



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 3, Part 1**

**2011, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2011] 3 F.C.R., {<sup>3-153</sup><sub>D-1-D-4</sub>

Renvoi [2011] 3 R.C.F., {<sup>3-153</sup><sub>F-1-F-5</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2011.

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.  
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.  
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2011.

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

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

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

---

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

## CONTENTS

Judgments .....	3-153
Digests .....	D-1-D-4
Appeals noted .....	I

### **Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) .....** 85

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of visa officer’s decision refusing application for permanent residence because of inadmissibility on security grounds pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f)—Applicant, Iranian citizen, formerly employed by Iranian university, research organization—Officer stating university controlled by Iranian Revolutionary Guards Corps (IRGC), research organization implicated in making of weapons of mass destruction—Finding applicant taking part in subversive activities, associating with terrorist group, providing information about dissidents to Iranian government—Whether officer erring in applying s. 34(1)(f), breaching principles of natural justice, making unreasonable inferences, findings of fact—Court analysing applicability of s. 87, relying on *Henrie*

*Continued on next page*

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

*Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

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

---

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

## SOMMAIRE

Jugements .....	3-153
Fiches analytiques .....	F-1-F-5
Appels notés .....	I

### **Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) .....** 85

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente des visas avait refusé une demande de résidence permanente sur constat d’interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l’art. 34(1)(f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur, un citoyen iranien, travaillait auparavant pour une université et une organisation de recherche iraniennes—L’agente avait déclaré que l’université était contrôlée par le Corps des gardiens de la révolution islamique (CGRI) de l’Iran et que l’organisation de recherche avait participé au développement d’armes de destruction massive—Elle avait conclu que le demandeur avait pris part à des activités subversives, qu’il avait eu des liens avec un groupe terroriste et qu’il avait fourni au gouvernement iranien

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, finding that disclosure of redacted certified tribunal record pages injurious to national security—Officer not erring in construction of s. 34(1)(f)—Officer basing finding of inadmissibility only on s. 34(1)(f)—Assessment that applicant passing on information about Iranian dissidents to Government, teaching at IRGC-controlled university, collaborating with research organization substantiating officer’s finding that applicant member of subversive, terrorist organization—Principles of natural justice not breached: applicant receiving ample notice of allegations, disclosure of Internet open source evidence not necessary—However, inferences drawn by officer from evidence unreasonable—Reading of record not grounding *bona fide* belief in serious possibility based on credible evidence that applicant active participant in Islamic, student organizations collaborating with Iranian regime—Affiliation with such groups not meaning that applicant involved in subversive activities—Officer not discussing applicant’s explanations—Relying instead on Internet, inconclusive reports to make accusations against applicant—Application allowed.

Security Intelligence—Judicial review of visa officer’s decision refusing application for permanent residence because of inadmissibility on security grounds pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 34(1)(f)—Several pages from certified tribunal record partially redacted on ground disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of persons—Whether respondent entitled to IRPA, s. 87 non-disclosure motion—Appointment of special advocate not required in present case—Court analysing applicability of s. 87—*Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* applied—Disclosure of partially redacted pages herein would be injurious to national security.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

des renseignements au sujet de citoyens dissidents—Il s’agissait de savoir si l’agente avait commis une erreur dans son application de l’art. 34(1)f), avait violé les principes de justice naturelle et avait tiré des inférences et des conclusions de fait déraisonnables—La Cour avait analysé l’applicabilité de l’art. 87 en invoquant l’affaire *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)* et avait conclu que la divulgation de pages retranchées du dossier certifié du tribunal porterait atteinte à la sécurité nationale—L’agente n’avait pas commis d’erreur dans son interprétation de l’art. 34(1)f)—L’agente avait conclu à l’interdiction de territoire uniquement sur le fondement de l’art. 34(1)f)—L’évaluation selon laquelle le demandeur avait transmis au gouvernement des renseignements au sujet de dissidents iraniens, qu’il avait enseigné à l’université contrôlée par le CGRI et qu’il avait collaboré avec l’organisation de recherche justifiait la conclusion de l’agente portant que le demandeur était membre d’une organisation subversive ou terroriste—Aucune atteinte aux principes de justice naturelle : le demandeur avait été amplement avisé des allégations pesant contre lui et la divulgation d’éléments de preuve provenant des sources accessibles au public n’était pas nécessaire—Cependant, les inférences tirées par l’agente de la preuve étaient déraisonnables—Une lecture du dossier ne justifie pas une croyance légitime à une possibilité sérieuse, fondée sur des preuves dignes de foi, que le demandeur ait participé activement aux activités d’organisations islamiques ou étudiantes qui collaboraient avec le régime iranien—L’affiliation à ces groupes ne permet aucunement de conclure qu’il avait pris part à des activités subversives—L’agente avait écarté les explications du demandeur—Elle s’était plutôt fondée sur Internet et sur des rapports peu probants pour porter des accusations contre le demandeur—Demande accueillie.

Renseignement de sécurité—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente des visas avait refusé une demande de résidence permanente sur constat d’interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l’art. 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Plusieurs pages du dossier certifié du tribunal avaient été partiellement expurgées au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui—Il s’agissait de savoir si le défendeur avait droit à une requête en interdiction de divulgation au titre de l’art. 87 de la LIPR—La nomination d’un avocat spécial ne s’imposait pas en l’espèce—La Cour avait analysé l’applicabilité de l’art. 87—Application

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Level v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 60**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA) refusing applications to be deemed Convention refugee, person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97—Applicant, Jamaican, alleging life, security at risk because of mental illness—Officer not considering application under Act, s. 96 because of serious criminality—Medical reasons advanced by applicant with respect to Act, s. 97 application excluded pursuant to Act, s. 97(1)(b)(iv)—Officer determining that applicant’s submissions not sufficiently demonstrating that applicant unable to protect himself, alleged risk precluded from assessment within PRRA application—Whether officer erring in applying s. 97(1)(b)(iv) as bar to assessment of s. 97, ignoring evidence of abuse of mentally ill, lack of state protection—Officer not accurately identifying risks submitted by applicant—Officer making unreasonable assessment of applicant’s submissions, ignoring arguments, evidence about risk, abuse of mentally ill, inadequacy of state protection therefor—Application allowed.

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of negative pre-removal risk assessment refusing applications to be deemed Convention refugee, person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97—Leave Judge restricting grounds of review to decision under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 96—Whether leave Judge able to limit scope of review—Nothing in wording

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de l’affaire *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*—La divulgation de pages partiellement retranchées en l’espèce porterait atteinte à la sécurité nationale.

### **Level c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 60**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à la suite de l’examen des risques avant renvoi (ERAR) rejetant la demande présentée en vue d’obtenir la qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur, un Jamaïcain, affirmait qu’il serait exposé à des menaces à sa vie et à sa sécurité en raison de ses troubles mentaux—L’agent n’avait pas examiné la demande fondée sur l’art. 96 de la Loi pour motif de grande criminalité—Les raisons médicales avancées par le demandeur relativement à la demande présentée en application de l’art. 97 de la Loi étaient exclues suivant l’art. 97(1)(b)(iv) de la Loi—L’agent avait établi que les arguments du demandeur ne démontraient pas de manière suffisante que le demandeur ne pourrait se protéger et que le risque allégué ne pouvait être évalué dans le cadre de la demande d’ERAR—Il s’agissait de savoir si l’agent avait commis une erreur en invoquant l’art. 97(1)(b)(iv) pour ne pas apprécier la demande fondée sur l’art. 97, et s’il avait fait abstraction d’éléments de preuve concernant les mauvais traitements infligés aux malades mentaux et l’absence de protection de l’État—L’agent n’avait pas qualifié correctement le risque décrit par le demandeur—L’agent avait effectué une appréciation déraisonnable des observations du demandeur et avait passé sous silence les arguments et les éléments de preuve concernant le risque et les mauvais traitements infligés aux malades mentaux ainsi que l’insuffisance de la protection de l’État contre ces risques—Demande accueillie.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à la suite de l’examen des risques avant renvoi rejetant la demande présentée en vue d’obtenir la qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La juge saisie de la demande d’autorisation semblait avoir restreint les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of Act, s. 72 or scheme thereof suggesting that reviewing Judge restricted to reviewing less than full decision—*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, s. 15(1)(e) concerned solely with procedural matters, not applying to grounds for leave—*Aldana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, wherein Federal Court of Appeal finding that once leave granted, issue validity of decision with respect to which leave granted, binding herein—Act, s. 74(c) requiring application be disposed of—As such, necessary to review whole application as opposed to any particular aspect of it—Question certified as to whether leave Judge can limit issues to be considered on judicial review.

### **Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.)** ..... 3

Telecommunications—Judicial review of Governor in Council decision pursuant to *Telecommunications Act*, s. 12(1) varying decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada—Respondent not demonstrating to CRTC Canadian ownership, control following participation in radio frequency auction—CRTC examining whether respondent meeting Act, s. 16(3)(c)—Finding that respondent controlled in fact by non-Canadians—Governor in Council disagreeing, considering that in case of respondent, access to foreign capital, technology, experience should be encouraged—Also considering that CRTC’s decision depriving Canadians of competitive wireless telecommunications services—Governor in Council misinterpreting Canadian ownership, control requirements in Act, not acting within statutory mandate—No policy objective in Act encouraging foreign investment—Promotion of Canadian control essential criterion—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

motifs de contrôle en vertu de l’art. 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Il s’agissait de savoir si la juge saisie de la demande d’autorisation pouvait restreindre la portée du contrôle—Rien dans le libellé de l’art. 72 de la Loi ni dans l’esprit de cette loi ne laisse croire que le juge qui siège en révision devrait restreindre la portée de son contrôle et examiner moins que la décision visée en son entier—L’art. 15(1)(e) des *Règles des cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés* ne vise que les questions procédurales; il n’a pas trait aux motifs d’autorisation—Dans *Aldana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, la Cour d’appel fédérale a statué que lorsque l’autorisation est accordée, la question à trancher est la validité de la décision à l’égard de laquelle cette autorisation est accordée—L’art. 74(c) de la Loi oblige le juge siégeant en révision à statuer sur la demande—Ainsi, il fallait examiner la demande en son entier plutôt qu’un aspect particulier de celle-ci—Une question a été certifiée pour savoir si le juge saisi d’une demande d’autorisation peut restreindre les questions à examiner dans le cadre du contrôle judiciaire.

### **Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général) (C.F.)** ..... 3

Télécommunications—Contrôle judiciaire d’une décision prise par la gouverneure en conseil en vertu de l’art. 12(1) de la *Loi sur les télécommunications* pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l’art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada—La défenderesse n’a pas réussi à montrer au Conseil qu’elle était la propriété de Canadiens et qu’elle était contrôlée par des Canadiens à la suite de sa participation à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences—Le Conseil s’est penché sur la question de savoir si la défenderesse respectait l’art. 16(3)(c) de la Loi—Le Conseil a conclu que la défenderesse était contrôlée de fait par des non-Canadiens—La gouverneure en conseil n’était pas d’accord, estimant que dans le cas de la défenderesse, l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé—Elle estimait aussi que la décision du Conseil priverait les Canadiens de services de télécommunication sans fil plus concurrentiels—La gouverneure en conseil a mal interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de la Loi et a outrepassé son mandat légal—

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Parties—Standing—Governor in Council varying, pursuant to *Telecommunications Act*, s. 12(1), decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada—Whether applicant having standing, exhausting effective remedies—Applicant impacted by Governor in Council’s decision in light of concern that respondent would have exclusive access to foreign capital—Not necessary to plead nature of standing—Argument applicant having effective alternative remedy not based on *Telecommunications Act* or other statute—Access to courts herein appropriate.

Construction of Statutes—Governor in Council varying, pursuant to *Telecommunications Act*, s. 12(1), decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada—Whether Governor in Council acting within statutory mandate—Act providing policy objective promoting Canadian ownership, control in telecommunications—Governor in Council misdirecting itself by interpreting Canadian ownership, control requirements in way that ensures, encourages access to foreign capital, technology, experience—Act not referring to foreign investment—No policy objective in Act encouraging such investment—Only Parliament may rewrite Act—Governor in Council acting outside Act in limiting impact of decision on respondent—Cannot restrict interpretation to one individual, not to others in similar circumstance.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Aucun objectif de la politique prévu par la Loi ne favorise l’investissement étranger—La promotion du contrôle canadien est le critère essentiel—Demande accueillie.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—La gouverneure en conseil a modifié, en vertu de l’art. 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l’art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada—Il s’agissait de savoir si la demanderesse avait qualité pour agir et si elle avait épuisé tous les recours en vertu de la Loi—La demanderesse subissait les conséquences de la décision de la gouverneure en conseil à la lumière de la préoccupation selon laquelle la défenderesse aurait exclusivement accès aux capitaux étrangers—Il n’était pas nécessaire de plaider la nature de la qualité pour agir—L’argument selon lequel la demanderesse disposait d’un autre recours approprié ne reposait pas sur la *Loi sur les télécommunications* ni sur aucune autre loi—En l’espèce, l’accès aux tribunaux était approprié.

Interprétation des lois—La gouverneure en conseil a modifié, en vertu de l’art. 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l’art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada—Il s’agissait de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal—La Loi établit un objectif qui favorise l’accession à la propriété et le contrôle canadiens dans le secteur des télécommunications—La gouverneure en conseil a commis une erreur de droit lorsqu’elle a interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de manière à favoriser et à garantir l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers—Il n’est aucunement question d’investissement étranger dans la Loi—Aucun objectif de la politique prévu par la Loi ne favorise un tel investissement—Il appartient uniquement au législateur de réécrire la Loi—La gouverneure en conseil a outrepassé les dispositions de la Loi lorsqu’elle a affirmé que son décret ne visait que la défenderesse—Elle ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l’exclusion des autres intéressés dans une situation semblable.

*Suite à la page suivante*

**Worldwide Diamond Trademarks Limited v. Canadian Jewellers Association (F.C.) . . . . . 120**

Trade-marks—Registration—Appeal from Registrar of Trade-marks decisions dismissing applications to register trade-marks because proposed trade-marks clearly descriptive of associated wares, services pursuant to *Trade-marks Act*, s. 12(1)(b)—Registrar determining that “Canadian diamond”, “mined, cut and polished in Canada” clearly descriptive—Adding words “Report”, “Certificate”, “Appraisal” only describing intrinsic quality or characteristic of applicant’s wares, services—Also determining that proposed trade-marks not “inherently distinctive”—Principal issues whether Registrar erring by concluding that trade-marks clearly descriptive, not distinctive—While Registrar having to consider prior registrations in assessing descriptiveness, no reason to perpetuate past error—Use of word “mark” not sufficient to render proposed trade-marks non-descriptive—Words “Report”, “Certificate”, “Appraisal” clearly describing certificate or report on diamond’s Canadian origin or its evaluation, contrary to s. 12(1)(b)—State of register with respect to similar marks not rendering proposed trade-marks non-descriptive, registrable—Registrar correctly determining that proposed trade-marks not inherently distinctive—Parliament not intending that mere use of proposed trade-mark sufficient to guarantee exception from s. 12(1)(b)—Applicant not providing sufficient evidence of substantive use of proposed trade-marks—Parliament intending that clearly descriptive trade-mark not registrable, notwithstanding decisions allowing registration of clearly descriptive trade-marks—Appeal dismissed.

**Worldwide Diamond Trademarks Limited c. Canadian Jewellers Association (C.F.) . . . . . 120**

Marques de commerce—Enregistrement—Appel à l’encontre de décisions du registraire des marques de commerce rejetant les demandes d’enregistrement de marques de commerce parce que les marques de commerce projetées donnaient une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels ces marques sont employées conformément à l’art. 12(1)(b) de la *Loi sur les marques de commerce*—Le registraire avait statué que les expressions « diamant canadien » et « extrait d’une mine, taillé et poli au Canada » donnaient une description claire—L’ajout des mots « Report » (rapport), « Certificate » (certificat) et « Appraisal » (évaluation) fournit seulement une description claire des caractéristiques ou des qualités intrinsèques des marchandises et des services de la demanderesse—Il a également conclu que chacune des marques de commerce projetées était « non distinctive en soi »—Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si le registraire avait commis une erreur en concluant que les marques de commerce donnaient une description claire et n’étaient pas distinctives—Bien que le registraire doive examiner les enregistrements précédents lorsqu’il évalue le caractère descriptif, il n’y a pas lieu de perpétuer une erreur commise dans le passé—L’utilisation du mot « mark » (marque) n’est pas suffisante pour rendre les marques de commerce non descriptives—Les mots « Report » (rapport), « Certificate » (certificat) et « Appraisal » (évaluation) donnent une description claire d’un certificat ou d’un rapport portant sur l’origine canadienne du diamant ou d’une évaluation du diamant et sont contraires à l’art. 12(1)(b)—L’état du registre en ce qui concerne des marques similaires ne peut rendre les marques de commerce projetées non descriptives et donc enregistrables—Le registraire avait correctement statué que les marques de commerce projetées n’étaient pas intrinsèquement distinctives—Le législateur n’a pas voulu que la simple utilisation d’une marque de commerce projetée soit suffisante pour garantir une exception à l’application de l’art. 12(1)(b)—La demanderesse n’a pas fourni une preuve suffisante pour établir l’emploi à grande échelle des marques de commerce projetées—L’intention du législateur était qu’une marque de commerce qui donne une description claire des produits n’est pas enregistrable malgré les décisions existantes ayant accordé l’enregistrement de marques de commerce donnant une description claire—Appel rejeté.





## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* (IMM-5174-09, 2010 FC 662) has been reversed in part on appeal (A-281-10, 2011 FCA 224, reasons for judgment dated July 15, 2011). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Toussaint v. Canada (Attorney General)* (T-1301-09, 2010 FC 810) has been affirmed on appeal (A-362-10, 2011 FCA 213, reasons for judgment dated June 27, 2011). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* (A-511-08, 2009 FCA 267) has been reversed on appeal (2011 SCC 36). The reasons for judgment, handed down July 15, 2011, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Dubé v. Canada* (A-7-08, 2009 FCA 109) has been reversed on appeal (2011 SCC 39). The reasons for judgment, handed down July 22, 2011, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Rolland Bastien Estate v. Canada* (A-586-07, 2009 FCA 108) has been reversed on appeal (2011 SCC 38). The reasons for judgment, handed down July 22, 2011, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Canadian Generic Pharmaceutical Assn. v. Canada (Minister of Health)*, A-352-09, A-360-09, 2010 FCA 334, Nadon J.A., judgment dated December 9, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused July 14, 2011.

*Craig v. Canada*, A-19-10, A-20-10, 2011 FCA 22, Evans J.A., judgment dated January 21, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted June 30, 2011.

*Konecny v. Ontario Power Generation*, A-24-10, 2010 FCA 340, Stratas J.A., judgment dated December 13, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 30, 2011.

*Lui v. Matrikon Inc.*, A-452-09, 2010 FCA 329, Layden-Stevenson J.A., judgment dated December 2, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused July 7, 2011.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (IMM-5174, 2010 CF 662) a été infirmée en partie en appel (A-281-10, 2011 CAF 224, motifs du jugement en date du 15 juillet 2011). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Toussaint c. Canada (Procureur général)* (T-1301-09, 2010 CF 810) a été confirmée en appel (A-362-10, 2011 CAF 213, motifs du jugement en date du 27 juin 2011). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada Trustco Mortgage Co. c. Canada* (A-511-08, 2009 CAF 267) a été infirmé en appel (2011 CSC 36). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 juillet 2011, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Dubé c. Canada* (A-7-08, 2009 CAF 109) a été infirmé en appel (2011 CSC 39). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 22 juillet 2011, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Succession Rolland Bastien c. Canada* (A-586-07, 2009 CAF 108) a été infirmé en appel (2011 CSC 38). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 22 juillet 2011, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Assoc. canadienne du médicament générique c. Canada (Ministre de la Santé)*, A-352-09, A-360-09, 2010 CAF 334, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 9 décembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juillet 2011.

*Craig c. Canada*, A-19-10, A-20-10, 2011 CAF 22, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 21 janvier 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 30 juin 2011.

*Konecny c. Ontario Power Generation*, A-24-10, 2010 CAF 340, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 13 décembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 juin 2011.

*Lui c. Matrikon Inc.*, A-452-09, 2010 CAF 329, le juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 2 décembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 juillet 2011.



**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 3, Part 1**

**2011, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-26-10  
2011 FC 130

T-26-10  
2011 CF 130

**Public Mobile Inc.** (*Applicant*)

v.

**Attorney General of Canada, Globalive Wireless Management Corp., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., and TELUS Communications Company** (*Respondents*)

and

**Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and Friends of Canadian Broadcasting** (*Interveners*)

**INDEXED AS: PUBLIC MOBILE INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

Federal Court, Hughes J.—Ottawa, January 19, 20 and February 4, 2011.

\* Editor’s Note: This decision has been reversed on appeal (A-78-11, A-79-11, 2011 FCA 194). The reasons for judgment, handed down June 8, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Telecommunications — Judicial review of Governor in Council decision pursuant to Telecommunications Act, s. 12(1) varying decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada — Respondent not demonstrating to CRTC Canadian ownership, control following participation in radio frequency auction — CRTC examining whether respondent meeting Act, s. 16(3)(c) — Finding that respondent controlled in fact by non-Canadians — Governor in Council disagreeing, considering that in case of respondent, access to foreign capital, technology, experience should be encouraged — Also considering that CRTC’s decision depriving Canadians of competitive wireless telecommunications services — Governor in Council misinterpreting Canadian ownership, control requirements in Act, not acting within statutory mandate — No policy objective in Act encouraging foreign investment — Promotion of Canadian control essential criterion — Application allowed.*

**Public Mobile Inc.** (*demanderesse*)

c.

**Le procureur général du Canada, Globalive Wireless Management Corp., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., et TELUS Communications Company** (*défendeurs*)

et

**Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, le Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, et Friends of Canadian Broadcasting** (*intervenants*)

**RÉPERTORIÉ : PUBLIC MOBILE INC. c. CANADA (PRO-CUREUR GÉNÉRAL)**

Cour fédérale, juge Hughes—Ottawa, 19, 20 janvier, et 4 février 2011.

\* Note de l’arrêtiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-78-11, A-79-11, 2011 CAF 194). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 8 juin 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Télécommunications — Contrôle judiciaire d’une décision prise par la gouverneure en conseil en vertu de l’art. 12(1) de la Loi sur les télécommunications pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l’art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada — La défenderesse n’a pas réussi à montrer au Conseil qu’elle était la propriété de Canadiens et qu’elle était contrôlée par des Canadiens à la suite de sa participation à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences — Le Conseil s’est penché sur la question de savoir si la défenderesse respectait l’art. 16(3)(c) de la Loi — Le Conseil a conclu que la défenderesse était contrôlée de fait par des non-Canadiens — La gouverneure en conseil n’était pas d’accord, estimant que dans le cas de la défenderesse, l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé — Elle estimait aussi que la décision du Conseil priverait les Canadiens de services de télécommunication sans fil plus concurrentiels — La gouverneure en conseil a mal interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de la Loi et*

*Practice — Parties — Standing — Governor in Council varying, pursuant to Telecommunications Act, s. 12(1), decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada — Whether applicant having standing, exhausting effective remedies — Applicant impacted by Governor in Council's decision in light of concern that respondent would have exclusive access to foreign capital — Not necessary to plead nature of standing — Argument applicant having effective alternative remedy not based on Telecommunications Act or other statute — Access to courts herein appropriate.*

*Construction of Statutes — Governor in Council varying, pursuant to Telecommunications Act, s. 12(1), decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada — Whether Governor in Council acting within statutory mandate — Act providing policy objective promoting Canadian ownership, control in telecommunications — Governor in Council misdirecting itself by interpreting Canadian ownership, control requirements in way that ensures, encourages access to foreign capital, technology, experience — Act not referring to foreign investment — No policy objective in Act encouraging such investment — Only Parliament may rewrite Act — Governor in Council acting outside Act in limiting impact of decision on respondent — Cannot restrict interpretation to one individual, not to others in similar circumstance.*

This was an application for judicial review of a decision by the Governor in Council pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act* varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) and determining that the respondent Globalive Wireless Management Corp. meets the requirements of section 16 of the Act and is eligible to operate as a telecommunications carrier in Canada.

*a outrepassé son mandat légal — Aucun objectif de la politique prévu par la Loi ne favorise l'investissement étranger — La promotion du contrôle canadien est le critère essentiel — Demande accueillie.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — La gouverneure en conseil a modifié, en vertu de l'art. 12(1) de la Loi sur les télécommunications, une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada — Il s'agissait de savoir si la demanderesse avait qualité pour agir et si elle avait épuisé tous les recours en vertu de la Loi — La demanderesse subissait les conséquences de la décision de la gouverneure en conseil à la lumière de la préoccupation selon laquelle la défenderesse aurait exclusivement accès aux capitaux étrangers — Il n'était pas nécessaire de plaider la nature de la qualité pour agir — L'argument selon lequel la demanderesse disposait d'un autre recours approprié ne reposait pas sur la Loi sur les télécommunications ni sur aucune autre loi — En l'espèce, l'accès aux tribunaux était approprié.*

*Interprétation des lois — La gouverneure en conseil a modifié, en vertu de l'art. 12(1) de la Loi sur les télécommunications, une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada — Il s'agissait de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal — La Loi établit un objectif qui favorise l'accession à la propriété et le contrôle canadiens dans le secteur des télécommunications — La gouverneure en conseil a commis une erreur de droit lorsqu'elle a interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de manière à favoriser et à garantir l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers — Il n'est aucunement question d'investissement étranger dans la Loi — Aucun objectif de la politique prévu par la Loi ne favorise un tel investissement — Il appartient uniquement au législateur de réécrire la Loi — La gouverneure en conseil a outrepassé les dispositions de la Loi lorsqu'elle a affirmé que son décret ne visait que la défenderesse — Elle ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l'exclusion des autres intéressés dans une situation semblable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par la gouverneure en conseil en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications* pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'article 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada.

Both the applicant and the respondent successfully participated in the auction of radio frequency spectrum and received licences from the Minister of Industry to offer wireless telecommunications services in Canada using that spectrum. The respondent however did not successfully demonstrate to the CRTC that it was Canadian-owned and controlled, as required by section 16. Specifically, the CRTC examined whether the respondent met the “control in fact” provision of paragraph 16(3)(c) of the Act. The CRTC found, *inter alia*, that commercial agreements provided a non-Canadian entity with influence over the respondent, and that the respondent’s high level of debt held by the non-Canadian entity was unacceptable. These findings led the CRTC to believe that the respondent was controlled in fact by non-Canadians. The Governor in Council considered that in the case of the respondent, access to foreign capital, technology and experience should be encouraged and ensured. The Governor in Council disagreed with the CRTC’s finding regarding the multiple levers of influence, and also considered that the CRTC’s decision would deprive Canadians of competitive wireless telecommunications services.

The issues were whether the applicant had standing, and whether it had an effective remedy under the Act that it has not exhausted; and whether the Governor in Council acted within its statutory mandate in varying the CRTC’s decision.

*Held*, the application should be allowed.

