejetée—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81.

SANDER HOLDINGS LTD. C. CANADA (PROCURER  
GÉNÉRAL) (T-1172-03, 2005 CF 1402, juge von  
Finckenstein, ordonnance en date du 14-10-05, 8 p.)

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 280) faisant droit à la requête présentée par l'intimé en vue du dépôt d'affidavits confidentiels relativement à des demandes déposées par l'appelant en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*—Le juge des requêtes a renvoyé au juge chargé d'instruire les demandes présentées en vertu de l'art. 41 la question de savoir si l'appelant devrait avoir accès soit à une partie, soit à la totalité des affidavits confidentiels—En agissant ainsi, il a reporté toute ordonnance de communication à un moment où il sera trop tard pour que l'appelant utilise les renseignements communiqués—Le juge des requêtes était tenu de déterminer les mesures de précaution qui s'imposaient, y compris la mesure dans laquelle les documents devaient être déposés à titre confidentiel—Appel accueilli—*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 41.

BLANK C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (A-84-05,  
2005 CAF 405, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date  
du 5-12-05, 10 p.)

Appel d'une ordonnance enjoignant aux appelantes de retenir les services de nouveaux avocats afin de préparer des observations écrites et de plaider à l'audition de la demande de radiation de marques de commerce—Appel rejeté—Des facteurs militaient contre le fait que les avocats des appelantes préparent et plaident la cause—Un avocat ne doit pas compromettre son indépendance en agissant dans une instance dans laquelle un des membres du cabinet dont il fait partie a fourni une preuve par affidavit au sujet d'un point essentiel.

CROSS-CANADA AUTO BODY SUPPLY (WINDSOR) LTD. C.  
HYUNDAI AUTO CANADA (A-419-05, 2006 CAF 133, juge  
Sexton, J.C.A., jugement en date du 3-4-06, 5 p.)

**COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES**

Demande visant à obtenir, en vertu de l'art. 231.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une ordonnance de communication

**PRATIQUE—Suite**

en réponse à la demande péremptoire de communication de documents et de renseignements adressée par le ministre aux défendeurs—Les défendeurs sont un cabinet d'avocats qui ont agi comme simples intermédiaires pour des transferts de fonds en se servant des comptes en fiducie du cabinet—Demande accueillie—Aucun élément de preuve permettait de penser que les services des défendeurs ont été retenus pour prodiguer des conseils d'ordre juridique—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.7 (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 183).

M.R.N. C. SINGH LYN RAGONETTI BINDAL LLP (T-12-05, 2005 CF 1538, juge Mosley, ordonnance en date du 15-11-05, 8 p.)

**DEMANDES**

Documents en la possession d'un office fédéral—Requête présentée aux termes de la règle 318 des *Règles des Cours fédérales* en vue d'obtenir des ordonnances enjoignant la Commission d'enquête de fournir des copies certifiées conformes des documents en sa possession qui lui ont été demandés et qu'elle n'a pas transmis—Seuls sont pertinents les documents qui ont été présentés à l'office fédéral ou qui auraient dû l'être—Requête accueillie uniquement à l'égard des documents pertinents à la demande—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 318 (mod. par DORS/2002-417, art. 19).

GAGLIANO C. CANADA (EX-COMMISSAIRE DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DE COMMANDITES ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES) (T-2086-05, T-2118-05, T-2121-05, 2006 CF 720, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 9-6-06, 41 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Exécution*

Demande présentée par la demanderesse dans le cadre d'une action en violation du droit d'auteur afin d'obtenir des brefs de saisie-exécution modifiés en vertu de la règle 434(1b) des *Règles des Cours fédérales*—La demanderesse a demandé à la Cour de lever le voile corporatif afin d'ajouter un débiteur judiciaire qui n'était pas désigné dans l'ordonnance d'exécution originale—La règle 434 n'est pas le moyen qui convient pour lever le voile corporatif—L'utilisation de cet article des *Règles* devrait se limiter aux cas où l'obligation d'un débiteur judiciaire est dévolue par effet de la loi à une autre partie représentative—Demande rejetée—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 434.

CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY C. APEX COPY CENTRE (T-1788-04, 2006 CF 470, juge Barnes, jugement en date du 11-4-06, 11 p.)