Regarding the issue of standing, the applicant clearly stated the impact of the Governor in Council’s decision on its operations by expressing its concern that the respondent would exclusively have access to foreign capital. Because this was an application and not an action, the applicant did not need to plead the nature of the standing that it claimed in order to secure judicial relief. The parties at the hearing were aware of the arguments raised as to standing. The respondent’s argument that the applicant should not be allowed standing because it had an effective alternative remedy was not based on the *Telecommunications Act* or other statute, but on its suggestion that certain legal tactics may be favourable to the applicant. All avenues must be exhausted before turning to the courts, but this does not mean that an opposing party may frustrate access to the courts by suggesting strategies that may or may not work. Herein, access to the courts was appropriate.

La demanderesse et la défenderesse ont toutes deux participé avec succès à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences et le ministre de l’Industrie leur a délivré une licence leur permettant d’offrir des services de télécommunication sans fil au Canada par utilisation du spectre. Cependant, la défenderesse n’a pas réussi à montrer au Conseil qu’elle était la propriété de Canadiens et qu’elle était contrôlée par des Canadiens, comme l’exige l’article 16. Plus particulièrement, le Conseil s’est penché sur la question de savoir si la défenderesse respectait la disposition sur le « contrôle de fait » énoncée à l’alinéa 16(3)c) de la Loi. Le Conseil a conclu, entre autres, que des ententes commerciales permettaient à une entité non canadienne d’exercer une influence sur la défenderesse et que le haut niveau d’endettement de la défenderesse détenu par l’entité non canadienne n’était pas acceptable. Ces conclusions ont mené le Conseil à inférer que la défenderesse était contrôlée de fait par des non-Canadiens. La gouverneure en conseil estimait que dans le cas de la défenderesse, l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé et garanti. La gouverneure en conseil rejetait la conclusion du Conseil en ce qui avait trait à la combinaison de plusieurs moyens d’influence et elle estimait aussi que la décision du Conseil priverait les Canadiens de services de télécommunication sans fil plus concurrentiels.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la demanderesse avait qualité pour agir et si elle aurait pu se prévaloir d’un autre recours en vertu de la Loi qu’elle n’avait pas épuisé et celle de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal en modifiant la décision du Conseil.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

S’agissant de la qualité pour agir, la demanderesse a exposé clairement les conséquences de la décision de la gouverneure en conseil sur ses activités en soulevant la préoccupation selon laquelle la défenderesse aurait exclusivement accès aux capitaux étrangers. Parce qu’il s’agissait d’une demande et non d’une action, la demanderesse n’avait pas à plaider la nature de la qualité pour agir qu’elle alléguait afin d’obtenir réparation par la Cour. Lors de l’audience, les parties étaient parfaitement au courant des allégations soulevées à l’égard de la qualité pour agir. L’argument de la défenderesse selon lequel la demanderesse ne devrait pas avoir qualité pour agir parce qu’elle disposait d’un autre recours approprié ne reposait pas sur la *Loi sur les télécommunications* ni sur aucune autre loi pertinente, il était plutôt fondé sur la prétention que certaines stratégies juridiques étaient plus satisfaisantes pour la demanderesse. Toutes les voies de recours doivent être épuisées avant de saisir les tribunaux de l’affaire, mais cela ne veut pas dire qu’une partie adverse peut empêcher l’accès aux tribunaux en proposant des stratégies dont l’issue est incertaine. En l’espèce, l’accès aux tribunaux était approprié.



As to whether the Governor in Council acted within its statutory mandate, the Governor in Council misdirected itself in law by interpreting the Canadian ownership and control requirements in a way that ensures and encourages access to foreign capital, technology and experience. Section 7 of the Act states that telecommunications is essential in maintaining Canada's identity and sovereignty, and provides a policy objective that promotes Canadian ownership and control. The Act does not refer anywhere to "foreign investment" or to "foreign capital, technology and experience". There is no policy objective in the Act that encourages foreign investment. The promotion of Canadian control should be the essential criterion where it is at risk from foreign investment. It is for Parliament to rewrite the Act, not the Governor in Council. The Governor in Council also acted outside the legal parameters of the Act in limiting the impact of its decision only on Globalive. The Governor in Council cannot restrict its interpretation to one individual and not to others who may find themselves in a similar circumstance.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).  
*National Transportation Act*, R.S.C., 1985, c. N-20, s. 59.  
*Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2).  
*Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484, s. 10.  
*Railway Act*, 1903 (*The*), S.C. 1903, c. 58, s. 42.5  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, ss. 4, 5 (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 175), 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16 (as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 2184), 47, 52, 60, 61, 62, 63, 64(1) (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 206(F)), 72.15 (as enacted by S.C. 2005, c. 50, s. 2).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Review of the proposed acquisition of an interest in Canadian Airlines International Ltd. cob under the firm name and style of Canadian Airlines International or Canadi\*n*, Decision No. 297-A-1993, dated May 27, 1993 (N.T.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC

S'agissant de la question de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal, la gouverneure en conseil avait commis une erreur de droit lorsqu'elle a interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers. L'article 7 de la Loi dispose que les télécommunications jouent un rôle essentiel pour l'identité et la souveraineté du Canada et établit un objectif de politique qui favorise l'accession à la propriété et le contrôle canadiens. Il n'est aucunement question d'« investissement étranger » ni « de capitaux, de technologie et de savoir-faire étrangers » dans la Loi. Aucun objectif de la politique prévu par la Loi n'a pour but de favoriser l'investissement étranger. La promotion du contrôle canadien devrait être le critère essentiel lorsqu'il y a une menace envers le contrôle canadien. Il appartient au législateur et non au gouverneur en conseil de réécrire la Loi. La gouverneure en conseil a aussi outrepassé les dispositions de la Loi lorsqu'elle a affirmé que son décret ne visait que Globalive. La gouverneure en conseil ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l'exclusion des autres intéressés qui pourraient se trouver dans une situation semblable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58, art. 42.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10.  
*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 4, 5 (mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 175), 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16 (mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 2184), 47, 52, 60, 61, 62, 63, 64(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206(F)), 72.15 (édicte par L.C. 2005, ch. 50, art. 2).  
*Loi sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 59.  
*Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484, art. 10.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Examen d'un projet d'acquisition d'un intérêt dans les Lignes aériennes Canadien International Ltée*, décision n° 297-A-1993, en date du 27 mai 1993 (O.N.T.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2010

62, [2010] 3 S.C.R. 585, 327 D.L.R. (4th) 527, 96 C.L.R. (3d) 1; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2010 FC 774, 371 F.T.R. 247; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, 314 D.L.R. (4th) 340, 98 Admin. L.R. (4th) 51; *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1, 409 N.R. 298; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, 327 D.L.R. (4th) 562, 13 Admin. L.R. (5th) 1; *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1, 1 N.R. 225; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, 317 D.L.R. (4th) 193, 99 Admin. L.R. (4th) 167; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, 392 N.R. 149; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, 226 D.L.R. (4th) 193, 50 Admin. L.R. (3d) 1; *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220, 1 C.P.C. 232 (Div. Ct.).

## REFERRED TO:

*Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 276, 60 C.P.R. (4th) 273, 370 N.R. 263; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, 400 N.R. 367.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Governor in Council (Order in Council P.C. 2009-2008) pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act* varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Telecom Decision CRTC 2009-678, as amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1) and determining that the respondent Globalive Wireless Management Corp. meets the requirements of section 16 of the Act and is eligible to operate as a telecommunications carrier in Canada. Application allowed.

## APPEARANCES

*John B. Laskin* and *Michael H. Ryan* for applicant.

*Robert B. MacKinnon* and *Alexander M. Gay* for respondent Attorney General of Canada.

*Thomas G. Heintzman, Q.C.*, *Malcolm M. Mercer* and *Anna Matas* for respondent Globalive Wireless Management Corp.

CF 774; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220, 1 C.P.C. 232 (C. div.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 276; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision prise par la gouverneure en conseil (Décret C.P. 2009-2008) en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications* pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (décision de télécom CRTC 2009-678, modifiée par la décision de télécom CRTC 2009-678-1) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'article 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*John B. Laskin* et *Michael H. Ryan* pour la demanderesse.

*Robert B. MacKinnon* et *Alexander M. Gay* pour le défendeur le procureur général du Canada.

*Thomas G. Heintzman, c.r.*, *Malcolm M. Mercer* et *Anna Matas* pour la défenderesse Globalive Wireless Management Corp.

*Kenneth E. Jull and Stephen R. Schmidt* for respondent TELUS Communications Company.  
*Steven Shrybman* for interveners.

*Kenneth E. Jull et Stephen R. Schmidt* pour la défenderesse TELUS Communications Company.  
*Steven Shrybman* pour les intervenants.

SOLICITORS OF RECORD

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for respondent Globalive Wireless Management Corp.

*TELUS Communications Company*, Ottawa, for respondent TELUS Communications Company.

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, for interveners.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, pour la demanderesse.

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

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse Globalive Wireless Management Corp.

*TELUS Communications Company*, Ottawa, pour la défenderesse TELUS Communications Company.

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, pour les intervenants.

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

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

[1] HUGHES J.: This is an application for judicial review brought under the provisions of 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)] of a decision dated December 10, 2009, made by the Governor in Council [*CRTC – Variation of Telecom Decision CRTC 2009-678*, Order in Council P.C. 2009-2008] pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38. By that decision, the Governor in Council varied a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), Telecom Decision CRTC 2009-678 [*Review of Globalive Wireless Management Corp. under the Canadian ownership and control regime*, as amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1]. The Governor in Council [at paragraph 23] determined that the respondent Globalive Wireless Management Corp. met the requirements of section 16 of the *Telecommunications Act* and is currently eligible to operate as a telecommunications common carrier in Canada.

[2] For the reasons that follow, I find that the applicant Public Mobile Inc. has standing to bring this application, that the decision of the Governor in Council is quashed, that the judgment will be stayed for 45 days and that costs are to be spoken to.

[1] LE JUGE HUGHES : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu de 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)], d'un décret pris par la gouverneure en conseil le 10 décembre 2009 [*CRTC – Modifie la décision de télécom CRTC 2009-678*, Décret C.P. 2009-2008] en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Par ce décret, la gouverneure en conseil a modifié une décision rendue par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil), à savoir la décision de télécom CRTC 2009-678 [*Examen de Globalive Wireless Management Corp. dans le cadre du régime de propriété et de contrôle canadiens*, modifiée par la décision de télécom CRTC 2009-678-1]. Elle a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'article 16 de la *Loi sur les télécommunications* et était admise, dès lors, à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada.

[2] Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que la demanderesse Public Mobile Inc. a qualité pour présenter la demande de contrôle judiciaire, que le décret de la gouverneure en conseil est annulé, que l'application du jugement est suspendue pendant 45 jours et que les

parties devront présenter des observations au sujet des dépens.

## INDEX

For convenience, these reasons are indexed as follows:

	<u>Paragraphs</u>
The Parties .....	3 to 7
Background Facts .....	8 to 13
Telecom Decision CRTC 2009-678 .....	14 to 37
The Governor in Council's Decision .....	38 to 59
Issues .....	60 to 61
Court's Supervisory Function—Section 18.1 .....	62 to 65
Issue 1 (a) Standing .....	66 to 79
(b) Alternative Remedy .....	80 to 83
Issue 2 (a) The <i>Telecommunications Act</i> ..	84 to 95
(b) Findings of Fact .....	96 to 104
(c) Legal Findings .....	105 to 119
Conclusions .....	120 to 121
Costs .....	122 to 123
Judgment .....	Page 59

## TABLE DES MATIÈRES

Par souci de commodité, je fournis une table des matières des présents motifs :

	<u>Paragraphs</u>
Les parties .....	3 à 7
Les faits .....	8 à 13
La décision de télécom CRTC 2009-678 ...	14 à 37
Le décret de la gouverneure en conseil ....	38 à 59
Les questions en litige .....	60 à 61
La fonction de surveillance de la Cour — Article 18.1 .....	62 à 65
La première question en litige	a) Qualité pour agir .... 66 à 79
(b) L'autre recours .....	80 à 83
La deuxième question en litige	(a) La <i>Loi sur les télécommunications</i> .....
(b) Les conclusions de fait .....	84 à 95
(c) Les conclusions de droit .....	96 à 104
(c) Les conclusions de droit .....	105 à 119
Conclusions .....	120 à 121
Les dépens .....	122 à 123
Jugement .....	Page 59

## THE PARTIES

[3] The applicant Public Mobile Inc. successfully participated in 2008 in an auction of radio frequency spectrum conducted by the Minister of Industry. As a result it proposed to commence operation as a telecommunications common carrier and to introduce wireless services sometime in 2010. Public Mobile received a letter from the CRTC stating that Public Mobile was required to satisfy the CRTC as to whether it complied with the Canadian ownership requirements of the *Telecommunications Act*. The record indicates that as of the date of filing of the record, Public Mobile was engaged in hearings before the CRTC in this respect.

[4] The respondent Attorney General of Canada represents the Governor in Council in these proceedings.

[5] The respondent Globalive Wireless Management Corp. also successfully participated in the auction of radio frequency spectrum in securing the right to use radio frequencies that would permit it to provide wireless telecommunications services to the public subject to compliance with the provisions of the *Telecommunications Act*. The CRTC held a hearing as to whether Globalive complied with the Canadian ownership requirements of that Act. The CRTC, in its decision, determined that Globalive did not meet the provisions of subsection 16(1) of that Act in that it was controlled by a non-Canadian. The decision of the Governor in Council reversed that determination.

[6] The respondents Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. and TELUS Communications Company, like Public Mobile and Globalive, also successfully participated in the auction of radio frequency spectrum. They were not required to demonstrate to the CRTC that they met the requirements of the *Telecommunications Act*, presumably since they had already been offering and providing wireless communication services in Canada. Only TELUS appeared in these proceedings. It made submissions at the hearing supportive of the positions taken by the applicant Public Mobile.

## LES PARTIES

[3] En 2008, la demanderesse Public Mobile Inc. a participé avec succès à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences tenue par le ministre de l'Industrie. Elle a par la suite proposé de commencer à opérer comme entreprise de télécommunication à un moment donné en 2010. Public Mobile a reçu une lettre du Conseil l'avisant qu'elle devait le convaincre qu'elle respectait les exigences relatives à la propriété fixées par la *Loi sur les télécommunications*. Le dossier révèle que Public Mobile participait à des audiences devant le Conseil à ce sujet en date du dépôt du dossier.

[4] Le procureur général du Canada, défendeur, représente la gouverneure en conseil en l'espèce.

[5] La défenderesse Globalive Wireless Management Corp. a également participé avec succès à la vente aux enchères du spectre des radiofréquences et a obtenu le droit de se servir de radiofréquences qui lui permettraient d'offrir des services de télécommunication sans fil au public, à la condition qu'elle respecte les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*. Le Conseil a tenu une audience quant à la question de savoir si Globalive respectait l'exigence de propriété canadienne imposée par cette Loi. Le Conseil, dans sa décision, a conclu que Globalive ne respectait pas les dispositions du paragraphe 16(1) de cette Loi parce qu'elle était contrôlée par un non-Canadien. Le décret de la gouverneure en conseil a annulé la décision du Conseil.

[6] Les défenderesses Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. et TELUS Communications Company, tout comme Public Mobile et Globalive, ont aussi participé avec succès à la vente aux enchères du spectre des radiofréquences. Elles n'ont pas eu à convaincre le Conseil qu'elles respectaient les exigences de la *Loi sur les télécommunications*, sans doute parce qu'elles offraient et fournissaient déjà des services de télécommunications sans fil au Canada. Seule TELUS a participé à la présente instance. Lors de l'audience, elle a présenté des observations à l'appui de la position de la demanderesse Public Mobile.

[7] The Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and Friends of Canadian Broadcasting were each granted intervener status in these proceedings. They were commonly represented by the same counsel who provided written submissions and addressed the Court at the hearing. Those submissions were supportive of the positions taken by the applicant Public Mobile.

## BACKGROUND FACTS

[8] Long-distance wireless telecommunication in Canada is governed by federal statutes, including the *Telecommunications Act*, above, and the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 [s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2)] and its Regulations [*Radiocommunication Regulations*], SOR/96-484. The *Telecommunications Act* has an unusual history. It can be traced back to *The Railway Act*, 1903, S.C. 1903, c. 58, although it has undergone several revisions, consolidations and new enactments since that time.

[9] Wireless telecommunication is enabled by electronic devices which make use of the electromagnetic spectrum. This spectrum encompasses a broad range of radio frequencies which are treated as a public resource owned and administered by the federal government. The government determines what frequencies may be used by what persons and for what purposes. Certain portions of the frequency spectrum may become available for commercial use, such as by those offering cell phone services, and have been sold by auction conducted by the federal government. The auction relevant to the issues here commenced in the latter part of 2007 when the federal government publicly announced the licensing framework for the issuance of spectrum licences in the Advanced Wireless Services (AWS) band. The auction was held in mid-2008 and several parties were successful in acquiring AWS spectrum licences. Among them were Globalive, Public Mobile, Bell, Rogers, Shaw and TELUS. Sums ranging up to over \$900 million dollars were paid by various of these parties for such licences. Globalive paid over \$440 million for its licences.

[7] L'Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et les Friends of Canadian Broadcasting ont tous obtenu le statut d'intervenant en l'espèce. Ils étaient tous représentés par le même avocat, qui a présenté des observations écrites et a pris parole devant la Cour lors de l'audience. Ces observations appuyaient la position de la demanderesse Public Mobile.

## LES FAITS

[8] Au Canada, la télécommunication sans fil longue distance est régie par des lois fédérales, notamment par la *Loi sur les télécommunications* et par la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2 [art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2)], et son règlement d'application, le *Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484 (le Règlement). L'histoire de la *Loi sur les télécommunications* est inhabituelle. Elle remonte à l'*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58, mais elle a fait l'objet de plusieurs révisions, refontes et modifications depuis ce temps.

[9] La télécommunication sans fil est rendue possible grâce à des dispositifs électroniques qui utilisent le spectre électromagnétique. Ce spectre comprend un grand éventail de radiofréquences qui sont considérées comme une ressource publique dont le gouvernement fédéral est le propriétaire et l'administrateur. Le gouvernement détermine les fréquences utilisables, les personnes pouvant les utiliser et l'objet de leur utilisation. Certaines parties du spectre des fréquences peuvent être destinées à des fins commerciales, comme celles permettant d'offrir les services de téléphone cellulaire, et elles ont fait l'objet de ventes aux enchères par le gouvernement fédéral. La vente aux enchères pertinente quant aux enjeux en l'espèce a débuté vers la fin de l'année 2007, lorsque le gouvernement fédéral a annoncé publiquement le cadre relatif à la délivrance de licences du spectre pour la bande de services sans fil évolués (SSFE). La vente aux enchères a été tenue au milieu de l'année 2008 et plusieurs parties ont réussi à obtenir des licences du spectre pour les SSFE, notamment Globalive, Public Mobile, Bell, Rogers, Shaw et TELUS. Certaines de ces parties ont payé des sommes s'élevant jusqu'à 900 millions de

[10] The successful bidders then had to obtain a licence from the Minister of Industry under the provision of the *Radiocommunication Act* and the Regulations, above. Among the matters upon which the Minister had to be satisfied was that the party was “Canadian-owned and controlled” within the meaning of section 10 of those Regulations. This section uses wording identical to subsection 16(3) of the *Telecommunications Act*, which will be discussed later. The Minister did not hold hearings or deliver a reasoned decision under the *Radiocommunication Regulations*. A licence was simply issued. All parties, including Public Mobile, Globalive, TELUS and the other corporate respondents, received such a licence.

[11] The second hurdle was for Public Mobile and Globalive to demonstrate to the CRTC that each of them met the eligibility requirements of the *Telecommunications Act* and, in particular, Canadian ownership and control. For this purpose, these parties had to provide information and make submissions to the CRTC. The CRTC also invited submissions from other interested persons. It conducted separate hearings for each of Globalive and Public Mobile Inc. in public and *in camera*. On October 29, 2009, the CRTC released its Telecom Decision CRTC 2009-678 respecting Globalive. It determined that Globalive was in fact controlled by a non-Canadian and, therefore, it did not meet the requirements of section 16 of the *Telecommunications Act*, and was not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[12] Section 12 of the *Telecommunications Act* provides that, within a stipulated period, the Governor in Council may, on petition presented to it, or on its own motion, by order, vary or rescind a CRTC decision or send all or a portion of it back for reconsideration. In this case, the Governor in Council on its own motion undertook a review of the CRTC decision. Section 13 of the Act requires that each province be given the opportunity to make submissions. This was done. The parties, including Globalive and Public Mobile, made further written submissions to the Governor in Council. Other submissions may have

dollars pour obtenir de telles licences. Globalive a payé plus de 440 millions de dollars pour ses licences.

[10] Par la suite, suivant les dispositions de la *Loi sur la radiocommunication* et son règlement d’application, précités, les soumissionnaires retenus devaient obtenir une licence du ministre de l’Industrie. Il fallait notamment que les parties convainquent le ministre qu’elles « [sont] la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien » au sens de l’article 10 du Règlement. Cet article reprend mot pour mot le paragraphe 16(3) de la *Loi sur les télécommunications*, que j’examinerai ci-dessous. Le ministre n’a pas tenu d’audience ni fourni de décision motivée suivant le Règlement. Il a tout simplement délivré une licence. Toutes les parties, y compris Public Mobile, Globalive, TELUS et les autres sociétés défenderesses, ont reçu une telle licence.

[11] Public Mobile et Globalive devaient ensuite franchir une seconde étape, soit montrer au Conseil qu’elles respectaient les conditions d’admissibilité imposées par la *Loi sur les télécommunications* et, en particulier, l’exigence de propriété et de contrôle canadiens. À cette fin, elles devaient fournir des renseignements et présenter des observations au Conseil, qui a aussi demandé à d’autres intéressés de présenter des observations. Le Conseil a tenu des audiences publiques et à huis clos distinctes pour Globalive et pour Public Mobile. Le 29 octobre 2009, le Conseil a rendu sa décision de télécom CRTC 2009-678 concernant Globalive. Il a conclu que Globalive était de fait contrôlée par un non-Canadien, qu’elle ne respectait donc pas l’exigence imposée par l’article 16 de la *Loi sur les télécommunications* et qu’elle n’était pas, dès lors, admissible à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada.

[12] L’article 12 de la *Loi sur les télécommunications* dispose que, dans un délai donné, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite, modifier ou annuler une décision du Conseil ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience. En l’espèce, la gouverneure en conseil a, de sa propre initiative, procédé à une révision de la décision du Conseil. L’article 13 de la *Loi sur les télécommunications* prévoit que chaque province doit avoir l’occasion de présenter des observations, ce qui a été fait. Les parties, y compris Globalive

also been received. The Attorney General's counsel was asked by the applicant's counsel to produce copies of the documents referred to by the Governor in Council in coming to its decision. The Attorney General's counsel refused to do so.

[13] On December 10, 2009, the Governor in Council released its decision P.C. 2009-2008, the effect of which was to vary the CRTC decision aforesaid, and to determine that Globalive was not controlled in fact by a non-Canadian, and thus was eligible to operate in Canada as a telecommunications common carrier. This is the decision that is the subject of this judicial review.

#### TELECOM DECISION CRTC 2009-678

[14] The CRTC released its Telecom Decision CRTC 2009-678, respecting whether Globalive fell within the provisions of the *Telecommunications Act*, on 29 October 2009. The CRTC determined that Globalive did not meet the requirements set out in section 16 of the Act and was currently not eligible to operate as a telecommunications common carrier. It concluded at paragraph 119 of its decision:

119. In light of all the above, the Commission finds that Globalive is controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, the Commission concludes that Globalive does not meet the requirements set out in section 16 of the Act and is not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[15] The evidence before the CRTC constituted documents and submissions from Globalive. It appears that during the course of the proceedings, Globalive made certain amendments to some of the documents, particularly those related to financing arrangements between it and an entity known as Orascom Telecom Holding (Canada) Limited.

[16] At paragraph 30 of its decision, the CRTC determined that Orascom was a non-Canadian entity within

et Public Mobile, ont présenté des observations écrites supplémentaires à la gouverneure en conseil. La gouverneure en conseil a peut-être reçu d'autres observations. L'avocat de la demanderesse a demandé à l'avocat du procureur général de lui fournir des copies des documents invoqués par la gouverneure en conseil dans son décret, mais l'avocat du procureur général a refusé de les lui fournir.

[13] Le 10 décembre 2009, la gouverneure en conseil a pris le décret C.P. 2009-2008, suivant lequel la décision du Conseil mentionnée précédemment a été modifiée, et elle a conclu que Globalive n'était pas contrôlée de fait par un non-Canadien et qu'elle était donc admissible à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada. Il s'agit de la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

#### LA DÉCISION DE TÉLÉCOM CRTC 2009-678

[14] Le Conseil a rendu sa décision de télécom CRTC 2009-678 portant sur la question de savoir si Globalive respectait les dispositions de la *Loi sur les télécommunications* le 29 octobre 2009. Le Conseil a conclu que Globalive ne répondait pas aux exigences énoncées à l'article 16 de cette Loi et qu'elle n'était pas dès lors admise à opérer comme entreprise de télécommunication. Il a conclu de la façon suivante au paragraphe 119 de sa décision :

119. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil établit que Globalive est contrôlée de fait par Orascom, un non Canadien. Par conséquent, le Conseil conclut que Globalive ne répond pas aux exigences énoncées à l'article 16 de la *Loi* et qu'elle n'est pas actuellement admise à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne.

[15] La preuve dont disposait le Conseil était composée des documents et des observations de Globalive. Il semble que, pendant l'instance, Globalive ait apporté certaines modifications à quelques-uns des documents, particulièrement à ceux portant sur les ententes financières entre elle et une organisation nommée Orascom Telecom Holding (Canada) Limited.

[16] Au paragraphe 30 de la décision, le Conseil a conclu qu'Orascom était une entité non canadienne au



the meaning of the Regulations. This finding was not challenged by the Governor in Council.

[17] The matter of principal concern for the CRTC was whether Globalive met the requirements of subsection 16(3) of the *Telecommunications Act*, which states:

16. ...

Canadian  
ownership  
and control

(3) For the purposes of subsection (1), a corporation is Canadian-owned and controlled if

(a) not less than eighty per cent of the members of the board of directors of the corporation are individual Canadians;

(b) Canadians beneficially own, directly or indirectly, in the aggregate and otherwise than by way of security only, not less than eighty per cent of the corporation's voting shares issued and outstanding; and

(c) the corporation is not otherwise controlled by persons that are not Canadians.

[18] The first two of these provisions (a) and (b) are what are referred to as “legal control”. The CRTC found that Globalive met these requirements. The Governor in Council did not vary that finding. That finding was not challenged at the hearing before me.

[19] The point of controversy between the CRTC and the Governor in Council, and as argued before me at the hearing, was whether Globalive met the provision of paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act*. This provision is referred to as “control in fact”. The CRTC began its discussion as to this point at paragraphs 34 and 35 with reference to what has been called the *Canadian Airlines* decision [*Review of the proposed acquisition of an interest in Canadian Airlines International Ltd. cob under the firm name and style of Canadian Airlines International or Canadi\*n*, Decision No. 297-A-1993, dated May 27, 1993 (N.T.A.)]. The Governor in Council acknowledged that this decision was pertinent and no challenge in that respect was raised at the hearing before me. The CRTC wrote at paragraphs 34 and 35 of its decision:

sens du Règlement. Cette conclusion n’a pas été contestée par la gouverneure en conseil.

[17] Le cœur de l’affaire, selon le Conseil, était la question de savoir si Globalive respectait les exigences imposées par le paragraphe 16(3) de la *Loi sur les télécommunications*, qui est ainsi libellé :

16. [...]

(3) Pour l’application du paragraphe (1), est la propriété de Canadiens et est contrôlée par ceux-ci la personne morale :

Contrôle et  
propriété  
canadiens

a) dont au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs sont des Canadiens;

b) dont au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou indirecte, de Canadiens, à l’exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement;

c) qui n’est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.

[18] Les deux premiers alinéas, soit les alinéas a) et b), portent sur ce qu’on appelle le « contrôle de droit ». Le Conseil a conclu que Globalive respectait ces exigences. Cette conclusion n’a pas été modifiée par la gouverneure en conseil et n’a pas été contestée en l’espèce.

[19] La question en litige opposant le Conseil et la gouverneure en conseil et celle qui a été débattue lors de l’audience était de savoir si Globalive respectait l’exigence imposée à l’alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications*. Cette exigence porte sur ce qu’on appelle le « contrôle de fait ». Le Conseil, au début de son examen de cette question aux paragraphes 34 et 35, a renvoyé à ce qu’il a appelé la décision *Lignes aériennes Canadien* [*Examen d’un projet d’acquisition d’un intérêt dans les Lignes aériennes Canadien International ltée*, décision n° 297-A-1993, en date du 27 mai 1993 (O.N.T.)]. La gouverneure en conseil a reconnu que cette décision était pertinente, et aucune contestation à cet égard n’a été présentée lors de l’audience. Le Conseil a écrit ce qui suit aux paragraphes 34 et 35 de sa décision :

**Control in fact**

34. As noted in Broadcasting Decision (the CanWest decision) and applied in Broadcasting Decision (the BCE decision), the Commission considers that the appropriate test for assessing control in fact was set out in the Canadian Airlines decision of the National Transportation Agency, now the Canadian Transportation Agency. In that decision, the National Transportation Agency found that:

... There is no one standard definition of control in fact but generally, it can be viewed as the ongoing power or ability, whether exercised or not, to determine or decide the strategic decision-making activities of an enterprise. It can also be viewed as the ability to manage and run the day-to-day operations of an enterprise. Minority shareholders and their designated directors normally have the ability to influence a company as do others such as bankers and employees. The influence, which can be exercised either positively or negatively by way of veto rights, needs to be dominant or determining, however, for it to translate into control in fact.

35. The National Transportation Agency went on to say that the determination of control in fact turns on the consideration of individual factors which, taken together, may result in a minority shareholder exerting control:

In all previous Canadian ownership reviews and enquiries, the Agency has not only looked at individual arrangements between the shareholders and the air carrier to determine where control in fact lies but has also examined all arrangements taken together to make the determination. Individual arrangements between the minority shareholder and the airline can each result in the minority shareholder exerting a degree of influence over the company. **Such influence, considered on an individual arrangement basis, may not be determining and may not result in the minority shareholder being able to exert control over the airline. All such influence taken together, however, may result in the minority shareholder being able to exert a degree of influence which translates into control.** [Footnotes omitted.]

[20] At paragraphs 36 and 37 of its decision, the CRTC acknowledged that a careful consideration of the facts in a particular case was required, and enumerated four major matters that it would consider:

**Contrôle de fait**

34. Comme il est indiqué dans la décision de radiodiffusion (la décision CanWest) et appliqué dans la décision de radiodiffusion (la décision BCE), le Conseil estime que le critère pertinent à l'évaluation du contrôle de fait a été énoncé dans la décision sur les Lignes aériennes Canadien de l'Office national des transports qui s'appelle aujourd'hui l'Office des transports du Canada. Dans cette décision, l'Office des transports du Canada a conclu :

Il n'existe pas de définition standard de contrôle de fait, mais de façon générale, il peut être considéré comme le pouvoir ou la capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel d'une entreprise sur ses activités. On peut également l'interpréter comme étant la capacité de gérer les activités quotidiennes d'une entreprise. Les actionnaires minoritaires et leurs administrateurs désignés ont normalement la capacité d'influencer une entreprise, ainsi que d'autres comme les banquiers et les employés. Mais l'influence, qui peut s'exercer de façon positive ou négative au moyen de droits de veto, doit être dominante ou déterminante pour qu'elle se traduise par un contrôle de fait.

35. L'Office des transports du Canada a poursuivi en disant que la détermination du contrôle de fait tient compte de facteurs individuels qui, pris ensemble, peuvent donner le contrôle à un actionnaire minoritaire :

Dans tous les examens et enquêtes antérieurs sur la propriété canadienne, l'Office a non seulement examiné les accords individuels entre les actionnaires et la compagnie aérienne pour déterminer où s'exerce le contrôle de fait, mais également tous les accords pris ensemble. Les accords individuels conclus entre l'actionnaire minoritaire et la compagnie aérienne peuvent aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire sur la compagnie. **Cette influence, dans le cadre d'un accord individuel, peut n'être pas déterminante et peut ne pas aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire sur la compagnie aérienne. Mais ces influences prises ensemble peuvent aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire, ce qui se traduit par un contrôle.** [Notes en bas de pages omises.]

[20] Aux paragraphes 36 et 37 de sa décision, le Conseil a reconnu que, dans une affaire donnée, il fallait mener un examen minutieux des faits et a énuméré quatre sujets importants dont il tiendrait compte :

36. A determination of control in fact necessarily involves careful consideration of the facts in a particular case. Accordingly, past Commission decisions with respect to ownership and control are not binding or determinative. However, they are useful in providing guidance for the interpretation and application of the test for control in fact.
37. Based on an analysis of all the information submitted in the course of this proceeding, the Commission considers that the following matters raise concerns relating to control in fact:
- corporate governance;
  - shareholder rights;
  - commercial arrangements between Globalive and non-Canadians; and
  - economic participation of Globalive and non-Canadians.
36. La détermination du contrôle de fait implique nécessairement l'étude des faits dans un cas donné. Par conséquent, les décisions antérieures du Conseil relatives à la propriété et au contrôle ne sont pas exécutoires ou déterminantes. Elles sont cependant utiles pour de futures interprétations et applications du critère de contrôle de fait.
37. À la suite d'une analyse de tous les renseignements présentés dans le cadre de la présente instance, le Conseil estime que les sujets ci-dessous soulèvent des préoccupations relatives au contrôle de fait :
- la gouvernance de l'entreprise;
  - les droits des actionnaires;
  - les ententes commerciales conclues entre Globalive et des non-Canadiens;
  - la participation économique de Globalive et des non-Canadiens.

[21] As to the first of these four matters, corporate governance, the CRTC determined that consideration of three points was required: composition of boards of directors, quorum provisions, and the appointment of officers. At paragraph 38 of its decision, it wrote:

#### **Corporate governance**

38. As noted in the BCE and CanWest decisions, specific corporate governance arrangements may have substantial implications for control in fact. In the present case, the relevant arrangements include those with respect to the composition of the boards of directors, quorum provisions, and the appointment of officers.

[22] On the first point, composition of the boards of directors, the CRTC analysed the facts and determined, at paragraph 45, that certain amendments were required to satisfy it on this point:

45. In the present case, the Commission considers that the revised board structure, including the role and composition of the selection committee, does not ensure that the nominees of the Canadian shareholder are sufficient in number to offset the influence of Orascom, a non-Canadian shareholder. In order to address this point, Globalive would have to amend its Shareholders' Agreement and

[21] En ce qui concerne le premier de ces quatre sujets, la gouvernance de l'entreprise, le Conseil a conclu qu'il fallait considérer trois points : la composition des conseils d'administration, les dispositions relatives au quorum et la nomination des dirigeants. Le Conseil a écrit ce qui suit au paragraphe 38 de sa décision :

#### **Gouvernance de l'entreprise**

38. Comme l'indiquent les décisions BCE et CanWest, certaines ententes relatives à la gouvernance de l'entreprise peuvent avoir des répercussions importantes sur le contrôle de fait. Dans le cas présent, les ententes pertinentes comprennent celles qui portent sur la composition des conseils d'administration, les dispositions relatives au quorum et la nomination des dirigeants.

[22] En ce qui a trait au premier point, la composition des conseils d'administration, le Conseil a analysé les faits et a conclu, au paragraphe 45, que Globalive devait apporter certaines modifications si elle voulait le convaincre qu'elle respectait ce point :

45. Dans le cas présent, le Conseil estime que la structure révisée des conseils d'administration, y compris le rôle et la composition du comité de sélection, ne garantit pas que le nombre des représentants de l'actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l'influence d'Orascom, un actionnaire non canadien. Afin de résoudre ce point, Globalive devrait modifier son entente des actionnaires et

corporate documents such that on each of the two boards, AAL nominates five directors, Orascom nominates four directors, and AAL and Orascom each nominate one Independent Director. There would be no further need for a selection committee.

[23] On the second point, quorum provisions, the CRTC concluded at paragraph 49 that provided amendments were made as requested in paragraph 45, the quorum provisions could be satisfied:

*Commission's analysis and determination*

49. Provided that the boards are reconstituted according to paragraph 45 above, the Commission considers that the revised quorum provisions ensure that the number of nominees of the Canadian shareholder is sufficient to offset the influence of Orascom.

[24] On the third point, appointment of officers, the CRTC determined that it had no concern. At paragraph 53 it wrote:

53. The Commission has no concern with regard to the appointment of officers under the revised structure.

[25] The second major matter addressed by the CRTC was shareholders' rights. In this regard, commencing at paragraph 54 of its decision, the CRTC dealt with liquidity rights, eligible purchasers and veto rights. It concluded as to the first, liquidity rights, at paragraph 59 of its decision that, even in their revised form, liquidity rights provided an indication of Orascom's influence over the venture:

*Commission's analysis and determination*

59. The Commission considers that the liquidity rights in the revised documents are an improvement on the array of rights originally granted to Orascom as minority voting shareholder. Nevertheless, the liquidity rights, even in their revised form, provide an indication of Orascom's influence over the venture. The specification of a floor price and the imposition of a cap on the proceeds generated in the event that AAL sells its shares are inconsistent with the relative voting interests of the shareholders.

ses documents d'entreprise de façon à ce qu'à chacun des deux conseils d'administration, AAL nomme cinq administrateurs, Orascom en nomme quatre, et AAL et Orascom nomment chacune un administrateur indépendant. Il ne serait plus nécessaire d'avoir un comité de sélection.

[23] En ce qui concerne le deuxième point, les dispositions relatives au quorum, le Conseil a conclu au paragraphe 49 que, si Globalive apportait les modifications demandées au paragraphe 45, elle respecterait ce point :

*Résultats de l'analyse du Conseil*

49. À condition que les conseils d'administration soient reconstitués conformément au paragraphe 45 ci-dessus, le Conseil estime que les conditions révisées pour l'assurance du quorum garantissent que le nombre des représentants de l'actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l'influence d'Orascom.

[24] En ce qui a trait au troisième point, la nomination des dirigeants, le Conseil a conclu qu'il n'y voyait aucun problème. Il a écrit ce qui suit au paragraphe 53 :

53. Le Conseil n'a pas d'objection à la nomination des membres de la direction selon la structure révisée.

[25] Le deuxième sujet principal sur lequel le Conseil s'est penché concernait les droits des actionnaires. À cet égard, le Conseil a examiné, à partir du paragraphe 54 de sa décision, les droits de liquidité, les acheteurs admissibles et les droits de veto. Au paragraphe 59 de sa décision, il a conclu, en ce qui concerne le premier point, que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnaient une indication de l'influence d'Orascom sur l'entreprise :

*Résultats de l'analyse du Conseil*

59. Le Conseil estime que les droits de liquidité figurant dans les documents révisés représentent une amélioration par rapport à la kyrielle des droits accordés au départ à Orascom en tant qu'actionnaire minoritaire avec droit de vote. Il n'en demeure pas moins que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnent une indication de l'influence d'Orascom sur l'entreprise. La spécification d'un prix plancher et l'imposition d'un plafond sur le produit de la vente éventuelle des actions d'AAL ne va pas dans le sens des intérêts avec droit de vote relatifs des actionnaires.

[26] On the second point, eligible purchasers, the CRTC concluded at paragraph 64 of its decision that certain amendments were required:

64. Accordingly, the Commission considers that Globalive should amend the definition of Strategic Competitor to include only entities which, taken together with their affiliates, hold more than a 10 percent share of the Canadian wireless market on a per-subscriber basis.

[27] On the third point, veto rights, the CRTC concluded at paragraphs 71 and 72 of its decision that further amendments were required:

*Commission's analysis and determination*

71. The Commission notes that the modifications made to the veto rights are substantial. The addition of an ordinary course of business exception is an important step in allaying concerns that the veto rights grant Orascom influence over the operation of the wireless business. However, the Commission considers that the value of the spectrum is not an appropriate foundation on which to base the five percent veto threshold. The Commission considers that Globalive's enterprise value is a more appropriate measure.

72. Accordingly, the monetary threshold for vetoes should be set at five percent of Globalive's enterprise value as determined by its board every two years, based on a third-party valuation.

[28] The third major matter addressed by the CRTC was commercial arrangements between Globalive and non-Canadians. In that respect, the CRTC considered a Technical Services Agreement (TSA) and a Trademark Agreement.

[29] With respect to the TSA, the CRTC determined that such an agreement resulted in continued influence by Orascom over operating and strategic decisions related to Globalive's network. It wrote at paragraphs 82 to 84 of its decision:

*Commission's analysis and determination*

82. The Commission accepts that the TSA is a dual-purpose agreement in that it allows Globalive access to Orascom's

[26] Quant au deuxième point, les acheteurs admissibles, le Conseil a conclu au paragraphe 64 de sa décision que Globalive devait apporter un certain nombre de modifications :

64. Par conséquent, le Conseil estime que Globalive devrait modifier la définition de concurrent stratégique afin de n'inclure que les entités qui, avec les affiliées, détiennent une participation supérieure à 10 % du marché canadien des services sans fil en fonction des revenus par abonné.

[27] En ce qui concerne le troisième point, les droits de veto, le Conseil a conclu aux paragraphes 71 et 72 de sa décision que d'autres modifications étaient nécessaires :

*Résultats de l'analyse du Conseil*

71. Le Conseil fait remarquer que les modifications apportées aux droits de veto sont considérables. L'ajout d'une exception relative à l'exercice normal des activités de l'entreprise constitue un pas important vers l'élimination des préoccupations selon lesquelles les droits de veto permettent à Orascom d'exercer son influence sur les activités du domaine du sans fil. Toutefois, le Conseil estime que la valeur du spectre ne constitue pas un fondement sur lequel s'appuyer pour établir le seuil de 5 %. Le Conseil est d'avis que la valeur d'affaire de Globalive est une mesure plus appropriée.

72. Par conséquent, la valeur monétaire des droits de veto devrait être fixée à 5% de la valeur d'affaire de Globalive telle qu'elle est fixée par son conseil aux deux ans, d'après la valeur établie par un tiers.

[28] Le troisième sujet principal examiné par le Conseil concernait les ententes commerciales conclues entre Globalive et des non-Canadiens. À cet égard, le Conseil a tenu compte d'une entente de services techniques (l'EST) et d'un accord sur l'utilisation d'une marque de commerce.

[29] Quant à l'EST, le Conseil a conclu qu'une telle entente faisait en sorte qu'Orascom continuerait d'exercer une influence sur les décisions d'ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 82 à 84 de sa décision :

*Résultats de l'analyse du Conseil*

82. Le Conseil admet que l'EST a un double objectif. D'une part, cette entente permet à Globalive de profiter de

considerable wireless operating expertise, including access to its global, preferred purchasing power, and it provides Orascom with certain financial benefits. The Commission notes that under the revised TSA, Globalive must pay a fixed fee to Orascom irrespective of whether services are rendered, and if it terminates the agreement, it must pay Orascom either an amount to be negotiated or \$100 million less fees already paid, depending on the circumstances.

83. Moreover, the Commission notes that the TSA provides Globalive with benefits that operate as key determinants of its success. It is this reliance by Globalive on Orascom that defines their relationship and allows Orascom the opportunity to influence a wide range of operating and strategic decisions.

84. Given the significant benefits Globalive derives from the TSA, the Commission is of the view that Globalive will maintain the TSA for the foreseeable future. Consequently, the Commission considers that Orascom will continue to have influence over operating and strategic decisions related to Globalive's network.

[30] With respect to the Trademark Agreement (WIND), the CRTC determined that it provided Orascom with influence over Globalive. It wrote at paragraph 89:

89. However, the Commission finds that Globalive's adoption and use of a trademark belonging to an Orascom affiliate do provide Orascom (or its controlling shareholder) with influence over Globalive because Orascom has the power to limit how the brand can be used.

[31] The final major matter considered by the CRTC was economic participation of Globalive and non-Canadians. On this matter, the CRTC considered both equity participation and financing arrangements.

[32] As to equity participation, the CRTC determined that while there was an avenue of influence, it was not sufficient to convert that influence to control. It wrote at paragraphs 90 and 94:

l'importante expertise que possède Orascom dans le domaine de l'exploitation du sans-fil, et d'avoir accès au pouvoir d'achat global et privilégié de la firme. D'autre part, elle permet à Orascom de tirer certains avantages financiers. Le Conseil fait remarquer que, aux termes de l'EST révisée, Globalive doit payer un montant fixe à Orascom, que les services soient rendus ou non, et si elle résilie l'entente, elle devra lui verser, selon les circonstances, un montant qui sera alors négocié ou 100 millions de dollars, moins les montants déjà versés.

83. Le Conseil ajoute que l'EST confère à Globalive des avantages qui constituent des éléments déterminants de sa réussite. C'est d'ailleurs cette dépendance de Globalive qui définit la relation entre les deux entreprises et qui permet à Orascom d'orienter un large éventail de décisions en matière de fonctionnement et de stratégies.

84. Étant donné que Globalive tire de grands avantages de l'EST, le Conseil est d'avis que, dans l'avenir prévisible, Globalive conservera l'entente. Ainsi, le Conseil estime qu'Orascom continuera d'exercer une influence sur les décisions d'ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive.

[30] En ce qui concerne l'accord sur l'utilisation d'une marque de commerce (WIND), le Conseil a conclu que cet accord permettait à Orascom d'exercer une influence sur Globalive. Il a écrit ce qui suit au paragraphe 89 :

89. Toutefois, le Conseil établit que Globalive, en adoptant et en utilisant une marque de commerce qui appartient à une affiliée d'Orascom, permet à Orascom (ou à son actionnaire majoritaire) d'exercer une influence sur elle parce qu'Orascom peut restreindre l'utilisation qui est faite de la marque de commerce en question.

[31] Le dernier sujet principal sur lequel s'est penché le Conseil était la participation économique de Globalive et des non-Canadiens. À cet égard, le Conseil a tenu compte de la participation dans les capitaux propres et des accords de financement.

[32] En ce qui a trait à la participation dans les capitaux propres, le Conseil a conclu que, bien que cette participation laissait place à l'exercice d'une influence, elle ne suffisait pas à transformer l'influence en contrôle. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 90 et 94 :

## Economic participation of Globalive and non-Canadians

### A. Equity participation

90. The overall equity positions of the shareholders are the same under both the pre-hearing and the revised structures. The combination of Orascom's voting and non-voting shares in GIHC translates into 65.1 percent of Globalive's total equity.

...

94. Orascom's equity participation is 65.1 percent, which is consistent with levels of non-Canadian investment previously approved by the Commission. The Commission is of the view that, while in the circumstances of this case the level of equity participation provides an avenue for influence, it is not sufficient on its own to convert that influence into control. [Footnote omitted.]

[33] As to the financing arrangements, the CRTC devoted much attention to this matter in its decision and determined, at paragraph 112, that the high level of debt in the hands of a non-Canadian was unacceptable. The CRTC began its discussion at paragraphs 95 and 96 of its decision:

### B. Financing arrangements

95. Orascom is the source of the vast majority of Globalive's debt, having advanced \$442.4 million by way of a Spectrum Loan Agreement dated 31 July 2008 and committed a further \$66 million under an Operating Loan Agreement dated 23 March 2008, for a total commitment of \$508.4 million (collectively, the Orascom loan agreements). In addition to the Orascom loans, GCC, a wholly-owned subsidiary of GIHC, committed \$400,000 to Globalive by way of a Loan Agreement dated 14 April 2008.

96. According to the pre-hearing loan documents, the loans were to be due in full in August 2011, including an initial term and extensions. Interest was set at a rate of LIBOR plus 12 percent for the initial term, LIBOR plus 15 percent for the first extension, and LIBOR plus 18 percent for the subsequent extension. [Footnote omitted.]

## Participation économique de Globalive et de non Canadiens

### A. Participation dans les capitaux propres

90. La participation globale des actionnaires est la même aux termes de la structure préalable à l'audience et de la structure révisée. Combinées, les actions avec droit de vote et les actions sans droit de vote qu'Orascom détient dans GIHC représentent 65,1 % de tous les capitaux propres de Globalive.

[...]

94. La participation d'Orascom s'établit à 65,1 %, ce qui respecte les niveaux d'investissements non canadiens que le Conseil a approuvés antérieurement. Le Conseil estime que, dans les circonstances de l'affaire qui l'occupe, le niveau de participation financière laisse place à l'exercice d'une influence, mais l'existence de cette possibilité ne suffit pas, à elle seule, à transformer l'influence en contrôle. [Note en bas de page omise.]

[33] Quant aux accords de financement, le Conseil s'est longuement penché sur ce point dans sa décision et il a conclu au paragraphe 112 que le haut niveau d'endettement de Globalive à l'endroit d'un non-Canadien n'était pas acceptable. Le Conseil a commencé son analyse aux paragraphes 95 et 96 de sa décision :

### B. Accords de financement

95. Orascom est le principal créancier de Globalive. Orascom lui a avancé 442,4 millions de dollars aux termes d'un contrat de prêt pour l'achat de fréquences daté du 31 juillet 2008 et lui a garanti une somme supplémentaire de 66 millions de dollars aux termes d'un contrat de prêt d'exploitation daté du 23 mars 2008, soit un engagement total de 508,4 millions de dollars (collectivement les accords de prêts d'Orascom). En plus des prêts consentis par Orascom, GCC, filiale à part entière de GIHC, a consenti un prêt de 400 000 \$ à Globalive aux termes d'un contrat de prêt daté du 14 avril 2008.

96. D'après les contrats de prêts préalables à l'audience, les montants étaient exigibles en totalité en août 2011, y compris une échéance initiale et des prolongations. Le taux d'intérêt était fixé au taux LIBOR plus 12 % pour l'échéance initiale, au taux LIBOR plus 15 % pour la première prolongation et au taux LIBOR plus 18 % pour la deuxième prolongation. [Note en bas de page omise.]

[34] The CRTC's determination as to the financing arrangements led it to conclude that they were unacceptable. It wrote at paragraphs 104 to 112:

*Commission's analysis and determination*

104. The Commission recognizes that there are no statutory restrictions on the amount of debt that a non-Canadian can provide to a telecommunications common carrier. However, debt levels and debt financing arrangements can be important indicia of where influence lies. As stated in the CanWest decision, the concentration of debt and equity in the hands of a single foreign entity can create an opportunity for undue influence over the venture by that non-Canadian entity:

The Commission was concerned that if a Goldman, Sachs & Co. entity was the lead syndicator with respect to the debt, or if it were the major debt holder under any of the lending agreements, this together with GSCP's equity interest could result in undue influence over the venture by a non-Canadian.

105. In the case of the CanWest decision, the non-Canadian shareholder holding 65 percent of the equity was also providing a significant amount of the debt. Prior to the oral phase of that proceeding, the Commission expressed concern regarding the proposed level of debt, and during the oral phase, CanWest confirmed that the percentage of the debt held by the non-Canadian investor had been reduced to less than 20 percent and that Goldman, Sachs & Co. would not be lead syndicator.

106. In the present case, Orascom, the significant non-Canadian equity holder, has provided approximately 99 percent of Globalive's current debt, excluding some third-party vendor financing, which represents the vast majority of Globalive's total financing.

107. The concentration of debt and equity in the hands of a single entity can create an opportunity for influence. In circumstances such as the present, where a company is heavily debt financed, this opportunity can translate into significant influence over the venture by the debt holder.

108. The magnitude of the debt provided by Orascom, the relative debt to equity financing, and the fact that the debt is concentrated in the hands of a single entity cause the

[34] Les constatations du Conseil quant aux accords de financement l'ont mené à conclure que ces accords n'étaient pas acceptables. Le Conseil a écrit ce qui suit aux paragraphes 104 à 112 :

*Résultats de l'analyse du Conseil*

104. Le Conseil admet que la loi ne prévoit aucune restriction quant au montant des créances qu'une entité non canadienne peut avoir sur une entreprise de télécommunication canadienne. Toutefois, l'ampleur de la dette et les accords de financement par emprunt peuvent révéler d'importants indices sur la source d'influence. En effet, si les créances et les capitaux propres sont concentrés dans les mains d'une seule entité étrangère, l'entité non canadienne pourrait avoir l'occasion d'exercer une influence induue sur l'entreprise canadienne, comme il est précisé dans la décision CanWest :

« Le Conseil s'inquiétait du fait suivant : si, en plus de la participation détenue par GSCP, Goldman, Sachs & Co. devenait le principal agent de la syndication de la dette ou le principal créancier selon n'importe quelle entente de prêt, cette situation pouvait donner une influence induue à un non Canadien. »

105. Dans le cas de la décision CanWest, l'actionnaire non canadien, qui détenait 65 % des capitaux propres avait également une bonne part de la créance sur CanWest. Avant la tenue des comparutions dans le cadre de cette instance, le Conseil avait exprimé des réserves à l'égard du taux d'endettement proposé et, lors des comparutions, CanWest avait confirmé que la créance que détenait l'investisseur non canadien avait été réduite et s'établissait alors à moins de 20 % et que Goldman, Sachs & Co. ne serait pas le principal agent de syndication.

106. Dans le cas présent, Orascom, le principal actionnaire non canadien, a consenti environ 99 % des prêts constituant la dette actuelle de Globalive, à l'exclusion d'un certain financement provenant de tiers vendeurs, qui représente la grande majorité du financement total de Globalive.

107. Lorsque les créances et les capitaux propres sont concentrés dans les mains d'une seule entité, la possibilité d'exercer une influence existe, mais dans des circonstances comme celle-ci, où la compagnie est largement financée par emprunt, le créancier peut exercer une influence considérable sur l'entreprise.

108. En raison de l'ampleur du prêt consenti par Orascom, du financement par emprunt par rapport au financement par actions et du fait que la créance est détenue par une seule



Commission concern with the loans as a source of Orascom influence. The modifications to the covenants and terms of the loans do little to reduce this concern. Furthermore, the Commission notes that covenants similar to those deleted from the Orascom loan agreements are still contained in Schedule A to the Shareholders' Agreement.