**PRATIQUE—Suite****OUTRAGE AU TRIBUNAL**

L'avocat de la demanderesse aurait divulgué à un tiers étranger au litige sans autorisation des documents et de renseignements produits par la défenderesse dans le cadre d'une action en contrefaçon de marque de commerce et se serait fondé sur ces documents et renseignements pour menacer ce tiers de poursuites—Preuve *prima facie* de violation de la règle relative à l'engagement implicite concernant l'utilisation des documents et des renseignements obtenus lors de la communication préalable—La demanderesse et son avocat sont à première vue rendus coupables d'outrage au tribunal.

DIRECT SOURCE SPECIAL PRODUCTS INC. C. SONY MUSIC CANADA INC. (T-1483-99, 2005 CF 1362, protonotaire Milczynski, ordonnance en date du 5-10-05, 7 p.)

**PARTIES**

Requête en autorisation de se constituer codéfendeur ou d'intervenir dans la demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé d'enregistrer un document présenté comme étant un acte de renonciation relatif à un brevet de la demanderesse—Distrimedic Inc. a intenté une action en vue d'obtenir une décision déclarative comme quoi son produit ne contrefait pas le brevet de la demanderesse en invoquant le libellé du brevet en cause dans son état antérieur à la communication de l'acte de renonciation—L'acceptation possible de la renonciation influe directement sur les droits de Distrimedic—Demande accueillie.

EMBALLAGES RICHARDS INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-92-06, 2006 CF 257, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 27-2-06, 8 p.)

**PREUVE**

Requête du demandeur fondée sur la règle 286 des *Règles des Cours fédérales* pour autorisation de produire par téléconférence la déposition de témoins iraniens à l'instruction—Le demandeur est entré au Canada le 26 octobre 1988 en vertu d'un permis ministériel—Il a obtenu le droit d'établissement le 5 novembre 1991—La demande de parrainage visant sa femme a été approuvée et envoyée au bureau de Damas en 1992—En 1993, le bureau de Damas a informé l'épouse que le demandeur n'avait pas présenté l'engagement d'aide—L'épouse aurait divorcé d'avec le demandeur en Iran à la fin décembre 1993—Le demandeur a intenté une action en dommages-intérêts pour négligence dans le traitement de son dossier d'immigration—Le terme « audience » de la règle 32 (permettant à la Cour d'ordonner la tenue d'une audience par conférence téléphonique) devrait

**PRATIQUE—Suite**

être interprété de manière libérale -L'une des questions centrales de l'instruction sera celle de la cause du supposé divorce—La crédibilité des témoins iraniens est d'une importance cruciale—Pour que les questions litigieuses (les causes du supposé divorce) puissent être tranchées de manière « équitable » à l'instruction, il faut que la défenderesse ait la possibilité de contre-interroger les témoins iraniens—Les faits de l'espèce montrent à l'évidence que la téléconférence ne permettra pas à la Cour d'observer le comportement de ces témoins—Après examen de tous les facteurs pertinents, la Cour conclut que la preuve n'établit pas qu'il serait dans l'intérêt de la justice de rendre une ordonnance autorisant la déposition des témoins iraniens par voie de conférence téléphonique, ni que, à cette date tardive et étant donné l'absence de plan détaillé, une telle formule permettrait d'apporter au présent litige une solution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—Requête rejetée—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 32, 286.

FARZAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-626-96, 2005 CF 1453, juge Martineau, ordonnance en date du 26-10-05, 29 p.)

Demande présentée par le défendeur pour que le procès soit déclaré nul ou pour que des éléments de preuve soient de nouveau entendus en raison d'interruptions dans la transcription de la preuve dans le cadre d'une commission rogatoire, lesquelles résultaient de coupures de l'alimentation électrique—Les témoins, lesquels sont âgés, résident en Italie—La règle 89(4) des *Règles des Cours fédérales* prévoit que les sténographes doivent enregistrer « intégralement » les dépositions—Les omissions ne sont pas sans importance, mais les interruptions furent brèves—Examen des principes directeurs—Demande rejetée—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 89(4).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SEIFERT (T-2016-01, 2006 CF 223, juge O'Reilly, ordonnance en date du 17-2-06, 11 p.)

**TÉMOINS**

Appel d'une ordonnance rendue en application de la règle 45 des *Règles des Cours fédérales* qui enjoignait à l'appelant d'amener l'intimé en personne devant la Cour, dans le but de débattre de sa demande de contrôle judiciaire—Le rôle qui incombe au juge saisi d'une requête présentée aux termes de la règle 45 consiste à décider s'il est dans l'intérêt de la justice que le détenu assiste en personne à l'audience—Le juge doit se demander si le détenu peut présenter ses arguments de façon adéquate et satisfaisante même en n'étant pas

**PRATIQUE—Fin**

personnellement présent à l'audience—Si le juge des requêtes avait adopté la bonne approche, il aurait dû rejeter la requête présentée aux termes de la règle 45—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 45.

STRACHAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)(A-557-05, 2006 CAF 135, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-4-06, 3 p.)

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

Demande présentée conformément à l'art. 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), sollicitant une ordonnance pour obliger la défenderesse à conserver des documents relatifs à l'hypothèque, à en assurer l'accès et à les communiquer—En omettant de conserver des copies des lettres de reconnaissance du renouvellement envoyées aux clients, la défenderesse n'a pas contrevenu à la LPRPDE parce que ces renseignements pouvaient être extraits sur demande—Les exigences de la LPRPDE en matière d'accès à l'information ont été respectées parce qu'il était possible pour les clients d'avoir accès à leurs renseignements personnels conservés par la défenderesse—Demande rejetée—*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 14.

VANDERBEKE C. BANQUE ROYALE DU CANADA (T-222-04, 2006 CF 651, juge Noël, jugement en date du 2-6-06, 18 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre ordonnant à la demanderesse de communiquer à la défenderesse le salaire annuel d'un employé—La demanderesse a sollicité une ordonnance annulant cette décision arbitrale et déclarant l'arbitre dessaisi—La défenderesse avait été employée comme enseignante par la demanderesse jusqu'à son congédiement, le 2 septembre 2003—Elle a déposé une plainte de congédiement injuste sous le régime de l'art. 240(1) du *Code canadien du travail*—Dans sa première ordonnance, l'arbitre a conclu qu'il y avait eu congédiement injuste et a condamné la demanderesse à verser à la défenderesse une indemnité égale au salaire payé à l'employée qui l'avait remplacée—La demanderesse ne s'étant pas conformée à la première ordonnance, l'arbitre a rendu une deuxième ordonnance (faisant l'objet du contrôle judiciaire) lui enjoignant de communiquer à la défenderesse le salaire versé à la remplaçante—La troisième ordonnance retirait la deuxième ordonnance—L'arbitre avait-il compétence pour ordonner le

## RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

versement à la défenderesse d'une indemnité égale au salaire payé à la remplaçante?—La demanderesse ne pouvait contester les conclusions de la première ordonnance puisque le délai applicable à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire était expiré et que la Cour avait déjà rejeté une requête en prorogation dudit délai—La Cour a refusé d'examiner au fond la décision de l'arbitre relative au montant de l'indemnité—L'arbitre a retiré la deuxième ordonnance, de sorte que la question de sa légalité est théorique—L'arbitre avait-il compétence pour ordonner à la demanderesse de communiquer à la défenderesse le montant du salaire payé à sa remplaçante?—L'interaction des art. 242(2)c) et 16a) et b) du Code ont pour effet de faire entrer les pouvoirs de l'arbitre dans le champ d'application de l'art. 7(3)c)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*—L'art. 7(3)c)(i) permet la communication de renseignements personnels à l'insu et sans le consentement d'un intéressé si elle est exigée par l'ordonnance d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements « exigée par la loi »—L'arbitre pouvait contraindre la demanderesse à révéler le salaire payé à la remplaçante pendant la période considérée, aux fins de la détermination de l'indemnité due à la défenderesse—L'arbitre était-il dessaisi lorsqu'il a rendu la deuxième ordonnance?—Le point de savoir si l'arbitre désigné sous le régime de l'art. 242(1) du Code est dessaisi et, depuis quand, dépend des faits de l'espèce et en particulier de la mesure dans laquelle la plainte a été réglée—Le fait que l'arbitre n'ait pas spécifié le moyen par lequel le montant du salaire de la remplaçante serait communiqué n'enlève rien au caractère définitif du montant fixé—La première ordonnance de l'arbitre tranchait définitivement la plainte de la défenderesse—L'arbitre avait épuisé les pouvoirs que la loi lui confère et se trouvait dessaisi—Il n'avait plus compétence pour rendre d'autres ordonnances touchant la plainte, dès lors réglée, de la défenderesse—La défenderesse a soutenu que l'art. 242(4)c) du Code confère à l'arbitre compétence pour rendre les ordonnances « accessoires » qu'il estime nécessaires pour assurer l'exécution de sa décision—La disposition du Code invoquée ne peut recevoir une interprétation si large qu'elle conférerait à l'arbitre des pouvoirs d'exécution de jugement autrement réservés aux tribunaux judiciaires—Seule une instance judiciaire, à ce titre indépendante de l'État, peut sanctionner la détention ou autoriser d'autres mesures coercitives de l'État sur la personne du citoyen—L'arbitre désigné par le ministre du Travail ou son représentant ne jouit pas de l'indépendance inhérente aux tribunaux établis par les art. 96 ou 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—L'interprétation juste du dispositif de règlement des différends du travail prévu aux art. 240 à 244 du Code est que la décision définitive de l'arbitre peut être enregistrée à la Cour fédérale et mise à exécution par cette dernière dans l'exercice légitime de sa compétence *in personam*—L'affaire relevait-elle de la

## RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

compétence exclusive de la Cour fédérale une fois la décision arbitrale enregistrée à son greffe en vertu de l'art. 244 du Code?—La première ordonnance ayant été enregistrée en Cour fédérale, elle a valeur d'ordonnance rendue par un juge de la Cour fédérale et peut faire l'objet des mêmes procédures d'exécution—La plainte n'était plus du ressort de l'arbitre—Demande rejetée—*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 16 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 6), 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15), 241, 242 (mod. *idem*, art. 16; L.C. 1998, ch. 26, art. 58), 243, 244 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 34(F))—*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 7—*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. 96, 101.

PREMIÈRE NATION DE FISHING LAKE C. PALEY (T-606-05, 2005 CF 1448, juge Kelen, ordonnance en date du 26-10-05, 24 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision d'un juge de la Cour fédérale (2003 CF 853) qui a infirmé la sentence arbitrale rendue par un arbitre désigné conformément au *Code canadien du travail*—L'arbitre a rejeté le grief de congédiement injustifié déposé par l'intimée—Le juge a ordonné la réintégration de l'intimée et il a retourné le dossier à l'arbitre afin qu'il décide du quantum de la réparation monétaire à être versée par l'employeur, le Conseil de bande appelant—Celui-ci a allégué que le juge avait erré en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* et en substituant sa propre opinion à celle de l'arbitre—Il a ajouté que le juge n'avait pas compétence pour ordonner de lui-même la réintégration de l'intimée—La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait et aux inférences de l'arbitre est celle de la décision manifestement déraisonnable—Au moment de son congédiement, l'intimée, qui avait 25 ans de services continus auprès de la Bande, était une employée-cadre qui dirigeait le service Finance et Administration depuis 1986—Le Conseil a congédié l'intimée pour des gestes qui, selon lui, constituaient une inconduite extrêmement grave et inacceptable, voire même un subterfuge frauduleux à l'égard de son employeur—L'arbitre a analysé avec minutie chacun des reproches adressés à l'intimée ou à son service—Il n'a pas jugé fondés les 11 premiers, mais il a retenu les deux derniers, soit celui relié à la signature antidatée des contrats des cadres et celui relié à l'émission d'un chèque de 9 880 \$ tiré à l'ordre de l'intimée—Ces conclusions de manipulation de comptes bancaires et d'antidatation de contrats d'emploi sont des conclusions de fait qui trouvent appui dans la preuve et échappent au contrôle judiciaire—L'arbitre a commis deux erreurs de droit lorsqu'il a affirmé qu'« à partir du moment où l'employeur démontre des motifs

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

suffisants pour invoquer le bris du lien de confiance, la manière de réagir, la sanction lui appartient »—Il a confondu la faute commise qui justifie une sanction et le bris du lien de confiance qui peut justifier la nature de la sanction prise—Il s'est appuyé sur un ancien arrêt de la Cour suprême du Canada, *Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs et al.*, [1969] R.C.S. 85, qui est tombé en désuétude—L'arbitre s'étant mal dirigé en droit, le dossier doit lui être retourné pour qu'il décide, à la lumière de toutes les circonstances et en appliquant les principes pertinents, si le congédiement sans compensation était une mesure appropriée—Appel accueilli en partie—*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

FONTAINE C. CONSEIL DE BANDE MONTAGNAIS DE UASHATMAK MANI-UTÉNAM (A-402-03, 2005 CAF 357, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 31-10-05, 15 p.)

**TRANSPORTS**

Appel interjeté de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada a conclu que l'appelante était tenue de faire construire et d'entretenir un passage en vertu de l'art. 102 de la *Loi sur les transports au Canada*—L'art. 102 ne s'applique que lorsque la voie ferrée divise la terre du propriétaire de sorte que sa propriété s'étend des deux côtés de la voie—L'art. 102 ne s'applique pas en l'espèce—Appel accueilli—*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 102.

COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE C. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (A-682-04, 2005 CAF 400, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 5-12-05, 12 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>