109. In addition to the above-noted concerns, the Commission considers that a company's inability to obtain financing from third-party sources may also be relevant to the issue of control in fact. As noted in the Unitel decision, "In certain circumstances it may be possible to conclude that a non-Canadian shareholder or lender may have a considerable amount of leverage, and even control, over a cash-strapped telecommunications common carrier."
110. During the oral phase of the public hearing, Globalive noted that Orascom and AAL had planned to rely heavily on external financing to capitalize Globalive. However, following completion of the AWS auction, Globalive's efforts to obtain external financing to replace Orascom's loans coincided with a major downturn in the credit markets. Orascom indicated that it is not interested in remaining Globalive's major lender and is committed to transferring its loans to an outside party. However, at this time, Orascom remains the major source of financing for Globalive in the near term.
111. Globalive stated during the oral phase of the public hearing that the capital investment required for a national wireless start-up is well over \$1 billion. Having raised approximately \$600 million, Globalive will require significant further capital in order to complete its network rollout. The Commission considers that Globalive's dependence upon Orascom for financing may well increase in the near term, given its inability to date to attract substantial third-party financing.
112. It is the Commission's view that such a significant concentration of debt in the hands of Orascom, representing the vast majority of Globalive's enterprise value, serves to provide Orascom with leverage over Globalive. Given Orascom's equity interest in Globalive, such a high level of debt in the hands of a non-Canadian is unacceptable. [Footnotes omitted.]
- entité, le Conseil craint que les prêts ne constituent une source d'influence pour Orascom. Les modifications apportées aux clauses restrictives et aux modalités des prêts ne contribuent guère à atténuer ces craintes. De plus, le Conseil fait remarquer que l'annexe A de la convention des actionnaires comporte toujours des clauses restrictives semblables à celles qui ont été supprimées des contrats de prêts d'Orascom.
109. Outre les craintes mentionnées ci-dessus, le Conseil estime que l'incapacité d'une compagnie à obtenir un financement de sources tierces peut également être un élément pertinent à la question du contrôle de fait. Tel qu'il est précisé dans la décision Unitel, [TRADUCTION] « dans certaines circonstances, il serait sans doute possible de conclure qu'un actionnaire ou un prêteur non canadien exerce un poids considérable, voire un contrôle, sur une entreprise de télécommunication à court d'argent. »
110. Lors des comparutions dans le cadre de l'audience publique, Globalive a précisé qu'Orascom et AAL avaient prévu recourir essentiellement à de l'aide extérieure pour financer Globalive. Toutefois, après la conclusion de la vente aux enchères du spectre pour les SSFE, alors que le moment était venu pour Globalive de faire des démarches afin d'obtenir du financement externe qui devait remplacer les prêts consentis par Orascom, le marché du crédit a connu un déclin marqué. Orascom a affirmé qu'elle n'entendait pas demeurer le principal créancier de Globalive et qu'elle était résolue à transférer les prêts à un tiers. Néanmoins, pour le moment, Orascom demeure la principale source de financement de Globalive à court terme.
111. Lors des comparutions, Globalive a affirmé que le lancement d'une entreprise nationale de services sans fil nécessite un investissement en capital qui dépasse largement un milliard de dollars. Globalive a déjà réuni environ 600 millions de dollars, mais elle aura besoin d'autres capitaux importants pour terminer l'installation de son réseau. Le Conseil estime que Globalive risque fort bien de dépendre encore plus de l'aide financière d'Orascom à court terme puisqu'elle n'a pas réussi, à ce jour, à dénicher des investissements considérables de tiers.
112. Le Conseil estime qu'une telle concentration de dette entre les mains d'Orascom, représentant la grande majorité de la valeur d'entreprise de Globalive, confère à Orascom une influence sur Globalive. Compte tenu de la participation d'Orascom dans Globalive, un tel niveau d'endettement entre les mains d'un non Canadien est inacceptable. [Notes en bas de page omises.]

[35] The conclusion reached by the CRTC was set out at paragraphs 113 to 119 of its decision. It determined that each of the factors considered may lead to an avenue for influence, when combined they translated into the ability to control in fact (see paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act*, above). It wrote:

### Conclusion

113. The Commission considers that each of the factors addressed above provides Orascom, a non-Canadian, with an avenue for influence over Globalive. While disparate points of influence may not individually result in control, when combined they can translate into the ability to control in fact.

114. As noted above, control in fact is only established where influence is dominant or determining. In particular, the issue is whether or not there is an ongoing power or ability, whether exercised or not, to determine the strategic decision-making activities of a corporation or to dominate the ability to manage and run its day-to-day operations.

115. Globalive has made numerous significant changes to its corporate structure and documents in order to address many of the Commission's concerns. In this decision, the Commission has identified additional changes that are necessary to address certain remaining concerns with respect to Orascom's influence over Globalive. These changes relate to the composition of the boards of directors, liquidity rights, and the threshold for veto rights.

116. Notwithstanding these additional changes, significant concerns remain with respect to the control in fact of Globalive by Orascom. In the present case, the record shows that Orascom, a non-Canadian

- holds two-thirds of Globalive's equity;
- is the principal source of technical expertise; and
- provides Globalive with access to an established wireless trademark.

117. Given the changes that were made during the public hearing and presuming that the additional changes that have been identified in this decision are made, these elements taken together, while significant, would not cause the Commission, in the circumstances of this case,

[35] Finalement, le Conseil a exposé son inférence aux paragraphes 113 à 119 de sa décision, à savoir que chacun des facteurs examinés permet à Orascom d'exercer une influence sur Globalive, mais que, ensemble, ces facteurs permettent un contrôle de fait (voir l'alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications*, précité). Le Conseil a écrit ce qui suit :

### Conclusion

113. Le Conseil estime que chacun des facteurs abordés ci-dessus permet à Orascom, un non Canadien, d'exercer une influence sur Globalive. Exercés seuls, les points d'influence ne traduiraient peut-être pas l'exercice d'un contrôle; mais exercés ensemble, ils peuvent permettre l'exercice d'un contrôle de fait.

114. Tel qu'il est indiqué précédemment, on conclut à l'existence du contrôle de fait uniquement lorsque l'influence exercée est dominante ou déterminante. Plus précisément, il s'agit d'établir s'il y a pouvoir ou capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel de l'entreprise sur ses activités ou de gérer les activités quotidiennes de l'entreprise.

115. Globalive a apporté de nombreux changements importants à la structure et aux documents de l'entreprise afin de corriger bon nombre des préoccupations cernées par le Conseil. Dans la présente décision, le Conseil a relevé d'autres changements que l'entreprise doit apporter pour régler quelques problèmes qui subsistent en ce qui concerne l'influence qu'Orascom exerce sur Globalive. Ces modifications portent sur la composition des conseils d'administration, les droits liés à la liquidité et le seuil lié aux droits de veto.

116. Nonobstant ces changements supplémentaires, il subsiste de grandes inquiétudes à l'égard du contrôle de fait qu'Orascom exerce sur Globalive. Dans le cas présent, le dossier indique qu'Orascom, un non Canadien :

- détient deux tiers des capitaux propres de Globalive;
- constitue la principale source d'expertise technique;
- permet à Globalive d'utiliser une marque de commerce établie dans le secteur du sans fil.

117. Compte tenu des changements apportés pendant l'audience publique et en supposant que les autres changements indiqués dans la présente décision soient réalisés, ces éléments pris ensemble, bien qu'importants, ne permettraient pas au Conseil, dans les circonstances particulières

to reach a decision that Orascom is in a position of influence that is both dominant and determining.

118. However, when these levers are considered in concert with Orascom's provision of the vast majority of Globalive's debt financing, the Commission finds that it cannot conclude that Globalive is not controlled in fact by a non-Canadian, to wit Orascom. In other words, the Commission finds that Orascom has the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities.

119. In light of all the above, the Commission finds that Globalive is controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, the Commission concludes that Globalive does not meet the requirements set out in section 16 of the Act and is not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[36] As to paragraph 115 above, the CRTC issued an *erratum* on 4 November 2009 [Telecom Decision CRTC 2009-678-1], in which the words "liquidity rights" near the end of that paragraph, were replaced with the words "Eligible Purchasers" so as to read:

115. Globalive has made numerous significant changes to its corporate structure and documents in order to address many of the Commission's concerns. In this decision, the Commission has identified additional changes that are necessary to address certain remaining concerns with respect to Orascom's influence over Globalive. These changes relate to the composition of the boards of directors, *Eligible Purchasers*, and the threshold for veto rights.

[37] It was this decision that the Governor in Council, on its own motion, undertook to review.

#### THE GOVERNOR IN COUNCIL'S DECISION

[38] On December 10, 2009 the Privy Council released the decision of the Governor in Council, P.C. 2009-2008. This decision comprised two parts. The first four pages set out a series of "Whereas[es]" with a concluding "Therefore". Attached as a schedule were twenty-four paragraphs which amended several paragraphs of the

à ce cas, de conclure qu'Orascom exerce une influence qui est à la fois dominante et déterminante.

118. Par contre, lorsqu'il examine ces effets parallèlement au fait qu'Orascom assure la grande majorité du financement par emprunt de Globalive, le Conseil établit qu'il lui est impossible de conclure que Globalive n'est pas, de fait, sous le contrôle d'un non Canadien, en l'occurrence Orascom. Autrement dit, le Conseil conclut qu'Orascom possède, en tout temps, le pouvoir de décider de l'orientation du processus décisionnel de Globalive sur les activités de l'entreprise.

119. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil établit que Globalive est contrôlée de fait par Orascom, un non Canadien. Par conséquent, le Conseil conclut que Globalive ne répond pas aux exigences énoncées à l'article 16 de la *Loi* et qu'elle n'est pas actuellement admise à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne.

[36] En ce qui concerne le paragraphe 115, cité ci-dessus, le Conseil a publié un *erratum* le 4 novembre 2009 [décision de télécom CRTC 2009-678-1], suivant lequel les mots « droits liés à la liquidité » se trouvant à la fin du paragraphe 115 sont remplacés par les mots « les acheteurs admissibles »; ce paragraphe est donc maintenant libellé de la façon suivante :

115. Globalive a apporté de nombreux changements importants à la structure et aux documents de l'entreprise afin de corriger bon nombre des préoccupations cernées par le Conseil. Dans la présente décision, le Conseil a relevé d'autres changements que l'entreprise doit apporter pour régler quelques problèmes qui subsistent en ce qui concerne l'influence qu'Orascom exerce sur Globalive. Ces modifications portent sur la composition des conseils d'administration, *les acheteurs admissibles* et le seuil lié aux droits de veto.

[37] Il s'agit de la décision que la gouverneure en conseil a, de sa propre initiative, révisée.

#### LE DÉCRET DE LA GOUVERNEURE EN CONSEIL

[38] Le 10 décembre 2009, le Conseil privé a publié le décret C.P. 2009-2008, pris par la gouverneure en conseil. Ce décret est divisé en deux parties. Les cinq premières pages renferment une série d'« Attendu[s] » et un « À ces causes » final. Vingt-quatre paragraphes étaient joints en annexe, lesquels modifiaient à divers égards plusieurs

CRTC decision in various respects. The result was, as set out in paragraph 23 of the schedule, to vary the CRTC decision and to determine that Globalive was not controlled in fact by Orascom, a non-Canadian, and that Globalive was eligible to operate as a telecommunications common carrier. Paragraph 23 states:

**23.** In light of the above, Globalive is not controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, Globalive meets the requirements set out in section 16 of the Act and is currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[39] Subsection 12(8) of the *Telecommunications Act* stipulates that when the Governor in Council makes an order such as this, reasons shall be set out. Mr. Heintzman, counsel for Globalive, described the structure of the Governor in Council’s document as being one in which the section 12 order is set out in the “Whereas” pages and the decision under section 16 as to whether Globalive is in fact not controlled by non-Canadians is set out in the schedule. Mr. MacKinnon, for the Attorney General, argued that both the “Whereas” portion and the schedule can be said to constitute the order and the reasons. Counsel for the applicant and those supporting the applicant were puzzled as to what portion of these documents can be said to be the reasons.

[40] I prefer to consider the first four “Whereas” pages as being akin to what is sometimes referred to in this Court as a “speaking Order”, such that the “Whereas” paragraphs can be considered to be “reasons”. These reasons may be considered to be supplemented by the schedule.

[41] On the first page of the “Whereas” portion, the Governor in Council acknowledged that the CRTC had identified four areas of concern with respect to control in fact:

Whereas, in the Decision, the Commission identified four areas of concern relating to control in fact, namely, corporate governance, shareholder rights, commercial arrangements and economic participation of non-Canadians;

paragraphes de la décision du Conseil. Comme le révèle le paragraphe 23 de l’annexe, la gouverneure en conseil a décidé de modifier la décision du Conseil et a conclu que Globalive n’était pas contrôlée de fait par Orascom, une entité non canadienne, et qu’elle était admissible à opérer à titre d’entreprise de télécommunication. Le paragraphe 23 de l’annexe est libellé comme suit :

**23.** À la lumière de ces constats, Globalive n’est pas contrôlée de fait par Orascom, une entité non canadienne. En conséquence, Globalive satisfait aux exigences énoncées à l’article 16 de la Loi et elle est admise à opérer à titre d’entreprise de télécommunication à l’heure actuelle.

[39] Le paragraphe 12(8) de la *Loi sur les télécommunications* dispose que, lorsque le gouverneur en conseil prend un décret comme celui en l’espèce, il doit énoncer les motifs du décret. M. Heintzman, l’avocat de Globalive, a plaidé que le document de la gouverneure en conseil était divisé de la façon suivante : les « Attendu[s] » constituaient le décret mentionné à l’article 12 et l’annexe constituait la décision rendue sur le fondement de l’article 16 concernant la question de savoir si Globalive était contrôlée par des non-Canadiens. M. MacKinnon, pour le compte du procureur général, a allégué que tant la partie sur les « Attendu[s] » que l’annexe pouvaient être considérés comme étant la décision et les motifs. L’avocat de la demanderesse et les avocats des intervenants qui l’appuient étaient perplexes et ne savaient trop quelle partie de ce document pouvait être considérée comme étant les motifs.

[40] J’estime que les cinq premières pages, qui renferment les « Attendu[s] », s’apparentent à ce que la Cour appelle une « ordonnance motivée », de telle sorte que les « Attendu[s] » peuvent être considérés comme étant les « motifs ». On peut estimer que l’annexe complète ces motifs.

[41] Sur la première page de la partie sur les « Attendu[s] », la gouverneure en conseil a admis que le Conseil avait soulevé quatre questions préoccupantes relatives au contrôle de fait :

Attendu que, dans la décision, le Conseil soulève quatre questions préoccupantes relatives au contrôle de fait, soit la gouvernance de l’entreprise, les droits des actionnaires, les ententes commerciales et la participation économique de non-Canadiens;

[42] The final paragraph of the first page stated that the debt financing was the main reason that the CRTC found that Globalive did not meet the Canadian ownership and control requirements:

Whereas, in the Decision, the Commission concluded that, despite the changes made to Globalive's corporate structure and documents and provided the additional required changes are made, the remaining levers of influence by a non-Canadian, namely, the fact that it holds 65% of the equity financing, is the principal source of technical expertise and provides access to an established wireless trademark, would not have caused it to conclude that Globalive did not meet the Canadian ownership and control requirements if it was not for the fact that the same non-Canadian entity is providing the vast majority of Globalive's debt financing;

[43] At the top of the second page, the Governor in Council stated what it considered to be a number of Canadian telecommunications policy objectives:

Whereas Canadian telecommunications policy objectives include rendering reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada, promoting the ownership and control of Canadian carriers by Canadians and enhancing the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

[44] This appears to reflect that which is set out in paragraphs 7(b), (c) and (d) of the *Telecommunications Act*:

Objectives            7. It is hereby affirmed that telecommunications performs an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and that the Canadian telecommunications policy has as its objectives

...

(b) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;

[42] La gouverneure en conseil, dans le premier paragraphe de la deuxième page, a affirmé que la raison première pour laquelle le Conseil avait conclu que Globalive ne satisfaisait pas aux exigences de propriété et de contrôle canadiens était le financement par emprunt :

Attendu que, dans la décision, le Conseil a conclu que, malgré les changements apportés à la structure et aux documents de Globalive et à condition que les autres changements requis soient apportés, les moyens dont dispose toujours le non-Canadien pour exercer de l'influence — le fait qu'il détient 65 pour cent du financement par capitaux propres, qu'il constitue la source principale du savoir-faire technique et qu'il fournit l'accès à une marque de commerce établie dans le domaine du sans-fil — ne l'aurait pas amené à conclure que Globalive ne satisfait pas aux exigences de propriété et de contrôle canadiens, si ce n'est que ce même non-Canadien fournit à celle-ci la plus grande partie de son financement par emprunt;

[43] Dans le paragraphe suivant de la deuxième page, la gouverneure en conseil a énoncé ce qu'elle estimait être les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication :

Attendu que la politique canadienne en matière de télécommunication a entre autres comme objectif de permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité, de promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens et d'accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

[44] La gouverneure en conseil semble s'inspirer des objectifs énoncés aux alinéas 7b), c) et d) de la *Loi sur les télécommunications* :

7. La présente loi affirme le caractère essentiel des télécommunications pour l'identité et la souveraineté canadiennes; la politique canadienne de télécommunication vise à :

Politique

[...]

b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité;

(c) to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

(d) to promote the ownership and control of Canadian carriers by Canadians;

c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

d) promouvoir l'accèsion à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens;

[45] The Governor in Council then referred to the bidding process for spectrum, and that Globalive was a successful bidder. In the fourth paragraph on the second page, the Governor in Council acknowledged that Globalive must satisfy the Canadian ownership and control requirements set out in the Act:

Whereas, in order to operate as a telecommunications common carrier in Canada, Globalive must satisfy the Canadian ownership and control requirements set out in the Act;

[46] These requirements are set out in subsection 16(3) of the Act previously referred to. They are the “legal” and “control in fact” requirements.

[47] The next paragraph of the Governor in Council’s “Whereas” provisions contains a puzzling use of the words “when possible”, suggesting that the policy objectives requiring Canadian ownership and control as set out in paragraph 7(d) of the *Telecommunications Act* is somehow to be considered as flexible and possibly subordinate to other considerations, such as that set out in paragraph 7(c), the enhancement of efficiency and competitiveness. One policy objective cannot be subordinate to another:

Whereas the Governor in Council considers that, when possible, the Canadian ownership and control requirements should be applied in support of the Canadian telecommunications policy objectives set out in the Act, including enhancing competition in the telecommunications market; [Emphasis added.]

[48] The next “Whereas” is critical, as it appears to insert a policy objective not found in section 7 or anywhere else in the *Telecommunications Act*; namely, that

[45] La gouverneure en conseil a par la suite mentionné le processus de vente aux enchères du spectre et a rappelé que Globalive avait été retenue comme soumissionnaire. Dans le dernier paragraphe de la deuxième page, la gouverneure en conseil a reconnu que Globalive devait satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la *Loi sur les télécommunications* :

Attendu que pour être admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada, Globalive doit satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la Loi;

[46] Ces exigences sont énoncées aux paragraphes 16(3) de la *Loi sur les télécommunications* dont il a été question précédemment. Il s’agit des exigences de « contrôle de droit » et de « contrôle de fait ».

[47] L’emploi des mots « dans la mesure du possible » par la gouverneure en conseil dans le paragraphe suivant de la partie sur les « Attendu[s] » laisse perplexe. La gouverneure en conseil laisse entendre que les objectifs de la politique qui exigent la propriété et le contrôle canadiens énoncés à l’alinéa 7d) de la *Loi sur les télécommunications* sont d’une certaine façon aussi flexibles et possiblement moins importants que d’autres objectifs, comme celui établi par l’alinéa 7c), soit l’accroissement de l’efficacité et de la concurrence. Aucun objectif de la politique n’est plus important que les autres :

Attendu que la gouverneure en conseil considère que, dans la mesure du possible, le fait de satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens devrait appuyer les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication énoncés dans la Loi, notamment accroître la concurrence sur le marché des télécommunications; [Non souligné dans l’original.]

[48] L’« Attendu » suivant est important, parce qu’il semble ajouter aux objectifs de la politique un objectif qui ne se trouve ni dans l’article 7 ni dans aucune autre

access to foreign capital, technology and experience should be encouraged and ensured:

Whereas the Canadian ownership and control requirements of the Act restrict the ownership of voting shares by non-Canadians, but the Act does not impose limits on foreign investment in telecommunication common carriers and should be interpreted in a way that ensures that access to foreign capital, technology and experience is encouraged in a manner that supports all of the Canadian telecommunication policy objectives; [Emphasis added.]

[49] The Governor in Council’s decision next acknowledged that the test respecting control was both legal and factual and, as found by the CRTC, the legal requirements had been met. No party challenged this finding.

[50] The Governor in Council next considered “control in fact” and noted that the test, as set out in paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act*, was expressed in the form of a double negative (i.e.) not controlled by persons who are not Canadian:

Whereas the Governor in Council considers that, as a matter of construction, it is significant that, when assessing control in fact, the Act does not require the Commission to determine that a telecommunications common carrier is controlled by Canadians but rather that it not be controlled by persons that are not Canadian;

[51] When asked whether this use of a double negative was purely a semantical exercise, counsel for Globalive said no. This position was supported by counsel for the Attorney General. They argued that this wording made room for a situation where a broadly held multinational entity may have control. In this respect, they argued, control could be in the hands of an entity that was “not a non-Canadian”.

[52] At the fifth “Whereas” at page 3 of the decision the Governor in Council stated that it did not agree with the CRTC’s finding as to multiple levers of influence. The sixth paragraph refers to “reasons” (not otherwise described or indicated as to where they could be found)

disposition de la *Loi sur les télécommunications*, à savoir que l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé et garanti :

Attendu que les exigences de propriété et de contrôle canadiens restreignent le droit de propriété d’actions avec droit de vote de non-Canadiens, mais que la Loi ne limite pas l’investissement étranger dans les entreprises de télécommunication et que celle-ci devrait s’interpréter de manière à favoriser l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers dans le but d’appuyer tous les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication; [Non souligné dans l’original.]

[49] La gouverneure en conseil, dans son décret, a par la suite reconnu que le critère relatif au contrôle visait tant le contrôle de droit que le contrôle de fait, et que, comme l’avait conclu le Conseil, les exigences liées au contrôle de droit avaient été respectées. Les parties n’ont pas contesté cette conclusion.

[50] La gouverneure en conseil a par la suite examiné le « contrôle de fait » et a noté que le critère établi par l’alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications* était énoncé par une double négation, à savoir « n’est pas contrôlée par un non-Canadien » :

Attendu que la gouverneure en conseil considère, dans son interprétation, qu’il est important, lors de l’évaluation du contrôle de fait, que la Loi n’oblige pas le Conseil à conclure qu’une entreprise de télécommunication est contrôlée par des Canadiens, mais plutôt qu’elle n’est pas contrôlée par un non-Canadien;

[51] Lorsqu’il lui a été demandé si ce recours à la double négation était une pure question de forme, l’avocat de Globalive a répondu par la négative, position appuyée par l’avocat du procureur général. Ces avocats ont plaidé que cette formulation fait en sorte qu’une entité multinationale dont l’actionnariat est très diversifié puisse détenir le contrôle. Selon les avocats, dans cette situation, une entité qui « n’est pas contrôlée par un non-Canadien » pourrait détenir le contrôle.

[52] La gouverneure en conseil, dans le premier paragraphe de la page 4 de son décret, a affirmé qu’elle rejetait la conclusion du Conseil en ce qui avait trait à la combinaison de plusieurs moyens d’influence. Le paragraphe suivant renvoie à des « raisons » (qui ne sont pas autrement exposées et qui ne font l’objet d’aucune mention

which are said to show why Globalive is not considered to be owned and controlled by non-Canadians:

Whereas the Governor in Council recognizes that multiple levers of influence can, when combined, amount to control, but considers that that is not the case with Globalive;

Whereas the Governor in Council considers that, on the basis of a careful examination of the facts and submissions before the Commission, it is reasonable to conclude, for the reasons set out in this Order, that Globalive is not in fact controlled by persons that are not Canadian and therefore meets the Canadian ownership and control requirements under the Act and is eligible to operate as a telecommunications common carrier in Canada;

[53] The first two “Whereas” paragraphs on page 4 state that submissions have been sought from provincial governments and that the submissions made by Globalive and others at the CRTC hearing have been of benefit to the Governor in Council. Reference is also made to “additional submissions” by others. The applicant sought disclosure of these submissions and the Attorney General refused. While the refusal was argued in the applicant’s written material as affording a basis for setting the Governor in Council’s decision aside, or drawing adverse inferences, the point was not pursued with any vigour by applicant’s counsel at the hearing.

[54] The third paragraph of the fourth page sets out a criterion used by the Governor in Council in coming to its decision; namely, whether Canadians would be deprived of a more competitive wireless telecommunication market. This criterion reflects the wording set out in paragraph 7(c) of the *Telecommunications Act*:

Whereas the Governor in Council considers that the Decision deprives Canadians of the possibility for a more competitive wireless telecommunication market by preventing the roll-out of service to the public by a Canadian-owned and controlled company.

[55] The penultimate paragraph of the decision appears to open the door for Globalive to enter the Canadian market, but shut it for others:

quant à savoir où l’on pourrait les trouver) qui révéleraient pourquoi Globalive n’est pas considérée comme étant la propriété de non-Canadiens ni comme étant contrôlée par des non-Canadiens :

Attendu que la gouverneure en conseil reconnaît que la combinaison de plusieurs moyens d’influencer peut se traduire en contrôle de fait, mais que ce n’est pas cas de Globalive;

Attendu que la gouverneure en conseil considère, après avoir soigneusement examiné les faits et les représentations présentés au Conseil, qu’il est raisonnable de conclure, pour les raisons indiquées dans le présent décret, que Globalive n’est pas contrôlée par des non-Canadiens et qu’elle satisfait par conséquent aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la Loi, ce qui la rend admise à opérer à titre d’entreprise de télécommunication au Canada;

[53] Les quatrième et cinquième paragraphes de la page 4 révèlent que l’on a fourni aux provinces l’occasion de présenter des observations et que la gouverneure en conseil a pu bénéficier des observations présentées par Globalive et par d’autres parties lors de l’audience du Conseil. Il y est également question de « représentations » soumises par d’autres intéressés. La demanderesse a demandé que ces représentations lui soient communiquées, ce qui lui a été refusé par le procureur général. Bien que la demanderesse ait plaidé dans ses observations écrites que ce refus justifiait que la Cour annule le décret de la gouverneure en conseil ou tire des conclusions défavorables, l’avocat de la demanderesse n’a pas vraiment insisté sur ce point lors de l’audience.

[54] Le dernier paragraphe de la page 4 établit un critère auquel la gouverneure en conseil a eu recours dans son décret, soit la question de savoir si les Canadiens seraient privés d’un marché des télécommunications sans fil plus concurrentiel. Ce critère fait écho au libellé de l’alinéa 7c) de la *Loi sur les télécommunications* :

Attendu que la gouverneure en conseil estime que la décision prive les Canadiens de la possibilité d’un marché des télécommunications sans fil plus concurrentiel en empêchant le lancement d’un service au public par une compagnie appartenant à des Canadiens et sous contrôle par eux;

[55] L’avant-dernier paragraphe du décret semble ouvrir la porte du marché canadien à Globalive tout en la fermant aux autres entreprises :



And whereas the Governor in Council considers that this Order is based on the facts of this particular case and has a significant direct impact only on Globalive;

[56] The final paragraph of the Governor in Council's decision is a "Therefore" paragraph that leads the reader to the attached schedule:

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Industry, pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act*, varies Telecom Decision CRTC 2009-678, amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1, as set out in the annexed schedule to this Order.

[57] The schedule in many respects tracks the language of the CRTC decision, but makes several changes which affect the resulting determination as it was made by the CRTC. These include findings as to whether the structure of the board of directors ensured that non-Canadian nominees could be elected, whether the debt financing structure could result in undue influence by a non-Canadian, the effect of liquidity rights, the definition of eligible purchasers of shares, the effect of the Technical Service Agreement and the Trademark Agreement; all of which led the CRTC to conclude that Globalive was "controlled in fact" by non-Canadians. The changes made by the Governor in Council led it to conclude the opposite.

[58] I accept the summary reflecting several of these differences between the CRTC decision and the Governor in Council's decision, as presented in the applicant's written submissions:

CRTC Findings  
(per Telecom Decision  
2009-678)

Governor in Council  
Findings  
(per Schedule to Order in  
Council)

Composition of the Board of Directors

45. In the present case, the Commission considers that the revised board structure, including the role and composition of the selection committee, ensures that the nominees of Orascom

Attendu que la gouverneure en conseil considère que le présent décret se fonde sur les faits propres à ce cas et n'a des répercussions directes importantes que sur Globalive;

[56] Le dernier paragraphe du décret de la gouverneure en conseil est un « À ces causes » qui renvoie le lecteur à l'annexe jointe au décret :

À ces causes, sur recommandation du ministre de l'Industrie et en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil modifie la décision télécom CRTC 2009-678, dans sa version modifiée par la décision télécom CRTC 2009-678-1, conformément à l'annexe ci-après.

[57] L'annexe reprend pour l'essentiel le libellé de la décision du Conseil, mais on y a apporté plusieurs changements qui modifient la conclusion rendue par le Conseil. Ces changements comprennent des conclusions sur les questions de savoir si la structure du conseil d'administration garantissait que des candidats non canadiens pourraient y être nommés et si le mode de financement par emprunt pouvait donner une influence indue à un non-Canadien ainsi que sur l'effet des droits de liquidité, sur la définition d'acheteur admissible d'actions, sur l'effet de l'entente de services techniques et sur l'accord sur l'utilisation d'une marque de commerce. Toutes ces conclusions ont mené le Conseil à inférer que Globalive était « contrôlée de fait » par un non-Canadien. Les changements apportés par la gouverneure en conseil l'ont menée à tirer une inférence contraire.

[58] J'accepte le résumé qui a été présenté par la demanderesse dans ses observations écrites et qui montre plusieurs différences entre la décision du Conseil et celle de la gouverneure en conseil :

Conclusions du Conseil  
(Tirées de la décision de  
télécom CRTC 2009-678)

Conclusions de la  
gouverneure en conseil  
(Tirées de l'annexe du  
décret)

Composition des conseils d'administration

45. Dans le cas présent, le Conseil estime que la structure révisée des conseils d'administration, la composition du comité de sélection, ne permet pas à

selection committee, does not ensure that the nominees of the Canadian shareholder are sufficient in number to offset the influence of Orascom, a non-Canadian shareholder. [Emphasis added.]

[The CRTC required that the arrangements be amended so that AAL would nominate five GIHC directors, Orascom would nominate four directors, and that they would together nominate one Independent Director.]

Telecom Holding S.A.E. (“Orascom”), a non-Canadian shareholder, are insufficient in number to control the strategic or operational decisions of Globalive. Indeed, the board members nominated by the Canadian shareholder and the independent directors, as defined in the shareholders’ agreement and corporate documents, (“Independent Directors”) are sufficient in number to offset the influence of Orascom. As a result, no changes are required to the composition of the boards of directors this case. [Emphasis added.]

composition du comité de sélection, ne garantit pas que le nombre des représentants de l’actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l’influence d’Orascom, un actionnaire non canadien. [Non souligné dans l’original.]

[Le Conseil a exigé que les ententes soient modifiées de façon à ce que sur le conseil d’administration de GIHC, AAL nomme cinq administrateurs, Orascom nomme quatre administrateurs et ALL et Orascom nomment ensemble un administrateur indépendant.]

Orascom Telecom Holding S.A.E. (Orascom), actionnaire non-canadien, de nommer un nombre suffisant d’administrateurs pour contrôler les décisions stratégiques ou opérationnelles de Globalive. En effet, le nombre des administrateurs nommés par l’actionnaire canadien et des administrateurs indépendants, au sens de l’entente entre actionnaires (administrateurs indépendants) et des documents d’entreprise, suffit à contrebalancer l’influence d’Orascom. Donc, il n’y a pas lieu de modifier la composition des conseils d’administration actuels. [Non souligné dans l’original.]

#### AAL’s [AAL Holdings Corporation] Liquidity Rights

59. The Commission considers that the liquidity rights in the revised documents are an improvement on the array of rights originally granted to Orascom as minority voting shareholder. Nevertheless, the liquidity rights, even in their revised form, provide an indication of Orascom’s influence over the venture. The specification of a floor price and the imposition of a cap on the proceeds generated in the event that AAL sells its shares are inconsistent with the relative voting interests of the shareholders.

5. The liquidity rights in the revised corporate documents of Globalive are an improvement on the array of rights originally granted to Orascom as minority voting shareholder.

6. In this particular case, the liquidity provisions operate in a balanced way in regards to both AAL and Orascom, with the exception of the specified floor price and the cap on the proceeds generated in the event that AAL sells its shares. The cap on proceeds is consistent with the relative equity investment of the shareholders. The specified floor price reflects the investment of an established business in a high-risk venture and has little bearing on control. [Emphasis added.]

#### Droits de liquidité d’AAL [AAL Holdings Corporation]

59. Le Conseil estime que les droits de liquidité figurant dans les documents révisés représentent une amélioration par rapport à la kyrielle des droits accordés au départ à Orascom en tant qu’actionnaire minoritaire avec droit de vote. Il n’en demeure pas moins que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnent une indication de l’influence d’Orascom sur l’entreprise. La spécification d’un prix plancher et l’imposition d’un plafond sur le produit de la vente éventuelle des actions d’AAL ne va pas dans le sens des intérêts avec droit de vote relatifs des actionnaires.

5. Les droits de liquidité figurant dans les documents d’entreprise révisés de Globalive représentent une amélioration par rapport à l’ensemble des droits accordés au départ à Orascom en tant qu’actionnaire minoritaire avec droit de vote.

6. En l’espèce, les dispositions relatives aux droits de liquidité s’appliquent de manière équilibrée, à la fois à AAL et à Orascom, à l’exception du prix plancher indiqué et du plafond imposé au produit d’une vente éventuelle par AAL de ses actions. L’imposition d’un tel plafond concorde avec l’investissement relatif des capitaux propres des actionnaires. Le prix plancher indiqué correspond à l’investissement d’une entreprise établie dans une entreprise à risque, et a peu d’incidence sur le contrôle. [Non souligné dans l’original.]

## Definition of Eligible Purchasers

63. The Commission considers that a significant issue with regard to liquidity is the ability of the exiting investor to find a suitable purchaser. The Commission is concerned that the Eligible Purchaser definition limits the pool of potential purchasers to financial investors and restricts the ability of the majority voting shareholder [AAL] to sell all or some of its shares...
64. Accordingly, the Commission considers that Globalive should amend the definition of Strategic Competitor to include only entities which, taken together with their affiliates, hold more than a 10 percent share of the Canadian wireless market on a per-subscriber basis. [Emphasis added.]
- 8.** A significant issue with regard to liquidity is the ability of the exiting investor to find a suitable purchaser. While the “Eligible Purchaser” definition in the shareholders’ agreement restricts the pool of potential purchasers, this restriction does not provide Orascom with an avenue for influence over the day-to-day operations or strategic decision-making activities of Globalive. This is an acceptable means of protecting the remaining shareholders from being forced into a relationship with a competitor. Not only do shareholders have the discretion to waive this restriction, but the eligible purchaser provisions apply equally to all shareholders and all sale provisions are subject to extensive rights of first refusal in favour of the non-selling shareholder. No changes to the definition of “Eligible Purchaser” in the shareholders’ agreement are required. [Emphasis added.]

## Définition d’acheteurs admissibles

63. Le Conseil estime que la capacité de l’investisseur sortant à trouver un acheteur qui lui convient est une question importante. Le Conseil craint que la définition d’acheteur admissible limite le bassin d’acheteurs potentiels aux investisseurs financiers et restreigne la capacité de l’actionnaire majoritaire avec droit de vote [AAL] à vendre la totalité ou une partie de ses actions [...]
64. Par conséquent, le Conseil estime que Globalive devrait modifier la définition de concurrent stratégique afin de n’inclure que les entités qui, avec les affiliées, détiennent une participation supérieure à 10 % du marché canadien des services sans fil en fonction des revenus par abonné. [Non souligné dans l’original.]
- 8.** La capacité de l’investisseur sortant à trouver un acheteur qui lui convient est une question importante sur le plan des liquidités. Même si la définition de « acheteur admissible » dans l’entente entre actionnaires limite le bassin des acheteurs potentiels, cette restriction ne constitue pas pour Orascom un moyen d’influer sur les opérations quotidiennes ou sur la prise des décisions stratégiques par Globalive. Il s’agit d’un moyen acceptable d’éviter que les autres actionnaires soient forcés de faire affaire avec un concurrent. D’abord, les actionnaires peuvent, à leur discrétion, renoncer à cette restriction. Ensuite, les modalités établies dans la définition de « acheteur admissible » s’appliquent à tous les actionnaires de la même manière. Enfin, toutes les dispositions relatives à la vente sont assujetties à des droits de premier refus importants en faveur de l’actionnaire non vendeur. Il n’y a pas lieu de modifier la définition de « acheteur admissible » dans l’entente entre actionnaires. [Non souligné dans l’original.]

## Technical Services Agreement

84. Given the significant benefits Globalive derives from the TSA, the Commission is of the view that Globalive will maintain the TSA for the foreseeable future. Consequently, the Commission considers that Orascom will continue to have influence over operating and strategic decisions related to Globalive’s network. [Emphasis added.]
- 13.** Given the significant benefits Globalive derives from the TSA, valid commercial reasons may exist for Globalive to maintain the TSA for the foreseeable future. Consequently, it is likely that the TSA will continue to provide Orascom with an avenue for influence over Globalive, however such influence is not dominant and determining in and of itself. [Emphasis added.]

## Entente de services techniques

84. Étant donné que Globalive tire de grands avantages de l’EST, le Conseil est d’avis que, dans l’avenir prévisible, Globalive conservera l’entente. Ainsi, le Conseil estime qu’Orascom continuera d’exercer une influence sur les décisions d’ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive. [Non souligné dans l’original.]
- 13.** Compte tenu des importants avantages qu’elle tire de l’EST, Globalive pourrait avoir des raisons valables sur le plan commercial de conserver l’EST dans un avenir prévisible. Il est donc probable que l’EST continue de donner à Orascom un moyen d’influencer Globalive, mais non de façon dominante ou déterminante. [Non souligné dans l’original.]

## WIND brand

89. However, the Commission finds that Globalive's adoption and use of a trademark belonging to an Orascom affiliate do provide Orascom (or its controlling shareholder) with influence over Globalive because Orascom has the power to limit how the brand can be used. [Emphasis added.]

**14. The Trademark Agreement does not provide Orascom with a significant avenue for influence over Globalive.** The term of and the termination rights set out in the agreement are not of concern. Furthermore, the terms and conditions of it do not allow Orascom to materially limit how the mark can be used. [Emphasis added.]

## Marque de commerce WIND

89. Toutefois, le Conseil établit que Globalive, en adoptant et en utilisant une marque de commerce qui appartient à une affiliée d'Orascom, permet à Orascom (ou à son actionnaire majoritaire) d'exercer une influence sur elle parce qu'Orascom peut restreindre l'utilisation qui est faite de la marque de commerce en question. [Non souligné dans l'original.]

**14. L'accord sur l'utilisation d'une marque de commerce ne permet pas à Orascom d'influencer Globalive de façon importante.** La durée et les droits de résiliation stipulés dans l'accord ne sont pas préoccupants. De plus, les modalités de l'accord ne permettent pas à Orascom de restreindre de façon importante l'utilisation de la marque de commerce. [Non souligné dans l'original.]

## Debt Financing

108. The magnitude of the debt provided by Orascom, the relative debt to equity financing, and the fact that the debt is concentrated in the hands of a single entity cause the Commission concern with the loans as a source of Orascom influence. The modifications to the covenants and terms of the loans do little to reduce this concern. [Emphasis added.]

**18. While the magnitude of the debt financing provided by Orascom, the relative debt to equity financing and the fact that the debt is concentrated in the hands of a single entity cause concern with the loans as a source of Orascom influence, the elimination of the positive and negative covenants, the lack of conversion rights, the lengthening of the term of the loan and renewal rights (thereby providing stability to Globalive), the right of Globalive to retire or replace the debt without penalty and the modifications to the default provisions of the loan go a long way toward minimizing this concern. The ability of Orascom to use the existing loans, or the terms attached to those loans, as levers of influence is sufficiently diminished.** [Emphasis added.]

## Financement par emprunt

108. En raison de l'ampleur du prêt consenti par Orascom, du financement par emprunt par rapport au financement par actions et du fait que la créance est détenue par une seule entité, le Conseil craint que les prêts ne constituent une source d'influence pour Orascom. Les modifications apportées aux clauses restrictives et aux modalités des prêts ne contribuent guère à atténuer ces craintes. [Non souligné dans l'original.]

**18. Quoique l'importance du financement par emprunt provenant d'Orascom, le ratio relatif capitaux d'emprunt/capitaux propres et le fait que le financement par emprunt provienne d'une seule source soulèvent des préoccupations relatives à l'influence que pourrait exercer Orascom, l'élimination des clauses restrictives (tant positives que négatives), l'absence de droits de conversion, la prolongation de la durée du prêt et les droits de renouvellement (élément de stabilité pour Globalive), le droit de Globalive de retirer ou de remplacer l'emprunt sans pénalité et la modification des dispositions relatives au défaut de paiement du prêt contribuent beaucoup à dissiper ces préoccupations. La capacité d'Orascom de se servir des prêts existants ou des modalités de ces prêts comme moyens d'influence est suffisamment atténuée.** [Non souligné dans l'original.]

## Conclusion

118. ... In other words, the Commission finds that Orascom has the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities. [Emphasis added.]

**22.** ... In other words, Orascom does not have the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities.... [Emphasis added.]

## Conclusion

118. [...] Autrement dit, le Conseil conclut qu'Orascom possède, en tout temps, le pouvoir de décider de l'orientation du processus décisionnel de Globalive sur les activités de l'entreprise. [Non souligné dans l'original.]

**22.** [...] Autrement dit, Orascom n'a pas le pouvoir [...] de décider de l'orientation du processus décisionnel de Globalive sur ses activités [...] [Non souligné dans l'original.]

[59] Those two documents, the “Whereas[es]” and schedule, comprise the decision of the Governor in Council which is now under judicial review.

[59] Ces deux documents, les « Attendu[s] » et l'annexe, forment la décision de la gouverneure en conseil faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

## ISSUES

[60] I accept the succinct statement of issues as set out in the Attorney General's memorandum:

1. Whether Public Mobile has standing, and whether it has an effective remedy under the *Telecommunications Act*, which it has not exhausted;
2. Whether the Governor in Council acted within the statutory mandate in varying the CRTC decision concerning Globalive.

[61] There will be subissues considered as well. I will begin with general comments as to judicial review and section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[60] J'accepte la formulation succincte des questions en litige proposée dans le mémoire du procureur général :

1. Public Mobile a-t-elle qualité pour agir, et aurait-elle pu se prévaloir d'un autre recours, en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, lequel recours n'a pas été épuisé?
2. La gouverneure en conseil a-t-elle outrepassé son mandat légal en modifiant la décision du Conseil concernant Globalive?

[61] Des sous-questions seront également examinées. Je commencerai par des observations générales sur le contrôle judiciaire et l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

## COURT'S SUPERVISORY FUNCTION—SECTION 18.1

[62] The general supervisory function of the courts over administrative powers exercised by government decision makers was considered by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. All public authority exercises of decision-making powers must find their source in law, whether derived from the enabling statute or the pertinent common law, or civil law. This principle recognizes that even the Governor in Council must adhere to the rule of

## LA FONCTION DE SURVEILLANCE DE LA COUR — ARTICLE 18.1

[62] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, a examiné la fonction de surveillance générale des tribunaux en ce qui a trait aux pouvoirs administratifs exercés par les décideurs. Tout exercice de pouvoir décisionnel par l'autorité publique doit procéder de la loi, et ce, qu'il découle de la loi habilitante ou bien des règles de common law ou de droit civil applicables. Ce principe prévoit que même le gouverneur en conseil doit

law and to the statutory enactments of Parliament. Bastarache and LeBel JJ. wrote at paragraphs 27 to 29 of *Dunsmuir*:

III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

A. *Judicial Review*

As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.

Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority, the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21.

[63] Section 18.1 of the *Federal Courts Act* gives to the Federal Court the power of judicial review in respect of a decision of a federal board, commission or other

respecter la primauté du droit et les textes de loi édictés par le Parlement. Les juges Bastarache et LeBel ont écrit ce qui suit aux paragraphes 27 à 29 de l'arrêt *Dunsmuir* :

III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

A. *Le contrôle judiciaire*

Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue.

Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale, ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C'est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l'étendue d'un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l'analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l'organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l'action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[63] L'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale le pouvoir de contrôler les décisions des offices fédéraux et le pouvoir d'accorder

tribunal, and the power to grant relief where it has been determined that any one of a number of grounds as set out in subsection 18.1(4) have been established:

Application  
for judicial  
review

**18.1** (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

...

Powers of  
Federal  
Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

Grounds  
of review

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

réparation s'il est estimé que l'un des motifs énoncés au paragraphe 18.1(4) a été établi :

**18.1** (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[...]

Demande  
de contrôle  
judiciaire

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Pouvoirs  
de la Cour  
fédérale

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

Motifs

[64] The Supreme Court of Canada has recently considered the nature of judicial review under the provisions of section 18.1 in its unanimous decision in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585. It wrote that judicial review is directed at the legality, reasonableness and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers; “[i]t is designed to enforce the rule of law and adherence to the Constitution” (paragraph 24). It also wrote that the enactment of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], as amended, was “designed to enhance government accountability as well as to promote access to justice” (paragraph 32).

[65] In the present case, this judicial review is to be undertaken with a view of determining accountability of government decision makers including the Governor in Council. The function of the courts is to enforce the rule of law, to determine whether there has been adherence to the Constitution with respect to the procedures employed and actions taken and to determine the legality, reasonableness and fairness of the decision made.

ISSUE 1: Whether Public Mobile has standing, and whether it has an effective remedy under the *Telecommunications Act* which it has not exhausted

(a) Standing

[66] Public Mobile, just as Globalive, was a successful bidder in the auction of radio frequency spectrum. It has received a licence from the Minister of Industry to offer wireless communication services in Canada using that spectrum. It was required by the CRTC to demonstrate that it was Canadian-owned and controlled.

[67] The remaining respondents, other than the Attorney General, have also been successful bidders and received licences. They were not required to demonstrate to the CRTC that they were Canadian-owned and controlled,

[64] La Cour suprême du Canada s’est récemment penchée sur la nature du contrôle judiciaire exercé suivant l’article 18.1 dans son arrêt *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, qui a été rendu à l’unanimité. Elle a affirmé que le contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnablement et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique et qu’« [i]l est conçu pour assurer la primauté du droit et le respect de la Constitution » (paragraphe 24). Elle a également écrit que l’édition de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] et les modifications qui y ont été apportées « visaient à accroître la responsabilité de l’administration publique ainsi qu’à promouvoir l’accès à la justice » (paragraphe 32).

[65] En l’espèce, le contrôle judiciaire doit être mené afin d’établir la responsabilité de l’administration publique, notamment celle de la gouverneure en conseil. Le rôle de la Cour est de contrôler le respect de la primauté du droit, de déterminer si les procédures utilisées et les mesures prises respectaient la Constitution et si la décision rendue était légale, raisonnable et équitable.

LA PREMIÈRE QUESTION EN LITIGE : Public Mobile a-t-elle qualité pour agir, et aurait-elle pu se prévaloir d’un autre recours, en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, lequel recours n’a pas été épuisé?

a) La qualité pour agir

[66] Public Mobile, comme Globalive, a été retenue comme soumissionnaire lors de la vente aux enchères du spectre de radiofréquences. Le ministre de l’Industrie a délivré à Public Mobile une licence lui permettant d’offrir des services de communication sans fil au Canada par utilisation du spectre. Le Conseil a exigé que Public Mobile lui montre qu’elle était la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien.

[67] Les autres défenderesses — à l’exception du procureur général — ont également été retenues comme soumissionnaires et ont obtenu des licences lors de la vente aux enchères. Elles n’ont toutefois pas eu à montrer



presumably since they were already active in the Canadian marketplace.

[68] Only Globalive had experienced a change in its position. It was a successful bidder at the auction; it received a licence from the Minister of Industry. The CRTC determined that it could not operate in Canada, as it was not Canadian-owned and controlled. That decision was reversed by the Governor in Council.

[69] Much has been written as to who has standing to challenge a decision of a federal board or tribunal. I reviewed some of this jurisprudence recently in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2010 FC 774, 371 F.T.R. 247, particularly at paragraphs 58 to 66, paying attention, among other cases, to the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488 and to *Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 276, 60 C.P.R. (4th) 273. I concluded at paragraph 65 of *Air Canada* that there was no simple formula whereby a person having a commercial interest can be said to have or to lack standing. The context of the situation and the basis for judicial review must be considered.

[70] I drew the attention of the parties at this hearing to the very recent decision of the Federal Court of Appeal in *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1, where Stratas J.A. for the Court considered both direct standing and public interest standing at paragraphs 57 to 59:

### C. Analysis

**(1) *Did the appellant have standing to bring the applications for judicial review?***

**(a) *Direct standing***

The appellant submits that it has direct standing to bring the application for judicial review against the decisions of the

au Conseil qu'elles étaient la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien, sans doute parce qu'elles offraient déjà des services sur le marché canadien.

[68] Seule la position de Globalive a été modifiée. Elle a été retenue comme soumissionnaire lors de la vente aux enchères, et le ministre de l'Industrie lui a délivré une licence. Le Conseil a conclu que Globalive ne pouvait pas offrir ses services au Canada parce qu'elle n'était pas la propriété de Canadiens ni sous contrôle canadien. Cette décision a été modifiée par la gouverneure en conseil.

[69] La question de savoir qui a qualité pour contester une décision d'un office fédéral a suscité de nombreux commentaires. J'ai récemment examiné certaines décisions sur ce sujet dans la décision *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2010 CF 774, particulièrement aux paragraphes 58 à 66, et je me suis notamment penché sur les arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488 et *Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 276. J'ai conclu au paragraphe 65 de la décision *Air Canada* qu'il n'existait pas de formule simple permettant de conclure qu'une personne ayant un intérêt commercial peut être considérée comme ayant qualité pour agir. Il faut tenir compte du contexte de l'affaire et du fondement du contrôle judiciaire.

[70] Lors de l'audience, j'ai porté à l'attention des parties le très récent arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, dans lequel le juge Stratas, au nom de la Cour d'appel fédérale, a examiné tant l'intérêt direct pour agir que la qualité pour agir dans l'intérêt public, aux paragraphes 57 à 59 :

### C. Analyse

**(1) *L'appelante avait-elle qualité pour présenter les demandes de contrôle judiciaire en question?***

**a) *L'intérêt direct pour agir***

L'appelante invoque un intérêt direct pour solliciter le contrôle judiciaire des décisions du gouverneur en conseil,

Governor in Council because it is “directly affected” within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. That subsection provides that those who are “directly affected” may bring an application for judicial review.

The appellant is not “directly affected.” In order for it to be “directly affected” by the decisions of the Governor in Council, the decisions must have affected its legal rights, imposed legal obligations upon it, or prejudicially affected it in some way: *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500 (Fed. C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116 (F.C.A.). There is no evidence before this Court suggesting that the appellant is affected in this way. I adopt the words of the motions judge (2008 FC 732 at paragraph 26):

Without doubt, the [appellant] and the family members it says it represents deeply care, and are genuinely concerned, about Mr. Odynsky’s citizenship revocation process and his past service as a perimeter guard of the Seidlung at the Poniatowa labour camp in German-occupied Poland. However, that interest does not mean that the legal rights of the applicant, or those it represents, are legally impacted or prejudiced by the decision not to revoke Mr. Odynsky’s citizenship. Rather, their interest exists in the sense of seeking to right a perceived wrong arising from, or to uphold a principle in respect of, the non-revocation of Mr. Odynsky’s citizenship.

*(b) Public interest standing*

In the alternative, the appellant submits that it has standing as a public interest litigant to challenge the decisions of the Governor in Council. It says that it meets the three fold test for public interest standing set out in the Supreme Court of Canada’s reasons for judgment in *Canadian Council of Churches v. R.*, [1992] 1 S.C.R. 236, namely, that:

- (a) a serious issue has been raised;
- (b) the party seeking public interest standing has a genuine or direct interest in the outcome of the litigation; and
- (c) there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the Court.

[71] This discussion in *B’nai Brith* should not be taken to mean that the only persons who have standing to

faisant valoir qu’elle est « directement touchée » au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F7. Aux termes de cette disposition, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est « directement touché ».

Mais l’appelante n’est pas en fait « directement touchée ». Afin d’être « directement touchée » par les décisions du gouverneur en conseil, il faudrait que les décisions en question aient affecté ses droits, lui aient imposé en droit des obligations, ou lui aient porté préjudice : *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (P.G.)*, 2009 CAF 116. En l’espèce, aucune preuve ne donne à penser que l’appelante est ainsi touchée. Je fais miens les propos du juge des requêtes (2008 CF 732, au paragraphe 26) :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que l’appelante et les familles qu’elle affirme représenter s’intéressent de très près à la procédure de révocation de la citoyenneté de M. Odynsky, et à ses effets de service en tant que garde affecté au périmètre de la Siedlung au camp de travail de Poniatowa en Pologne sous l’occupation nazie, et qu’elle s’en soucie au plus haut point. L’intérêt qu’elle porte à cette affaire ne signifie cependant pas que les droits de la demanderesse, ou de ceux qu’elle représente, ont été affectés ou atteints par la décision de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky. Son intérêt vise, plutôt, à redresser le tort qui découle, selon elle, de la non-révocation de la citoyenneté de M. Odynsky, ou à défendre un principe.

**b) Qualité pour agir dans l’intérêt public**

L’appelante fait subsidiairement valoir qu’elle a, en tant que partie représentant l’intérêt public, qualité pour contester les décisions du gouverneur en conseil. Elle prétend répondre au triple critère de reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Conseil canadien des églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236. Voici ce critère :

- a) il y a une sérieuse question à juger;
- b) la partie qui demande qu’on lui reconnaisse la qualité pour agir dans l’intérêt public possède un intérêt véritable et direct quant à l’issue du litige;
- c) il n’y a aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

[71] Il ne faut pas interpréter l’analyse effectuée dans l’arrêt *B’nai Brith* comme voulant dire que les seules

challenge a decision are those whose own interests were immediately affected or those who find themselves representing a public interest within certain enumerated criteria. As Evans J.A. wrote in *Irving Shipbuilding*, above, the question of standing cannot be answered in the abstract. Standing must be considered in the context in which the review arises. He wrote at paragraphs 28, 32–33:

In my view, the question of the appellants' standing should be answered, not in the abstract, but in the context of the ground of review on which they rely, namely, breach of the duty of procedural fairness. Thus, if the appellants have a right to procedural fairness, they must also have the right to bring the matter to the Court in order to attempt to establish that the process by which the submarine contract was awarded to CSMG violated their procedural rights. If PWGSC owed the appellants a duty of fairness and awarded the contract to CSMG in breach of that duty, they would be "directly affected" by the impugned decision. If they do not have a right to procedural fairness, that should normally conclude the matter. While I do not find it necessary to conduct an independent standing analysis, I shall briefly address two issues that arose from the parties' submissions.

...

To attach the significance urged by the respondents to Parliament's choice of the words "directly affected", rather than any of the common law standing requirements ("person aggrieved" or "specially affected", for example) would, in my view, ignore the context and purpose of the statutory language of subsection 18.1(1). As the Supreme Court of Canada said recently in *Khosa* (at paragraph 19):

... most if not all judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review. Even the more comprehensive among them ... can only sensibly be interpreted in the common law context ...

Moreover, since all these terms are somewhat indeterminate, Parliament's choice of one rather than another should be regarded as of relatively little importance. See also Thomas A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (Toronto: Carswell, 1986) at 163–64 (*Locus Standi*), especially his apt description (at page 163) of the "semantic wasteland" to be traversed by a court in attempting to apply

personnes qui ont qualité pour contester une décision sont celles dont les intérêts sont directement touchés ou celles qui représentent l'intérêt public suivant un certain nombre de critères. Comme le juge Evans l'a écrit dans l'arrêt *Irving Shipbuilding*, précité, la question de la qualité pour agir ne peut pas être tranchée dans l'abstrait. La qualité pour agir doit être examinée en fonction du contexte entourant le contrôle judiciaire. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 28, 32 et 33 :

Selon moi, la question de la qualité pour agir des appelantes devrait être tranchée, non dans l'abstrait, mais dans le contexte du motif de contrôle sur lequel elles s'appuient, soit, le manquement à l'obligation d'équité procédurale. Ainsi, si les appelantes ont droit à l'équité procédurale, elles doivent également avoir le droit de soumettre la question à la Cour afin de tenter d'établir que le processus en vertu duquel le contrat pour le soutien des sous-marins a été attribué à CSMG viole leurs droits procéduraux. Si TPSGC avait une obligation d'équité envers les appelantes et qu'il avait attribué le contrat à CSMG en violation de cette obligation, les appelantes seraient « directement touchées » par la décision contestée. Si elles n'ont pas droit à l'équité procédurale, le débat devrait, en règle générale, être clos. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'analyser distinctement la question, mais j'examinerai brièvement deux questions découlant des observations des parties.

[...]

En accordant l'importance défendue par les intimés aux mots « directement touché » choisis par le législateur plutôt que de s'appuyer sur l'une ou l'autre des exigences relatives à la qualité pour agir tirées de la common law (« personne lésée » ou « particulièrement touchée », par exemple) on ne tiendrait pas compte du contexte et de l'objectif du libellé du paragraphe 18.1(1) de la Loi. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khosa* (au paragraphe 19) :

[...] la plupart des dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire, sinon toutes, sont rédigées comme s'inscrivant dans le contexte de la common law en matière de contrôle judiciaire. Même les lois les plus exhaustives [...] ne peuvent être interprétées sensément que dans le contexte de la common law [...]

De plus, puisque tous ces termes ne sont sensiblement pas définis, le choix du législateur doit être considéré comme ayant relativement peu d'importance. Voir également Thomas A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (Toronto : Carswell, 1986), aux pages 163 et 164 (*Locus Standi*), plus particulièrement sa très juste description (à la page 163) du [TRADUCTION] « vide sémantique » avec

the various “tests” for standing, both statutory and common law. Although directed at differences between the French and English texts of subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, the following statement in *Khosa* (at paragraph 39) seems equally apt in the interpretation of the words “directly affected” in subsection 18.1(1):

A blinkered focus on the textual variations might lead to an interpretation at odds with the modern rule [of statutory interpretation] because, standing alone, linguistic considerations ought not to elevate an argument about text above the relevant context, purpose and objectives of the legislative scheme....

[72] The approach of the courts as to the standing of those seeking judicial review should tend to be inclusive rather than exclusory. By way of analogy, the Supreme Court of Canada, recently wrote a unanimous decision in *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, saying at paragraphs 11 and 12, that one should not exaggerate the exclusive nature of section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*; a person should not be put through unnecessary and unproductive procedural hoops.

[73] Referring, for instance, to *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, one can understand the attitude of the Courts in exercising judicial discretion, particularly the majority decision at pages 161 and 162 where it allowed a member of the Canadian public (albeit a former president of the Exchequer Court) with no particular or unique interest, to challenge the constitutionality of certain federal legislation.

[74] One can even go much further back in history in referring to the Roman/Jewish historian Flavius Josephus in Book II of his dissertation *Against Apion* written toward the end of the first century of the Common Era, where he considered the writings of the Phoenecians, Chaldeans and Egyptians in respect of the laws of the Jewish nation and wrote at verse 28 (I refer to the latter portion):

lequel les tribunaux doivent composer pour appliquer les divers critères liés à la qualité pour agir, qu’il soient prévus par la loi ou tirés de la common law. Même s’il traite des différences entre les libellés anglais et français du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, l’extrait suivant de l’arrêt *Khosa* (au paragraphe 39) semble s’appliquer tout aussi bien à l’interprétation des mots « directement touché » du paragraphe 18.1(1) :

Une vision étroite des différences entre les deux textes risque de mener à une interprétation incompatible avec la règle moderne [d’interprétation des lois] parce que, isolément, les considérations linguistiques ne doivent pas élever un argument sur le texte au-dessus du contexte pertinent et de l’objet du régime législatif [...]

[72] Les tribunaux, dans leur approche à l’égard de la qualité pour agir des personnes sollicitant un contrôle judiciaire, devraient adopter une approche qui favorise l’inclusion plutôt que l’exclusion. Par analogie, la Cour suprême a récemment rendu un arrêt unanime dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, dans lequel elle a affirmé aux paragraphes 11 et 12 qu’il ne fallait pas exagérer la portée de la compétence exclusive accordée par l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* : une personne ne devrait pas avoir à franchir des étapes procédurales inutiles et improductive.

[73] Si l’on se penche, par exemple, sur l’arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138, on peut comprendre l’attitude des tribunaux dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, particulièrement aux pages 161 et 162, où la Cour suprême du Canada a permis à un particulier canadien (quoiqu’il s’agit d’un ancien président de la Cour de l’échiquier) n’ayant aucun intérêt propre ou unique de contester la constitutionnalité d’une loi fédérale donnée.

[74] On peut même remonter beaucoup plus loin dans le temps et renvoyer au Livre II de la dissertation *Contre Apion* écrite par Flavius Josephus, historien romain et juif, vers la fin du premier siècle de l’ère chrétienne et dans lequel il a examiné les écrits des Phéniciens, des Chaldéens et des Égyptiens sur les lois de la nation juive. Le verset 28 se lit comme suit (voir la seconde phrase) :

If any judge takes bribes, his punishment is death: he that overlooks one that offers him a petition, and this when he is able to relieve him, is a guilty person.

[75] It all comes to the same thing. If there is merit to the issue raised, the Court should be lenient in permitting standing.

[76] In the present case, Public Mobile, Globalive and the other corporate respondents, were all in the same commercial situation. They all bid at the spectrum auction. All were successful. All got licences. The CRTC said that one of them, Globalive, was not eligible, particularly on the CRTC's view of foreign control and the debt structure of Globalive. The Governor in Council reversed that decision saying that the reversal was applicable only in this instance.

[77] Public Mobile was involved in the whole process. It made submissions to the Governor in Council. The impact was clearly stated by Mr. Alek Krstajic, chief executive officer of Public Mobile in his cross-examination in these proceedings conducted April 6, 2010, where he said in answer to questions 181 and 182, notwithstanding the objection of his own Counsel:

BY MR. HUBBARD:

181. Q. Sir, you would agree with me that Public Mobile has no direct interest in this Governor in Council decision?

MR. LASKIN: That's....

MR. HUBBARD: What's the basis for the refusal, Counsel?

MR. LASKIN: He started answering, so I'll let it go.

THE DEPONENT: Let me answer this. Yes, we do have a direct interest in this. If the order in council had said we've changed the laws and anybody who is a new entrant like Globalive, can have the same kind of structure as Globalive

Si un juge reçoit des présents, il est puni de mort. L'indifférence envers un suppliant qu'on pourrait secourir engage la responsabilité.

[75] Toute ces sources ne mènent qu'à une seule conclusion : si la question soulevée est d'une quelconque façon valable, la Cour devrait se montrer indulgente dans sa décision d'accorder la qualité pour agir.

[76] En l'espèce, Public Mobile, Globalive et les autres sociétés demandresses se trouvaient toutes dans la même situation sur le plan commercial. Elles ont toutes participé à la vente aux enchères du spectre. Elles ont toutes été retenues. Elles ont toutes obtenu des licences. Le Conseil a décidé que l'une d'elles, Globalive, n'y avait pas droit notamment en raison de la structure de son financement et parce qu'elle était, selon le Conseil, contrôlée par des étrangers. La gouverneure en conseil a modifié cette décision et a affirmé que son décret ne visait que Globalive.

[77] Public Mobile a participé à l'ensemble du processus. Elle a présenté des observations à la gouverneure en conseil. Les conséquences du décret de cette dernière ont été clairement exposées par M. Alek Krstajic, président-directeur général de Public Mobile, lors de son contre-interrogatoire dans la présente affaire, mené le 6 avril 2010, alors qu'il répondait aux questions 181 et 182, et ce, malgré l'objection soulevée par son propre avocat :

[TRADUCTION]

M. HUBBARD :

181. Q. Monsieur, seriez-vous d'accord avec moi pour affirmer que Public Mobile n'a aucun intérêt direct dans le décret de la gouverneure générale?

M. LASKIN : C'est [...]

M. HUBBARD : Pourquoi vous opposez-vous maître?

M. LASKIN : Il a commencé à répondre, je le laisserai donc faire.

LE TÉMOIN : Laissez-moi répondre à cette question. Nous avons bel et bien un intérêt direct dans la présente affaire. Si le décret avait changé le droit et que n'importe quelle nouvelle société étrangère, comme Globalive, pourrait avoir la

and can get foreign capital, I can tell you right now, this application would not have been brought forward, full stop. But the fact that they tried to say...this isn't in a change in the law, so look the other way, this thing isn't really a change in the law, and it only applies to Globalive, made it a direct impact on me because it directly impacts my ability to get more money and grow. And they're not having a level playing field, they're allowing Globalive to have access to foreign capital that I don't have. So, is that a direct impact on me? Let's go back to your economics lesson on what allows a company to grow. It's not just something as simple as market share. How do you get more markets? You get more capital that allows you to build very expensive networks and open more markets and therefore get more revenue. So, does it directly impact me when one competitor can have foreign capital and another can't? Yes, yes, it directly impacts me.

[78] Counsel for the Attorney General argued that the applicant did not “plead” the nature of the standing which it claimed in order to secure judicial relief. This is an application, not an action. The requirements under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] for “pleading” are vague or even non-existent. I reviewed this situation in my decision in *Air Canada*, above, at paragraphs 77 to 85. Even if there were requirements for pleadings, to “plead” standing in the notice of application would be to anticipate a defence. There is no requirement to plead in anticipation of a defence. In the present application, the respondents provided no “pleading” of any kind. At the hearing, the parties were well aware of the arguments raised as to standing. Nobody was taken by surprise. Each party argued the matter fully. I reject any argument as to lack of “pleading”.

[79] I find that Public Mobile has sufficient interest in the matters at issue so as to be a person entitled to seek judicial review in these proceedings.

même structure que Globalive et aurait le droit d'obtenir du financement étranger, je peux vous garantir que la présente demande n'aurait jamais été présentée, point à la ligne. Mais le fait que la gouverneure en conseil ait essayé de dire [...] qu'il ne s'agissait pas d'une modification du droit, qu'il faut fermer les yeux parce que le droit n'a pas été modifié, et que le décret ne s'applique qu'à Globalive, cela me touche directement parce que cela nuit à ma capacité d'obtenir du financement et ainsi de croître. Et cela cause une inégalité des chances parce que la gouverneure en conseil permet à Globalive d'avoir accès à du financement étranger auquel je n'ai pas accès. Par conséquent, ne croyez-vous pas que ce décret me touche directement? Souvenons-nous de nos leçons d'économie quant aux éléments qui permettent à une société de croître. La part de marché n'explique pas tout. Comment augmente-t-on la part de marché d'une société? Vous obtenez davantage de capital qui vous permet de mettre en place des réseaux très dispendieux et d'ouvrir de nouveaux marchés, ce qui apporte davantage de revenus. Par conséquent, suis-je directement touché par le fait qu'un compétiteur peut obtenir du capital étranger et qu'un autre ne le peut pas? Oui, tout à fait, cela me touche directement.

[78] L'avocat du procureur général a avancé que la demanderesse n'avait pas « plaidé » la nature de la qualité pour agir qu'elle alléguait afin d'obtenir réparation par la Cour. Il s'agit d'une demande et non d'une action. Les exigences imposées par les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], à savoir que le demandeur « plaide » sont vagues ou même inexistantes. J'ai examiné la présente question dans la décision *Air Canada*, précitée, aux paragraphes 77 à 85. Même s'il existait des exigences selon lesquelles le demandeur doit plaider, le fait de « plaider » la qualité pour agir dans l'avis de demande équivaldrait à anticiper une défense. Il n'existe aucune exigence selon laquelle le demandeur doit plaider en prévision d'une défense. En l'espèce, les défendeurs n'ont aucunement « plaidé ». Lors de l'audience, les parties étaient parfaitement au courant des allégations soulevées à l'égard de la qualité pour agir. Personne n'a été pris par surprise. Les parties ont débattu à fond de cette question. Je rejette tout argument selon lequel le demandeur n'a pas « plaidé » la qualité pour agir.

[79] Je conclus que Public Mobile a un intérêt suffisant en l'espèce et qu'elle avait donc le droit de solliciter le présent contrôle judiciaire.

(b) Alternative Remedy

[80] The Attorney General's counsel argued that Public Mobile should not be allowed standing because it has an effective alternative remedy. This point was not vigorously pursued at the hearing. The argument is not based on any provision in the *Telecommunications Act* or other relevant statute; rather, it relies on a suggestion that certain legal tactics may be pursued by Public Mobile that may result in providing it with some relief that it may see as favourable. I repeat those tactics as suggested in the factum of the Attorney General at paragraph 66:

The only means by which Public Mobile can achieve legal certainty for its expressed concern is for the company to request a Canadian ownership and control review by the CRTC on the facts of its situation. If Public Mobile raises more foreign capital, and, as a result, the CRTC can no longer conclude that Public Mobile is not controlled in fact by a non-Canadian, Public Mobile can either ask the CRTC to reconsider its decision under section 62 of the Act, petition the Governor in Council to vary the decision under section 12, or appeal to the Federal Court of Appeal.

[81] The Attorney General cited the decision of the Federal Court of Appeal in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, for the proposition that a party can proceed to the court system only after all adequate remedial resources in the administrative process have been exhausted.

[82] I agree that where the applicable statute or regulations provide for appeals, reviews and other such remedies in respect of decisions, it is appropriate that such avenues be exhausted before recourse to the courts. This does not mean that an opposing party who can offer legal strategies that may or may not work can, by suggesting such strategies, frustrate access to the courts. That is all that the Attorney General in paragraph 66, above, is suggesting.

[83] In the present situation, access to the court system is appropriate.

b) L'autre recours

[80] L'avocat du procureur général a plaidé que Public Mobile ne devrait pas avoir qualité pour agir parce qu'elle dispose d'un autre recours approprié. Le présent point n'a pas été débattu énergiquement lors de l'audience. L'argument ne trouve son fondement ni dans la *Loi sur les télécommunications* ni dans aucune autre loi pertinente; il est plutôt fondé sur la prétention que Public Mobile pourrait avoir recours à certaines stratégies juridiques qui pourraient lui apporter une réparation quelconque qu'elle pourrait considérer comme étant satisfaisante. Je cite le paragraphe 66 du mémoire du procureur général qui expose ces stratégies :

[TRADUCTION] La seule façon dont Public Mobile peut obtenir une certitude en droit quant aux préoccupations soulevées consiste à présenter au Conseil une demande d'examen de propriété et de contrôle canadiens en fonction des faits qui lui sont propres. Si Public Mobile obtient davantage de capital étranger et que le Conseil ne peut plus conclure que Public Mobile n'est pas contrôlée de fait par un non-Canadien, elle peut lui demander de réviser sa décision en vertu de l'article 62 de la Loi, demander au gouverneur général de modifier la décision en vertu de l'article 12 ou interjeter appel à la Cour d'appel fédérale.

[81] Le procureur général a invoqué l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, pour affirmer qu'une partie ne peut s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours utiles qui lui sont ouvertes en vertu du processus administratif.

[82] Je suis d'accord : si la loi ou le règlement applicable prévoit un droit d'appel ou de révision ou bien d'autres voies de recours semblables à l'égard d'une décision, il convient de les épuiser avant de saisir les tribunaux de l'affaire. Cela ne veut pas dire qu'une partie adverse qui propose des stratégies juridiques dont l'issue est incertaine empêche l'accès aux tribunaux en les proposant. C'est tout ce que le procureur général propose dans le paragraphe 66 cité cidessus.

[83] En l'espèce, l'accès aux tribunaux est approprié.

ISSUE 2: Whether the Governor in Council acted within its statutory mandate in varying the CRTC decision concerning Globalive

LA SECONDE QUESTION EN LITIGE : La gouverneure en conseil a-t-elle outrepassé son mandat légal en modifiant la décision du Conseil concernant Globalive?

(a) The Telecommunications Act

[84] It is common ground that the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 is the relevant statute under which both the CRTC and the Governor in Council made their decisions. Sections 4 and 5 [as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 175] of that Act provide any person, other than a broadcasting undertaking, who operates any transmission facility of a Canadian carrier, is subject to the Act. Each of these terms is a defined term and, for purposes of these reasons, it can be accepted that each of Public Mobile, Globalive and the corporate respondents is a person who is subject to the Act.

[85] Section 7 of the Act sets out the objectives of Canadian telecommunications policy. It says:

Objectives

7. It is hereby affirmed that telecommunications performs an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and that the Canadian telecommunications policy has as its objectives

(a) to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions;

(b) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;

(c) to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

(d) to promote the ownership and control of Canadian carriers by Canadians;

(e) to promote the use of Canadian transmission facilities for telecommunications within Canada and between Canada and points outside Canada;

a) La Loi sur les télécommunications

[84] Tous conviennent que la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, est la loi pertinente et que tant le Conseil que la gouverneure en conseil ont rendu leur décision en vertu de cette loi. Les articles 4 et 5 [mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 175] de la Loi disposent que quiconque, hormis les entreprises de radiodiffusions, gère ou exploite une installation de transmission d'une entreprise canadienne est assujéti à la Loi. Chacun de ces termes est défini et, aux fins des présents motifs, on peut accepter que Public Mobile, Globalive et les sociétés défenderesses sont des personnes assujétiées à la Loi.

[85] L'article 7 de la Loi établit les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication :

Politique

7. La présente loi affirme le caractère essentiel des télécommunications pour l'identité et la souveraineté canadiennes; la politique canadienne de télécommunication vise à :

a) favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions;

b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité;

c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

d) promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens;

e) promouvoir l'utilisation d'installations de transmission canadiennes pour les télécommunications à l'intérieur du Canada et à destination ou en provenance de l'étranger;



(f) to foster increased reliance on market forces for the provision of telecommunications services and to ensure that regulation, where required, is efficient and effective;

(g) to stimulate research and development in Canada in the field of telecommunications and to encourage innovation in the provision of telecommunications services;

(h) to respond to the economic and social requirements of users of telecommunications services; and

(i) to contribute to the protection of the privacy of persons.

f) favoriser le libre jeu du marché en ce qui concerne la fourniture de services de télécommunication et assurer l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire;

g) stimuler la recherche et le développement au Canada dans le domaine des télécommunications ainsi que l'innovation en ce qui touche la fourniture de services dans ce domaine;

h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication;

i) contribuer à la protection de la vie privée des personnes.

[86] Sections 8, 10 and 11 of the Act permit the Governor in Council, by order, to issue directions to the CRTC on broad policy matters with respect to Canadian telecommunications policy objectives. No such order has been issued in this case.

[87] Subsection 12(1) of the Act permits the Governor in Council, on its own motion or on petition from another, by order, to vary or rescind or send back to the CRTC any CRTC decision. Subsection 12(8) requires reasons to be given. Section 13 requires consultation with the provincial government:

Variation,  
rescission or  
referral

**12.** (1) Within one year after a decision by the Commission, the Governor in Council may, on petition in writing presented to the Governor in Council within ninety days after the decision, or on the Governor in Council's own motion, by order, vary or rescind the decision or refer it back to the Commission for reconsideration of all or a portion of it.

...

Reasons

(8) In an order made under subsection (1) or (7), the Governor in Council shall set out the reasons for making the order.

Provincial  
consultation

**13.** The Minister, before making a recommendation to the Governor in Council for the purposes of any order under section 8 or 12, or before making any order under section 15, shall

[86] Les articles 8, 10 et 11 de la Loi permettent au gouverneur en conseil, par décret, de donner au Conseil des instructions d'application générale relativement à la politique canadienne en matière de télécommunication. Aucun décret de ce type n'a été pris en l'espèce.

[87] Le paragraphe 12(1) de la Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite, modifier ou annuler la décision du Conseil ou la lui renvoyer. Le paragraphe 12(8) exige que des motifs soient énoncés. L'article 13 prévoit que les gouvernements des provinces peuvent consulter le gouverneur en conseil :

**12.** (1) Dans l'année qui suit la prise d'une décision par le Conseil, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite présentée dans les quatre-vingt-dix jours de cette prise, modifier ou annuler la décision ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience.

[...]

Modification,  
annulation ou  
réexamen

Motifs

(8) Le gouverneur en conseil énonce, dans un décret qu'il prend en vertu du paragraphe (1) ou (7), les motifs de celui-ci.

Consultation

**13.** Le ministre, avant de présenter sa recommandation au gouverneur en conseil sur la prise d'un décret en vertu des articles 8 ou 12 ou avant de prendre un arrêté en vertu de l'article

notify a minister designated by the government of each province of the Minister's intention to make the recommendation or the order and shall provide an opportunity for each of them to consult with the Minister.

15, avise le ministre désigné par le gouvernement de chaque province de son intention de présenter la recommandation ou de prendre l'arrêté et lui donne la possibilité de le consulter.

[88] Section 72.15 [as enacted by S.C. 2005, c. 50, s. 2] exempts from a review by the Governor in Council decisions of the CRTC as to violation of its orders and imposition of a penalty. This is not relevant here.

[88] Suivant l'article 72.15 [édicte par L.C. 2005, ch. 50, art. 2], les décisions du Conseil en ce qui a trait à la violation de ses ordonnances et à l'imposition d'une pénalité ne peuvent pas faire l'objet d'une révision par le gouverneur en conseil. Cette disposition n'est pas pertinente en l'espèce.

[89] Subsection 16(1) [as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 2184] of the Act provides that a Canadian carrier is eligible to operate as a telecommunications common carrier if it is a Canadian-owned and controlled corporation incorporated under Canadian or provincial laws:

[89] Le paragraphe 16(1) [mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 2184] de la Loi dispose qu'une entreprise de télécommunication est admissible à opérer en tant qu'entreprise canadienne si elle est une personne morale constituée sous le régime des lois fédérales ou provinciales et est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien :

Eligibility

**16. (1)** A Canadian carrier is eligible to operate as a telecommunications common carrier if

(a) it is a Canadian-owned and controlled corporation incorporated or continued under the laws of Canada or a province; or

(b) it owns or operates only a transmission facility that is referred to in subsection (5).

**16. (1)** Est admise à opérer comme entreprise de télécommunication l'entreprise canadienne qui :

a) soit est une personne morale constituée ou prorogée sous le régime des lois fédérales ou provinciales et est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien;

b) soit n'est propriétaire ou exploitante que d'une installation de transmission visée au paragraphe (5).

Admissibilité

[90] Subsection 16(3) of the Act which is pertinent here, defines what is Canadian-owned and controlled for the purposes of subsection 16(1):

[90] Le paragraphe 16(3) de la Loi, qui est pertinent en l'espèce, définit ce qu'on entend par propriété de Canadiens et sous contrôle canadien aux fins du paragraphe 16(1) :

**16. ...**

**16. [...]**

Canadian ownership and control

(3) For the purposes of subsection (1), a corporation is Canadian-owned and controlled if

(a) not less than eighty per cent of the members of the board of directors of the corporation are individual Canadians;

(b) Canadians beneficially own, directly or indirectly, in the aggregate and otherwise than by way of security only, not less than eighty

(3) Pour l'application du paragraphe (1), est la propriété de Canadiens et est contrôlée par ceux-ci la personne morale :

a) dont au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs sont des Canadiens;

b) dont au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou

Contrôle et propriété canadiens

per cent of the corporation's voting shares issued and outstanding; and

(c) the corporation is not otherwise controlled by persons that are not Canadians.

[91] It is agreed that the "legal control" requirements of paragraphs 16(3)(a) and (b) have been met by Globalive. The CRTC and Governor in Council decisions differed as to whether the "control in fact" provision of paragraph 16(3)(c) had been met.

[92] Section 47 of the Act provides that the CRTC shall exercise its powers with a view to implementing Canadian telecommunications policy objectives:

Commission  
subject to  
orders and  
standards

**47.** The Commission shall exercise its powers and perform its duties under this Act and any special Act

(a) with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives and ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27; and

(b) in accordance with any orders made by the Governor in Council under section 8 or any standards prescribed by the Minister under section 15.

[93] Section 52 of the Act is directed at findings of fact by the CRTC. Subsection 52(1) provides that the CRTC's determination on a question of fact is binding and conclusive:

Questions  
of law  
and fact

**52.** (1) The Commission may, in exercising its powers and performing its duties under this Act or any special Act, determine any question of law or of fact, and its determination on a question of fact is binding and conclusive.

indirecte, de Canadiens, à l'exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement;

c) qui n'est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.

[91] Tous conviennent que Globalive satisfait aux exigences liées au « contrôle de droit » établies par les alinéas 16(3)a) et b). Dans leur décision, le Conseil et la gouverneure en conseil n'étaient pas du même avis quant à savoir si la disposition concernant le « contrôle de fait », soit l'alinéa 16(3)c), avait été respectée.

[92] L'article 47 de la Loi dispose que le Conseil doit exercer ses pouvoirs de façon à réaliser les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication :

**47.** Le Conseil doit, en se conformant aux décrets que lui adresse le gouverneur en conseil au titre de l'article 8 ou aux normes prescrites par arrêté du ministre au titre de l'article 15, exercer les pouvoirs et fonctions que lui confèrent la présente loi et toute loi spéciale de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication et à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec les dispositions de l'article 27.

Conseil  
soumis aux  
normes et  
décrets

[93] L'article 52 de la Loi porte sur les conclusions de fait tirées par le Conseil. Le paragraphe 52(1) dispose que les décisions sur les questions de fait sont obligatoires et définitives :

**52.** (1) Le Conseil connaît, dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés au titre de la présente loi ou d'une loi spéciale, aussi bien des questions de droit que des questions de fait; ses décisions sur ces dernières sont obligatoires et définitives.

Question  
de droit ou  
de fait

Factual findings of court	(2) In determining a question of fact, the Commission is not bound by the finding or judgment of any court, but the finding or judgment of a court is admissible in proceedings of the Commission.	(2) Dans les décisions qu'il rend sur des questions de fait, le Conseil n'est pas lié par les conclusions ou jugements des tribunaux, lesquels sont cependant admissibles devant lui.	Jugements d'autres tribunaux
Pending proceedings	(3) The power of the Commission to hear and determine a question of fact is not affected by proceedings pending before any court in which the question is in issue.	(3) Le Conseil peut juger les questions de fait dont connaît déjà un tribunal.	Litispendance
[94] Sections 60 through 63 of the Act deal with decisions of the CRTC. Subsection 64(1) [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 206(F)] provides for an appeal to the Federal Court of Appeal on any question of law or of jurisdiction:		[94] Les articles 60 à 63 de la Loi portent sur les décisions du Conseil. Le paragraphe 64(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206(F)] prévoit qu'il est possible d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence :	
Appeal to Federal Court of Appeal	<b>64.</b> (1) An appeal from a decision of the Commission on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with the leave of that Court.	<b>64.</b> (1) Avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du Conseil.	Droit d'appel
[95] The constant theme of the Act is adherence to Canadian telecommunications policy objectives. Those objectives are set out in section 7 of the Act. The opening paragraph of section 7 emphasizes that telecommunications plays an <i>essential</i> role in the maintenance of <i>Canada's identity and sovereignty</i> .		[95] Le respect des objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication constitue un thème récurrent dans la Loi. Ces objectifs sont établis à l'article 7 de la Loi. Le passage introductif de l'article 7 souligne que les télécommunications jouent un rôle <u>essentiel</u> pour <u>l'identité et la souveraineté du Canada</u> .	
(b) <u>Findings of Fact</u>		b) <u>Les conclusions de fait</u>	
[96] Subsection 52(1) of the <i>Telecommunications Act</i> as reproduced above, provides that a determination by the CRTC on a question of fact is binding and conclusive.		[96] Le paragraphe 52(1) de la <i>Loi sur les télécommunications</i> , qui est cité ci-dessus, prévoit que les décisions du Conseil sur les questions de fait sont obligatoires et définitives.	
[97] Counsel for Globalive traced this provision back to section 59 of the <i>National Transportation Act</i> , R.S.C., 1985, c. N-20 and right back to <i>The Railway Act</i> , 1903, S.C. 1903, c. 58, section 42, which provided that findings of fact were binding "on all courts". Thus, Globalive argued, subsection 52(1) must be read contextually so that the CRTC's findings of fact are binding on courts but not on the Governor in Council.		[97] L'avocat de Globalive a retracé l'origine du paragraphe 52(1) à l'article 59 de la <i>Loi sur les transports nationaux</i> , L.R.C. (1985), ch. N-20, puis à l'article 42 de l' <i>Acte des chemins de fer</i> , 1903, S.C. 1903, ch. 58, qui disposait que les conclusions de fait liaient « tous les tribunaux ». Globalive a plaidé que le paragraphe 52(1) devait être interprété dans son contexte et que, par conséquent, les conclusions de fait tirées par le Conseil liaient les tribunaux, mais non le gouverneur en conseil.	
[98] On the other hand, Public Mobile's counsel argues that subsection 52(1) is to be read without restriction and		[98] Par ailleurs, l'avocat de Public Mobile soutient qu'il faut interpréter le paragraphe 52(1) sans restriction	

applies equally to any body dealing with the CRTC's decisions, including the Governor in Council. They argue that *The Railway Act*, 1903 should not reach "beyond the grave" so as to constrain the modern *Telecommunications Act*.

[99] To determine whether the question as to the reach of subsection 52(1) of the Act applies to the Governor in Council's decision, the Court must first consider whether the Governor in Council disturbed a "finding of fact" by the CRTC.

[100] The Supreme Court of Canada provided useful guidance on this issue in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The majority decision written by Iacobucci and Major J.J. noted the important distinction between findings of fact and conclusions drawn from those findings, which conclusions are sometimes, somewhat carelessly, also called findings of fact. If a court finds that a person committed acts A and B and failed to commit act C, these are findings of fact. If the Court then concludes that as a result, the person was negligent, that is a conclusion drawn from the findings of fact. The result is termed a question of mixed fact and law. The majority wrote at paragraph 26:

D. *Standard of Review for Questions of Mixed Fact and Law*

At the outset, it is important to distinguish questions of mixed fact and law from factual findings (whether direct findings or inferences). Questions of mixed fact and law involve applying a legal standard to a set of facts: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. On the other hand, factual findings or inferences require making a conclusion of fact based on a set of facts. Both mixed fact and law and fact findings often involve drawing inferences; the difference lies in whether the inference drawn is legal or factual. Because of this similarity, the two types of questions are sometimes confounded. This confusion was pointed out by A. L. Goodhart in "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 *L.Q.R.* 402, at p. 405:

et que ce paragraphe s'applique de la même façon à toute entité appelée à se pencher sur les décisions du Conseil, y compris le gouverneur en conseil. Il allègue qu'il ne faut pas [TRADUCTION] « donner une seconde vie » à l'*Acte des chemins de fer*, 1903 de façon à restreindre la portée de la *Loi sur les télécommunications* en vigueur actuellement.

[99] Pour déterminer si le paragraphe 52(1) de la *Loi sur les télécommunications* s'applique au décret de la gouverneure en conseil, la Cour doit établir si la gouverneure en conseil a modifié une « conclusion de fait » du Conseil.

[100] La Cour suprême du Canada a fourni des conseils utiles à cet égard dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les motifs de la majorité, qui ont été rédigés par les juges Iacobucci et Major, ont révélé l'importante distinction qu'il faut faire entre les conclusions de fait et les inférences découlant de ces conclusions, lesquelles inférences sont parfois aussi appelées, quelque peu maladroitement, conclusions de fait. Si un tribunal conclut qu'une personne a commis les actes A et B, mais pas l'acte C, il s'agit de conclusions de fait. Si la Cour infère par la suite qu'il ressort de ces conclusions de fait que la personne a été négligente, il s'agit d'une inférence tirée sur le fondement de ces conclusions. C'est ce qui est appelé question mixte de fait et de droit. La majorité a écrit ce qui suit au paragraphe 26 :

D. *La norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit*

D'entrée de jeu, il importe de distinguer les questions mixtes de fait et de droit des conclusions factuelles (qu'il s'agisse de conclusions directes ou d'inférences). Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits : *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35. Par contre, les conclusions ou les inférences de fait exigent que soit tirée une conclusion factuelle d'un ensemble de faits. Tant les questions mixtes de fait et de droit que les questions de fait exigent souvent du tribunal qu'il tire des inférences; la différence réside dans le caractère — juridique ou factuel — de ces inférences. En raison de cette similitude, on confond parfois les deux catégories de questions. Cette confusion a été soulignée par A. L. Goodhart dans « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402, p. 405 :

The distinction between [the perception of facts and the evaluation of facts] tends to be obfuscated because we use such a phrase as “the judge found as a fact that the defendant had been negligent,” when what we mean to say is that “the judge found as a fact that the defendant had done acts A and B, and as a matter of opinion he reached the conclusion that it was not reasonable for the defendant to have acted in that way.”

In the case at bar, there are examples of both types of questions. The issue of whether the municipality ought to have known of the hazard in the road involves weighing the underlying facts and making factual findings as to the knowledge of the municipality. It also involves applying a legal standard, which in this case is provided by s. 192(3) of the *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1, to these factual findings. Similarly, the finding of negligence involves weighing the underlying facts, making factual conclusions therefrom, and drawing an inference as to whether or not the municipality failed to exercise the legal standard of reasonable care and therefore was negligent.

[101] Once it is determined that a finding is one of mixed fact and law, the court must consider whether the alleged error is purely one of law that is subject to review on the correctness standard. The majority in *Housen* wrote at paragraph 27:

Once it has been determined that a matter being reviewed involves the application of a legal standard to a set of facts, and is thus a question of mixed fact and law, then the appropriate standard of review must be determined and applied. Given the different standards of review applicable to questions of law and questions of fact, it is often difficult to determine what the applicable standard of review is. In *Southam, supra*, at para. 39, this Court illustrated how an error on a question of mixed fact and law can amount to a pure error of law subject to the correctness standard:

... if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

Therefore, what appears to be a question of mixed fact and law, upon further reflection, can actually be an error of pure law.

[TRADUCTION] La distinction entre [la perception des faits et l’appréciation de ceux-ci] a tendance à être embrouillée parce que nous utilisons la formule « le juge a conclu au fait que le défendeur avait été négligent », alors que ce que nous voulons dire, c’est que « le juge a constaté le fait que le défendeur a commis les actes A et B et, suivant son opinion, il a conclu qu’il n’était pas raisonnable pour ce dernier d’avoir agi ainsi ».

L’affaire qui nous occupe présente des exemples des deux catégories de questions. Pour répondre à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le danger présenté par le chemin, il faut apprécier les faits à l’origine de l’affaire et tirer des conclusions factuelles relativement à la connaissance de la municipalité. Il faut appliquer à ces conclusions factuelles une norme juridique qui, en l’occurrence, est énoncée au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. De même, pour pouvoir conclure à la négligence, il faut apprécier les faits essentiels, en tirer des conclusions factuelles puis en dégager une inférence, c’est-à-dire se demander si la municipalité a oui ou non omis de respecter la norme de diligence raisonnable et si elle a, par conséquent, été négligente ou non.

[101] Une fois que la cour a établi qu’une conclusion constitue une question de fait et de droit, elle doit déterminer si l’erreur alléguée est une pure erreur de droit assujettie à la norme de la décision correcte. La majorité dans l’arrêt *Housen* a écrit ce qui suit au paragraphe 27 :

Une fois établi que la question examinée exige l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits et qu’il s’agit donc d’une question mixte de fait et de droit, il faut alors déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée et l’appliquer. Vu les diverses normes de contrôle qui s’appliquent aux questions de droit et aux questions de fait, il est souvent difficile de déterminer celle qui s’applique. Dans l’arrêt *Southam*, précité, par. 39, notre Cour a expliqué comment une erreur touchant une question mixte de fait et de droit peut constituer une pure erreur de droit, assujettie à la norme de la décision correcte :

... si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s’il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Par conséquent, ce qui peut paraître une question mixte de fait et de droit peut, après plus ample examen, se révéler en réalité une pure erreur de droit.

[102] The decision of the Governor in Council did not disagree with the CRTC on its factual determinations. It disagreed with the CRTC as to the conclusions to be drawn from those facts. This is quite apparent, for instance, with reference to the following “Whereas” clauses at page 3:

Whereas the Governor in Council recognizes that the Commission came to its conclusion on Globalive’s non-compliance with the ownership and control requirements based on an assessment of various factors that provide influence to the non-Canadian shareholder which in its view, when taken together, amount to control;

Whereas the Governor in Council recognizes that multiple levers of influence can, when combined, amount to control, but considers that that is not the case with Globalive;

Whereas the Governor in Council considers that, on the basis of a careful examination of the facts and submissions before the Commission, it is reasonable to conclude, for the reasons set out in this Order, that Globalive is not in fact controlled by persons that are not Canadian and therefore meets the Canadian ownership and control requirements under the Act and is eligible to operate as a telecommunications common carrier in Canada;

[103] This is also apparent in reading the schedule, much of which has been set out earlier in these reasons. I repeat paragraph 20:

**20.** In summary, such a significant concentration of debt in the hands of Orascom provides Orascom with influence over Globalive. However, given the exceptional terms and conditions of the lending instruments which severely restrict the protection afforded to the lender and the rights of Globalive to renew the debt for up to six years or to retire it as its entire discretion without penalty (so that the existence of those loans is not precarious), the debt financing provided by Orascom does not enable it to control in fact either the strategic or operational decisions of Globalive.

[104] I conclude, therefore, that the Governor in Council has not made any different findings of fact than those found by the CRTC. However, the Governor in Council has drawn different conclusions from those findings. It has made a legal determination drawn from those facts. As such, the findings of the Governor in Council based on a legal determination are to be judicially

[102] Dans son décret, la gouverneure en conseil n’a pas remis en question les conclusions de fait du Conseil. Elle était en désaccord avec le Conseil quant aux inférences tirées sur le fondement de ces conclusions de fait, ce qui ressort clairement, par exemple, des « Attendu[s] » des pages 3 et 4 :

Attendu que la gouverneure en conseil reconnaît que le Conseil a conclu que Globalive ne répond pas aux exigences de propriété et de contrôle après avoir examiné plusieurs facteurs qui permettent à l’actionnaire non canadien d’exercer une influence et qui, pris ensemble, constituent, à son avis, un contrôle de fait;

Attendu que la gouverneure en conseil reconnaît que la combinaison de plusieurs moyens d’influencer peut se traduire en contrôle de fait, mais que ce n’est pas le cas de Globalive;

Attendu que la gouverneure en conseil considère, après avoir soigneusement examiné les faits et les représentations présentées au Conseil, qu’il est raisonnable de conclure, pour les raisons indiquées dans le présent décret, que Globalive n’est pas contrôlée par des non-Canadiens et qu’elle satisfait par conséquent aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la Loi, ce qui la rend admise à opérer à titre d’entreprise de télécommunication au Canada;

[103] Cela ressort également de l’annexe, dont la plus grande partie a été citée ci-dessus. Je reproduit de nouveau le paragraphe 20 :

**20.** En résumé, une telle concentration de la dette entre les mains d’Orascom lui permet d’influencer Globalive. Toutefois, compte tenu d’une part, des modalités exceptionnelles des accords de prêts qui restreignent de façon importante les protections accordées au prêteur et, d’autre part, les droits de Globalive de renouveler l’emprunt pendant une période pouvant aller jusqu’à six ans ou de le retirer à son entière discrétion, sans pénalité (de sorte que les emprunts ne sont pas précaires), le financement par emprunt fourni par Orascom ne lui permet pas d’exercer un contrôle de fait sur les décisions de Globalive, tant sur le plan stratégique que sur le plan opérationnel.

[104] Je conclus donc que la gouverneure en conseil n’a pas tiré de conclusions de fait différentes de celles tirées par le Conseil. La gouverneure en conseil a toutefois fait des inférences différentes sur le fondement de ces conclusions de fait. Elle a tiré des conclusions de droit sur le fondement de ces faits. Par conséquent, la norme de contrôle applicable au décret de la gouverneure en

reviewed on a standard of correctness (*Dunsmuir*, above, at paragraph 50).

(c) Legal Findings

[105] As determined above, the decision of the Governor in Council involves legal findings and is to be determined on a standard of correctness. The governing legal provisions are those of the *Telecommunications Act*.

[106] The legal basis upon which the Governor in Council has stated that its decision was made has been set out at page 2 of the “Whereas” recitals:

Whereas Canadian telecommunications policy objectives include rendering reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada, promoting the ownership and control of Canadian carriers by Canadians and enhancing the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

Whereas the Minister of Industry took measures in the context of the Advanced Wireless Spectrum auction in 2007-2008 to encourage the emergence and participation of new entrants in order to foster greater competition in the Canadian wireless telecommunication market and further innovation in the industry and to respond to the requirements of Canadian users of telecommunication services with a goal of lower prices, better service and more choice for consumers and business;

Whereas Globalive, as a new entrant, was a successful bidder in the Advanced Wireless Spectrum licensing process and was issued spectrum licences by the Minister of Industry;

Whereas, in order to operate as a telecommunications common carrier in Canada, Globalive must satisfy the Canadian ownership and control requirements set out in the Act;

Whereas the Governor in Council considers that, when possible, the Canadian ownership and control requirements should be applied in support of the Canadian telecommunications policy objectives set out in the Act, including enhancing competition in the telecommunications market;

conseil pris sur le fondement des conclusions de droit est la décision correcte (*Dunsmuir*, précité, paragraphe 50).

c) Les conclusions de droit

[105] Comme je l’ai mentionné ci-dessus, le décret de la gouverneure en conseil renferme des conclusions de droit qui doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte. Les dispositions applicables se trouvent dans la *Loi sur les télécommunications*.

[106] La gouverneure en conseil a précisé le fondement légal de son décret aux pages 2 et 3 des « Attendu[s] » :

Attendu que la politique canadienne en matière de télécommunication a entre autres comme objectif de permettre l’accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité, de promouvoir l’accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens et d’accroître l’efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

Attendu que le ministre de l’Industrie a pris des mesures dans le cadre des enchères du spectre des services sans fil évolués, en 2007-2008, pour favoriser l’émergence et la participation des nouveaux venus et de ce fait stimuler la concurrence et l’innovation sur le marché canadien des télécommunications sans fil, et de répondre aux besoins des utilisateurs canadiens des services de télécommunication en vue d’obtenir une réduction des prix et une amélioration du service et des choix offerts aux consommateurs et aux entreprises;

Attendu que Globalive, à titre de l’un de ces nouveaux venus, a été un soumissionnaire gagnant du processus d’attribution de licences du spectre des services sans fil évolués et que le ministre de l’Industrie lui a délivré des licences du spectre;

Attendu que pour être admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada, Globalive doit satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la Loi;

Attendu que la gouverneure en conseil considère que, dans la mesure du possible, le fait de satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens devrait appuyer les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication énoncés dans la Loi, notamment accroître la concurrence sur le marché des télécommunications;



Whereas the Canadian ownership and control requirements of the Act restrict the ownership of voting shares by non-Canadians, but the Act does not impose limits on foreign investment in telecommunication common carriers and should be interpreted in a way that ensures that access to foreign capital, technology and experience is encouraged in a manner that supports all of the Canadian telecommunication policy objectives;

[107] The Governor in Council has in many respects adhered to and acknowledged the Canadian telecommunication policy objectives as set out in section 7 of the Act. However, the Governor in Council has stepped outside those provisions by inserting a previously unknown policy objective into section 7; namely, that of ensuring access to foreign capital, technology and experience. Secondly it erred by limiting its decision to Globalive only. What is the effect of so doing?

[108] There is no doubt that the Governor in Council is bound by the Act and that the courts may, by way of judicial review, determine whether the Governor in Council has acted within or outside the provisions of the Act. The Supreme Court of Canada has recently followed such a practice in *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427. LeBel J. for the Court wrote at paragraphs 33 and 47:

However, in a country founded on the rule of law and in a society governed by principles of legality, discretion cannot be equated with arbitrariness. While this discretion does of course exist, it must be exercised within a specific legal framework. Discretionary acts fall within a normative hierarchy. In the instant cases, an administrative authority applies regulations that have been made under an enabling statute. The statute and regulations define the scope of the discretion and the principles governing the exercise of the discretion, and they make it possible to determine whether it has in fact been exercised reasonably.

...

The respondents' decisions were consistent neither with the principles governing the application of the *PILT Act* and the *Regulations* nor with Parliament's intention. The way they exercised their discretion led to an unreasonable outcome that

Attendu que les exigences de propriété et de contrôle canadiens restreignent le droit de propriété d'actions avec droit de vote de non-Canadiens, mais que la Loi ne limite pas l'investissement étranger dans les entreprises de télécommunication et que celle-ci devrait s'interpréter de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers dans le but d'appuyer tous les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication;

[107] La gouverneure en conseil a, à de nombreux égards, fait siens et reconnu les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication établis à l'article 7 de la *Loi sur les télécommunications*. Cependant, la gouverneure en conseil s'est écartée des dispositions de cet article lorsqu'elle a ajouté un nouvel objectif aux objectifs de la politique établis par l'article 7, à savoir garantir l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers. Elle a également commis une erreur en affirmant que son décret ne visait que Globalive. Quelles en sont les conséquences?

[108] Il ne fait aucun doute que le gouverneur en conseil est lié par la *Loi sur les télécommunications* et que les tribunaux peuvent, par voie de contrôle judiciaire, établir si le gouverneur en conseil a respecté ou outrepassé les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*. La Cour suprême du Canada a récemment adopté une telle approche dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427. Le juge Lebel, au nom de la Cour suprême, a écrit ce qui suit aux paragraphes 33 et 47 :

Toutefois, dans le cadre d'un État fondé sur la primauté du droit et d'une société régie par des principes de légalité, pouvoir discrétionnaire ne saurait être assimilé à arbitraire. Certes, ce pouvoir discrétionnaire existe, mais il s'exerce à l'intérieur d'un cadre juridique déterminé. L'acte discrétionnaire se situe dans une hiérarchie normative. Dans les présents dossiers, l'autorité administrative applique un règlement lui-même pris en vertu d'une loi habilitante. La loi et les règlements délimitent l'étendue du pouvoir discrétionnaire ainsi que les principes qui gouverneront son exercice et permettront d'apprécier le caractère raisonnable de celui-ci.

[...]

Lorsqu'elles ont pris leurs décisions, les intimées n'ont pas respecté les principes d'application du texte de la *LPRI* et du *Règlement* et l'intention du législateur. Cet exercice de la discrétion des intimées entraînait un résultat déraisonnable, qui

justified the exercise of the Federal Court's power of judicial review.

[109] The Supreme Court of Canada, in dealing with a decision of the Governor in Council in reviewing a decision of the CRTC in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, stated the same principles. Estey J. for the Court wrote at page 748:

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity.

[110] He wrote further at page 752:

However, in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[111] The issues in the *Inuit Tapirisat* case are different from the issues in the present case in that *Inuit Tapirisat* was dealing with the procedural aspects concerning a decision of the Governor in Council. In the present case, we are dealing with the legal basis for such a decision.

[112] The Federal Court of Appeal in *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374 had stated that it is settled law that the Governor in Council must stay within its boundaries of the enabling statute. Noël J.A. for the Court wrote at paragraph 37:

It is well-settled law that when exercising a legislative power given to it by statute, the Governor in Council must stay within the boundary of the enabling statute, both as to empowerment and purpose. The Governor in Council is otherwise free to

justifiait l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour fédérale.

[109] La Cour suprême du Canada, alors qu'elle se penchait sur une décision du gouverneur en conseil qui avait révisé une décision du Conseil dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, a énoncé les mêmes principes. Le juge Estey, au nom de la Cour suprême, a écrit ce qui suit à la page 748 :

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul.

[110] Le juge Estey a ajouté ce qui suit à la page 752 :

Cependant, à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

[111] Les questions en litige dans l'affaire *Inuit Tapirisat* sont différentes de celles en l'espèce : cette affaire portait sur les aspects procéduraux d'une décision rendue par le gouverneur en conseil. La présente affaire porte sur le fondement juridique d'une telle décision.

[112] La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374, a affirmé qu'il était bien établi en droit que le gouverneur en conseil doit demeurer dans les limites de la loi habilitante. Le juge Noël a écrit ce qui suit au nom de la Cour d'appel fédérale au paragraphe 37 :

Il est bien établi en droit que lorsque le gouverneur en conseil exerce un pouvoir conféré par une loi, il doit demeurer dans les limites de la loi habilitante en ce qui a trait à l'habilitation et à la finalité. Le gouverneur en conseil est à tous les autres

exercise its statutory power without interference by the Court, except in an egregious case or where there is proof of an absence of good faith (*Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, page 111; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735).

[113] A decision maker such as the Governor in Council is not only required to take into consideration the relevant statutory criteria, but also to exclude irrelevant criteria. Binnie J. for the majority of the Supreme Court of Canada in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 wrote at paragraph 172:

The principle that a statutory decision maker is required to take into consideration relevant criteria, as well as to exclude from consideration irrelevant criteria, has been reaffirmed on numerous occasions.

[114] The same proposition was stated by Cory J. (as he then was) in delivering the judgment of the Ontario Divisional Court in *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, at page 174:

It has been held that even if made in good faith and with the best of intentions, a departure by a decision-making body from the objects and purposes of a statute pursuant to which it acts is objectionable and subject to review by the Courts.

[115] The Governor in Council in this case misdirected itself in law, particularly as expressed in the “reasons” as set out in the following “Whereas” clauses [at pages 2 and 4]:

Whereas the Canadian ownership and control requirements of the Act restrict the ownership of voting shares by non-Canadians, but the Act does not impose limits on foreign investment in telecommunication common carriers and should be interpreted in a way that ensures that access to foreign capital, technology and experience is encouraged in a manner that supports all of the Canadian telecommunication policy objectives;

...

égard libre d'exercer son pouvoir conféré par la loi sans l'intervention de la Cour, sauf dans un cas flagrant ou lorsque la preuve établit l'absence de bonne foi (*Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, page 111; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735).

[113] Un décideur tel que le gouverneur en conseil est non seulement tenu de prendre en considération les critères légaux pertinents, mais il doit également exclure ceux qui ne le sont pas. Le juge Binnie, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, a écrit ce qui suit au paragraphe 172 :

Le principe voulant que le décideur légal soit tenu de prendre en considération les critères pertinents, tout comme il se doit d'exclure ceux qui ne le sont pas, a été réitéré à maintes reprises.

[114] Le même principe a été énoncé par le juge Cory (plus tard juge à la Cour suprême du Canada) dans une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, à la page 174 :

[TRADUCTION] Il a été statué que, même s'il est commis de bonne foi et avec la meilleure des intentions, tout manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi qui l'autorise à agir est contestable et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par les tribunaux.

[115] La gouverneure en conseil en l'espèce a commis des erreurs de droit, particulièrement dans ses « motifs » formulés dans les « Attendu[s] » suivants [aux pages 3 et 5] :

Attendu que les exigences de propriété et de contrôle canadiens restreignent le droit de propriété d'actions avec droit de vote de non-Canadiens, mais que la Loi ne limite pas l'investissement étranger dans les entreprises de télécommunication et que celle-ci devrait s'interpréter de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers dans le but d'appuyer tous les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication;

[...]

And whereas the Governor in Council considers that this Order is based on the facts of this particular case and has a significant direct impact only on Globalive; [Emphasis added.]

[116] In the present case, the *Telecommunications Act* makes it clear in the opening portion of section 7 that telecommunications has an *essential* role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty. Paragraph 7(d) states as a policy objective the *promotion* of ownership and control of Canadian carriers by Canadians. Section 16 of the Act requires legal control and control in fact to be Canadian.

[117] In the first of the above "Whereas" clauses, the Governor in Council misdirected itself in law by interpreting the Canadian ownership and control requirements of the *Telecommunications Act*, to use its words, "in a way that ensures access to foreign capital, technology and experience is encouraged". While the Governor in Council is correct in saying in the same clause that "the Act does not impose limits on foreign investment" it must be kept in mind that the Act does not refer anywhere to "foreign investment" or to "foreign capital, technology and experience". What the Act does say is that telecommunications has an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and provides a policy objective which requires Canadian ownership and control to be promoted. There is no policy objective in the Act that encourages foreign investment. The Act provides tests as to Canadian ownership and control including in paragraph 16(3)(c) that a corporation not be *otherwise controlled* by a non-Canadian. The intent of the Act is clear that a situation such as this is to be determined in a manner so as to ensure that there is Canadian control. Where there is a concern that foreign investment and other factors may put Canadian control at risk then it is the promotion of Canadian control that is to be the essential criterion upon which the matter is to be determined. It is for Parliament not the Governor in Council to rewrite the Act.

Attendu que la gouverneure en conseil considère que le présent décret se fonde sur les faits propres à ce cas et n'a des répercussions directes importantes que sur Globalive; [Non souligné dans l'original.]

[116] En ce qui a trait à la présente affaire, la *Loi sur les télécommunications* prévoit clairement dans le passage introductif de l'article 7 que les télécommunications jouent un rôle essentiel pour l'identité et la souveraineté du Canada. L'alinéa 7d) établit que l'un des objectifs de la politique est la promotion de l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens. L'article 16 de la Loi dispose que le contrôle de droit et le contrôle de fait doivent être canadiens.

[117] Dans le premier « Attendu » cité ci-dessus, la gouverneure en conseil a commis une erreur de droit lorsqu'elle a estimé que les exigences de propriété et de contrôle canadiens prévues par la *Loi sur les télécommunications* devaient être interprétées « de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers ». La gouverneure en conseil a raison d'affirmer dans la même phrase que « la Loi ne limite pas l'investissement étranger dans les entreprises de télécommunication », mais il faut garder à l'esprit qu'il n'est aucunement question d'« investissement étranger » ni de « capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers » dans la Loi. La Loi prévoit plutôt que les télécommunications jouent un rôle essentiel pour l'identité et la souveraineté du Canada et elle établit que l'un des objectifs de la politique est de promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens. Aucun des objectifs de la politique prévus par la Loi n'a pour but de favoriser l'investissement étranger. La Loi établit le critère lié à la propriété et au contrôle canadiens, notamment à l'alinéa 16(3)c), qui prévoit que la personne morale ne doit pas par ailleurs être contrôlée par des non-Canadiens. L'esprit de la Loi est clair : une affaire telle que celle en l'espèce doit être tranchée de façon à s'assurer que la personne morale est contrôlée par des Canadiens. Lorsque l'on craint que l'investissement étranger et d'autres facteurs constituent une menace envers le contrôle canadien, le critère essentiel dont il faut alors tenir compte pour trancher l'affaire est la promotion du contrôle canadien. Il appartient au législateur et non au gouverneur en conseil de réécrire la Loi.

[118] In the second of the above “Whereas” clauses, the Governor in Council acted outside the legal parameters of the Act in stating that its decision impacts only on Globalive. The Governor in Council cannot restrict its interpretation to one individual and not to others who may find themselves in a similar circumstance.

[119] These improper considerations were fundamental to the determination of the Governor in Council to reverse the decision of the CRTC. Therefore, the decision of the Governor in Council must be quashed.

### CONCLUSIONS

[120] For the reasons provided, I have determined that the applicant Public Mobile has standing to seek judicial review of the decision of the Governor in Council dated 10 December 2009. That decision was based on errors of law and must be quashed.

[121] Counsel for Globalive submitted that, in the event that I made such a determination, it would be reasonable to stay the determination for a period of time so as to permit Globalive and any other relevant person to pursue such appeals and other remedies as may be available. I will stay my judgment for a period of 45 days.

### COSTS

[122] I invited counsel for the parties to make submissions as to costs of the hearing. After discussion, it was determined that those submissions could be made after the release of these reasons. I invite counsel, therefore, to provide written submissions as to costs, both allocation and quantum, not to exceed 3 pages, within 30 days of the date of release of these reasons.

[123] No costs will be awarded for or against any of the interveners.

[118] Dans le deuxième « Attendu » cité cidessus, la gouverneure en conseil a outrepassé les dispositions de la *Loi sur les télécommunications* lorsqu’elle a affirmé que son décret ne visait que Globalive. La gouverneure en conseil ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l’exclusion des autres intéressés qui pourraient se trouver dans une situation semblable.

[119] Ces considérations inappropriées étaient au cœur du décret de la gouverneure en conseil par lequel elle a modifié la décision du Conseil. Par conséquent, le décret de la gouverneure en conseil doit être annulé.

### CONCLUSION

[120] Pour les motifs exposés cidessus, je conclus que la demanderesse Public Mobile a qualité pour solliciter le contrôle judiciaire du décret pris le 10 décembre 2009 par la gouverneure en conseil. Ce décret était fondé sur des erreurs de droit et doit être annulé.

[121] L’avocat de Globalive a avancé que, dans le cas où je rendrais une telle décision, il serait raisonnable d’en suspendre l’application pendant une certaine période de temps de façon à ce que Globalive et tout autre intéressé puissent interjeter appel ou exercer toute autre voie de recours s’offrant à eux. Je suspendrai l’application de mon jugement pour une période de 45 jours.

### LES DÉPENS

[122] J’ai demandé aux parties de présenter des observations quant aux dépens liés à l’instruction. Après discussion, il a été décidé que ces observations seraient présentées après le prononcé des présents motifs. J’invite donc les avocats à fournir des observations écrites quant aux dépens, tant en ce qui concerne leur répartition que leur montant. Les observations doivent avoir au plus 3 pages et être présentées dans les 30 jours après la communication des présents motifs.

[123] Aucuns dépens ne seront adjugés en faveur des intervenants ou contre eux.

## JUDGMENT

FOR THE REASONS PROVIDED, THIS COURT ADJUDGES that:

1. The application is allowed;
2. It is declared that the decision of the Governor in Council P.C. 2009-2008 dated December 10, 2009 is null and void in that it was determined on a basis in law not provided for in the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38;
3. The decision of the Governor in Council aforesaid is quashed;
4. The provisions of paragraphs 2 and 3 of this judgment are stayed for a period of 45 days from the date of the release of the reasons and judgment herein;
5. No costs shall be awarded for or against any of the interveners;
6. Counsel for the remaining parties shall provide written submissions as to costs, both as to the allocation and quantum, not to exceed 3 pages in length, within 30 days from the date of the release of the reasons and judgment herein.

## JUGEMENT

POUR LES MOTIFS EXPOSÉS, LA COUR STATUE :

1. La demande est accueillie;
2. Le décret C.P. 2009-2008 du 10 décembre 2009 pris par la gouverneure en conseil est infirmé parce qu'il était fondé sur des considérations juridiques étrangères à la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38;
3. Le décret de la gouverneure en conseil mentionné ci-dessus est annulé;
4. L'application des paragraphes 2 et 3 du présent jugement est suspendue pour une période de 45 jours après la communication des présents motifs et jugement;
5. Aucuns dépens ne sont adjugés en faveur des intervenants ou contre eux;
6. Les avocats des parties doivent fournir des observations écrites sur les dépens, tant en ce qui concerne leur répartition que leur montant. Les observations doivent avoir au plus 3 pages et être présentées dans les 30 jours après la communication des présents motifs et jugement.

IMM-3079-09  
2010 FC 251

IMM-3079-09  
2010 CF 251

**Craigthus Level** (*Applicant*)

v.

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

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

Federal Court, Russell J.—Toronto, February 3 and March 4, 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA) refusing applications to be deemed Convention refugee, person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97 — Applicant, Jamaican, alleging life, security at risk because of mental illness — Officer not considering application under Act, s. 96 because of serious criminality — Medical reasons advanced by applicant with respect to Act, s. 97 application excluded pursuant to Act, s. 97(1)(b)(iv) — Officer determining that applicant's submissions not sufficiently demonstrating that applicant unable to protect himself, alleged risk precluded from assessment within PRRA application — Whether officer erring in applying s. 97(1)(b)(iv) as bar to assessment of s. 97, ignoring evidence of abuse of mentally ill, lack of state protection — Officer not accurately identifying risks submitted by applicant — Officer making unreasonable assessment of applicant's submissions, ignoring arguments, evidence about risk, abuse of mentally ill, inadequacy of state protection therefor — Application allowed.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of negative pre-removal risk assessment refusing applications to be deemed Convention refugee, person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act,*

**Craigthus Level** (*demandeur*)

c.

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

**RÉPERTORIÉ : LEVEL C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 3 février et 4 mars 2010.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à la suite de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) rejetant la demande présentée en vue d'obtenir la qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, un Jamaïcain, affirmait qu'il serait exposé à des menaces à sa vie et à sa sécurité en raison de ses troubles mentaux — L'agent n'avait pas examiné la demande fondée sur l'art. 96 de la Loi pour motif de grande criminalité — Les raisons médicales avancées par le demandeur relativement à la demande présentée en application de l'art. 97 de la Loi étaient exclues suivant l'art. 97(1)(b)(iv) de la Loi — L'agent avait établi que les arguments du demandeur ne démontraient pas de manière suffisante que le demandeur ne pourrait se protéger et que le risque allégué ne pouvait être évalué dans le cadre de la demande d'ERAR — Il s'agissait de savoir si l'agent avait commis une erreur en invoquant l'art. 97(1)(b)(iv) pour ne pas apprécier la demande fondée sur l'art. 97, et s'il avait fait abstraction d'éléments de preuve concernant les mauvais traitements infligés aux malades mentaux et l'absence de protection de l'État — L'agent n'avait pas qualifié correctement le risque décrit par le demandeur — L'agent avait effectué une appréciation déraisonnable des observations du demandeur et avait passé sous silence les arguments et les éléments de preuve concernant le risque et les mauvais traitements infligés aux malades mentaux ainsi que l'insuffisance de la protection de l'État contre ces risques — Demande accueillie.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à la suite de l'examen des risques avant renvoi rejetant la demande présentée en vue d'obtenir la qualité de réfugié au*

*ss. 96, 97 — Leave Judge restricting grounds of review to decision under Immigration and Refugee Protection Act, s. 96 — Whether leave Judge able to limit scope of review — Nothing in wording of Act, s. 72 or scheme thereof suggesting that reviewing Judge restricted to reviewing less than full decision — Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, s. 15(1)(e) concerned solely with procedural matters, not applying to grounds for leave — Aldana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), wherein Federal Court of Appeal finding that once leave granted, issue validity of decision with respect to which leave granted, binding herein — Act, s. 74(c) requiring application be disposed of — As such, necessary to review whole application as opposed to any particular aspect of it — Question certified as to whether leave Judge can limit issues to be considered on judicial review.*

This was an application for judicial review of an officer's negative pre-removal risk assessment (PRRA) that refused the applicant's application to be deemed a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

The applicant, a citizen of Jamaica who was diagnosed with paranoid schizophrenia, applied for a PRRA based on the serious risks he faces to his life and security in Jamaica because of his mental illness. The officer did not consider the application under section 96 for reasons of serious criminality pursuant to paragraph 112(3)(b) of the Act. Regarding the applicant's application under section 97, the officer found that the medical reasons advanced by the applicant were excluded pursuant to subparagraph 97(1)(b)(iv) of the Act. The officer determined that the applicant's submissions did not sufficiently demonstrate that he would be unable to protect himself from persecution or abuse from agents of the state or citizens. The officer established that the risk alleged by the applicant was precluded from an assessment within the PRRA application.

The principal issues were whether the officer erred in applying subparagraph 97(1)(b)(iv) as a bar to assessment of section 97, and whether the officer ignored the evidence concerning the abuse of the mentally ill and the lack of state protection.

*sens de la Convention ou de personne à protéger en vertu des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La juge saisie de la demande d'autorisation semblait avoir restreint les motifs de contrôle en vertu de l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il s'agissait de savoir si la juge saisie de la demande d'autorisation pouvait restreindre la portée du contrôle — Rien dans le libellé de l'art. 72 de la Loi ni dans l'esprit de cette loi ne laisse croire que le juge qui siège en révision devrait restreindre la portée de son contrôle et examiner moins que la décision visée en son entier — L'art. 15(1)(e) des Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés ne vise que les questions procédurales; il n'a pas trait aux motifs d'autorisation — Dans Aldana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), la Cour d'appel fédérale a statué que lorsque l'autorisation est accordée, la question à trancher est la validité de la décision à l'égard de laquelle cette autorisation est accordée — L'art. 74(c) de la Loi oblige le juge siégeant en révision à statuer sur la demande — Ainsi, il fallait examiner la demande en son entier plutôt qu'un aspect particulier de celle-ci — Une question a été certifiée pour savoir si le juge saisi d'une demande d'autorisation peut restreindre les questions à examiner dans le cadre du contrôle judiciaire.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision défavorable au demandeur rendue par un agent à la suite de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) rejetant la demande présentée par le demandeur pour se voir reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Le demandeur, un citoyen de la Jamaïque pour lequel un diagnostic de schizophrénie paranoïde a été établi, a présenté une demande d'ERAR au motif que son retour en Jamaïque l'exposerait à de graves menaces à sa vie et à sa sécurité en raison de ses troubles mentaux. L'agent n'a pas examiné la demande fondée sur l'article 96 pour motif de grande criminalité en application de l'alinéa 112(3)b) de la Loi. S'agissant de la demande présentée par le demandeur en application de l'article 97, l'agent a établi que les raisons médicales avancées par le demandeur étaient exclues suivant le sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la Loi. L'agent a établi que les arguments du demandeur ne démontrent pas de manière suffisante que le demandeur ne pourrait se protéger d'actes de persécution ou de violence commis par des agents de l'État ou des citoyens. L'agent a établi que le risque allégué par le demandeur ne pouvait être évalué dans le cadre de la demande d'ERAR.

Les principales questions en litige étaient celles de savoir si l'agent avait commis une erreur en invoquant le sous-alinéa 97(1)b)(iv) pour ne pas apprécier la demande fondée sur l'article 97, et si l'agent avait fait abstraction d'éléments de



The effect of the leave Judge's words limiting the scope of this judicial review was also examined.

*Held*, the application should be allowed.

In the order granting leave for the application at bar, the leave Judge granted leave solely with respect to the decision under section 96 of the Act, thus excluding the risk aspects of the decision from review. A reading of section 72 of the Act states that applications are made for leave and that leave is granted for applications. There is nothing in the wording of section 72 or within the scheme of the Act that suggests that a reviewing judge should be restricted to reviewing anything less than the full decision in question. While the leave judge determines if there is a serious question to be tried, it is the reviewing judge who considers and weighs the merits of the application. It would be inconsistent with this principle if the reviewing judge was restricted by the leave judge from reviewing the merits of the whole decision. Paragraph 15(1)(e) of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* is concerned solely with procedural matters that need to be addressed to bring the leave application to a review hearing and does not apply to the grounds for leave. The Federal Court of Appeal's decision in *Aldana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* was also binding herein. In that decision, it was found that what is in issue once leave is granted is the validity of the decision with respect to which leave is granted. Consequently, the leave Judge's order granting leave did not constrain the scope of review of the application under section 72. In addition, paragraph 74(c) of the Act requires that the application be disposed of. As such, it was necessary to review the whole application as opposed to any particular aspect of it.

The officer did not accurately identify the risks outlined in the applicant's submissions. The applicant did not maintain that it is the inadequacy of mental health care resources itself that creates the risk, but argued rather that this inadequacy renders him unable to protect himself from the agents of the state and the citizens who may seek to persecute, abuse or torture him. The officer made an unreasonable assessment of the applicant's submissions and ignored the arguments and evidence about risk, abuse of the mentally ill in Jamaica, as well as the inadequacy

preuve concernant les mauvais traitements infligés aux malades mentaux et l'absence de protection de l'État. La Cour s'était aussi penchée sur l'incidence des termes employés par la juge saisie de la demande d'autorisation sur la portée du présent contrôle judiciaire.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Lorsqu'elle a accordé l'autorisation d'introduire la demande en l'espèce, la juge saisie de la demande d'autorisation a accordé l'autorisation uniquement à l'égard de la décision rendue en application de l'article 96 de la Loi, excluant ainsi du contrôle les risques dans la décision. Il appert de l'interprétation de l'article 72 de la Loi que l'on doit présenter une demande en vue d'obtenir une autorisation et l'autorisation octroyée vaut pour la demande. Rien dans le libellé de l'article 72 ni dans l'esprit de la Loi ne laisse croire que le juge qui siège en révision devrait restreindre la portée de son contrôle et examiner moins que la décision visée en son entier. Alors que le juge saisi de la demande d'autorisation établit s'il y a une question sérieuse à trancher, c'est le juge siégeant en révision qui a l'occasion d'examiner la demande et d'en apprécier le bien-fondé. On irait à l'encontre de ce principe si le juge siégeant en révision pouvait se voir empêcher par le juge saisi de la demande d'autorisation d'examiner sur le fond la décision en son entier. L'alinéa 15(1)e) des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* n'a pas trait aux motifs d'autorisation; il ne vise que les questions procédurales à régler en vue de l'audition de la demande de contrôle judiciaire lorsqu'il est fait droit à une demande d'autorisation. La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Aldana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* était aussi exécutoire en l'espèce. Dans cet arrêt, la Cour a statué que lorsque l'autorisation est accordée, la question à trancher est la validité de la décision à l'égard de laquelle cette autorisation est accordée. Par conséquent, l'ordonnance de la juge saisie de la demande d'autorisation accordant l'autorisation ne restreignait pas la portée de l'examen de la demande en application de l'article 72. En outre, l'alinéa 74c) de la Loi oblige le juge siégeant en révision à statuer sur la demande. Ainsi, il fallait examiner la demande en son entier plutôt qu'un aspect particulier de celle-ci.

L'agent n'a pas qualifié correctement le risque décrit dans les observations du demandeur. Celui-ci ne prétendait pas que le caractère inadéquat des ressources en santé mentale constituait en lui-même la source du risque. Il affirmait plutôt que ce caractère inadéquat le rend incapable de se protéger lui-même contre les agents de l'État et les citoyens qui pourraient vouloir le persécuter, le maltraiter ou le torturer. L'agent a effectué une appréciation déraisonnable des observations du demandeur et a passé sous silence les arguments et les éléments de preuve

of state protection for these risks. The officer occluded the principal risk stated by the applicant. Hence, it was unreasonable for the officer to entirely disregard relevant evidence concerning section 97 risk and the inadequacy of state protection.

A question was certified as to whether a judge deciding an application for leave can limit the issues to be considered on the judicial review.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 15(1) (as am. by SOR/2002-232, s. 8).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 64, 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(c), 96, 97, 112, 113.

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*Aldana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 176.

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723, 292 D.L.R. (4th) 385, 231 C.C.C. (3d) 1.

##### CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169, 148 C.R.R. (2d) 45, 56 Imm. L.R. (3d) 178; *Beaumont v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 787; *Brown v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 660, 81 Imm. L.R. (3d) 90; *Ariri v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 834, 83 Imm. L.R. (3d) 162; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, 184 D.L.R. (4th) 385, 143 C.C.C. (3d) 129; *Wu v. Canada (Minister of Immigration)*, [1989] 2 F.C. 175, (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 81 (T.D.); *Krishnapillai v. Canada*, 2001 FCA 378, [2002] 3 F.C. 74, 17 Imm. L.R. (3d) 1, 292 N.R. 370.

du demandeur concernant le risque et les mauvais traitements infligés aux malades mentaux en Jamaïque ainsi que l'insuffisance de la protection de l'État contre ces risques. L'agent a écarté le principal risque invoqué par le demandeur. Ainsi, il a totalement fait abstraction de la preuve pertinente présentée quant au risque visé à l'article 97 et à l'insuffisance de la protection de l'État; cela était déraisonnable.

Une question a été certifiée pour savoir si le juge saisi d'une demande d'autorisation peut restreindre les questions à examiner dans le cadre du contrôle judiciaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 64, 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74(c), 96, 97, 112, 113.

*Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), règle 15(1) (mod. par DORS/2002-232, art. 8).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*Aldana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 176.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169; *Beaumont c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 787; *Brown c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 660; *Ariri c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 834; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *Wu c. Canada (Ministre de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 175 (1<sup>re</sup> inst.); *Krishnapillai c. Canada*, 2001 CAF 378, [2002] 3 C.F. 74.

## REFERRED TO:

*Level v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 221 (QL); *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Adu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 565; *Wisdom-Hall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 685; *Ndikumana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1056, 299 F.T.R. 124, 55 Imm. L.R. (3d) 288; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334, 18 Imm. L.R. (2d) 130, 150 N.R. 332 (F.C.A.); *Magtouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 483; *Cheddesingh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 667; *Jamil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 758, 277 F.T.R. 163; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Jamaicans for Justice. *Pattern of Impunity: A Report on Jamaica's Investigation and Prosecution of Deaths at the Hands of Agents of the State*, online: <[http://www.jamaicansforjustice.org/docs/IACHR\\_Impunity\\_report.doc](http://www.jamaicansforjustice.org/docs/IACHR_Impunity_report.doc)>.  
U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices – 2008, Jamaica*. Washington: Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, February 25, 2009, online: <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/wha/119165.htm>>.

APPLICATION for judicial review of an officer's negative pre-removal risk assessment that refused the applicant's application to be deemed a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## APPEARANCES

*Aviva Rae Basman* for applicant.  
*Tamrat Gebeyehu* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Aviva Basman*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Level c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 221 (QL); *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Adu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 565; *Wisdom-Hall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 685; *Ndikumana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1056; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189 (C.A.) (QL); *Magtouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 483; *Cheddesingh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 667; *Jamil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 758; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Jamaicans for Justice. *Pattern of Impunity: A Report on Jamaica's Investigation and Prosecution of Deaths at the Hands of Agents of the State*, en ligne : <[http://www.jamaicansforjustice.org/docs/IACHR\\_Impunity\\_report.doc](http://www.jamaicansforjustice.org/docs/IACHR_Impunity_report.doc)>.  
U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices – 2008, Jamaica*. Washington : Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 25 février 2009, en ligne : <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/wha/119165.htm>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision défavorable au demandeur rendue par un agent à la suite de l'examen des risques avant renvoi rejetant la demande présentée par le demandeur pour se voir reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger en vertu des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Aviva Rae Basman* pour le demandeur.  
*Tamrat Gebeyehu* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Aviva Basman*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] RUSSELL J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of the negative decision of the applicant's pre-removal risk assessment [PRRA], dated May 4, 2009 (decision), which refused the applicant's application to be deemed a Convention refugee or a person in need of protection under sections 96 and 97 of the Act.

## BACKGROUND

[2] The applicant is a citizen of Jamaica who has been diagnosed with paranoid schizophrenia. He was convicted in Canada in 2004 of two counts of sexual assault and sentenced to two years less a day in prison. At the time of his sentencing, he had already served seven months in pre-trial custody.

[3] A deportation order was issued against the applicant in June 2005. He appealed the deportation order to the Immigration Appeal Division (IAD). The IAD [[2006] I.A.D.D. No. 221 (QL)] dismissed the appeal, finding that it was barred from hearing it because section 64 of the Act prohibits appeals to the IAD by permanent residents who have been ordered deported for serious criminality.

[4] The applicant applied for a PRRA based on the serious risks he faces to his life and safety if returned to Jamaica. His PRRA was rejected in October 2006. The applicant also launched an H&C [humanitarian and compassionate] application. The applicant was scheduled for removal, but was granted a stay in March 2007, pending the determination of his H&C application. The applicant's H&C application was refused, as was leave for judicial review of that decision.

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

[1] LE JUGE RUSSELL : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, introduite en application du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) et visant la décision défavorable au demandeur rendue le 4 mai 2009 à la suite de l'examen des risques avant renvoi (la décision), par laquelle a été rejetée la demande présentée par le demandeur afin d'être réputé être un réfugié au sens de la Convention ou une personne à protéger aux termes des articles 96 et 97 de la Loi.

## LE CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen de la Jamaïque pour lequel a été établi un diagnostic de schizophrénie paranoïde. En 2004, au Canada, il a été reconnu coupable sous deux chefs d'accusation d'agression sexuelle et condamné à deux ans d'emprisonnement moins un jour. Au moment du prononcé de la sentence, le demandeur avait déjà purgé sept mois en détention préventive.

[3] En juin 2005, une mesure d'expulsion a été prise contre le demandeur. Celui-ci en a appelé de la mesure d'expulsion devant la Section d'appel de l'immigration (SAI) [[2006] D.S.A.I. n° 221 (QL)], qui a rejeté l'appel. La SAI a en effet conclu que l'article 64 de la Loi lui interdisait d'instruire cet appel interjeté par un résident permanent interdit de territoire pour grande criminalité.

[4] Le demandeur a présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) au motif que son retour en Jamaïque l'exposerait à de graves menaces à sa vie et à sa sécurité. En octobre 2006, la demande d'ERAR a été rejetée. Le demandeur a alors également présenté une demande fondée sur des considérations humanitaires. La date du renvoi a été fixée, mais le demandeur a obtenu sursis en mars 2007, en attendant que soit tranchée sa demande pour considérations humanitaires. Celle-ci a été rejetée ainsi que la demande d'autorisation à présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

[5] The applicant submitted a second PRRA application in May 2008 which was rejected in May 2009.

#### DECISION UNDER REVIEW

[6] The officer did not consider the applicant's application under section 96 of the Act for reasons of serious criminality pursuant to paragraph 112(3)(b) of the Act.

[7] Accordingly, the bulk of the officer's decision considered the applicant's application pursuant to section 97. The officer found that the "medical reasons" that had been advanced by the applicant in support of his application were excluded pursuant to subparagraph 97(1)(b)(iv) of the Act.

[8] The officer determined that "the submissions weigh heavily on the state of health care in Jamaica and do not sufficiently demonstrate that the applicant would be unable to protect himself from persecution or abuse from the agents of the state or the citizens".

[9] After a review of the evidence, the officer established that the risk alleged by the applicant was precluded from an assessment within the PRRA application.

[10] The officer also undertook his own documentary research of the country conditions in Jamaica and found that Jamaica is a parliamentary democracy and has a "generally independent judiciary". While the officer acknowledged the unlawful or unwarranted killings by the security forces, he also noted that "many of the cases [are] being investigated by the Bureau of Special Investigation" (BSI). Furthermore, some of the completed investigations had resulted in police officers being charged with murder.

#### ISSUES

[11] The applicant submits the following issues for consideration in this application:

[5] En mai 2008, le demandeur a présenté une seconde demande d'ERAR, qui a été rejetée en mai 2009.

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

[6] L'agent n'a pas examiné la demande du demandeur fondée sur l'article 96 de la Loi, pour motif de grande criminalité en application de l'alinéa 112(3)b) de la Loi.

[7] Par conséquent, dans la décision, l'agent s'est essentiellement penché sur la demande fondée sur l'article 97 du demandeur, et il a conclu qu'il fallait exclure, en application du sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la Loi, les « raisons médicales » avancées par le demandeur au soutien de sa demande.

[8] L'agent a établi que [TRADUCTION] « les arguments s'appuient pour une large part sur l'état du système de santé en Jamaïque et ne démontrent pas de manière suffisante que le demandeur ne pourrait se protéger d'actes de persécution ou de violence commis par des agents de l'État ou des citoyens ».

[9] Après examen de la preuve, l'agent a établi que le risque allégué par le demandeur ne pouvait être évalué dans le cadre de la demande d'ERAR.

[10] L'agent a également entrepris sa propre recherche documentaire sur la situation régnant en Jamaïque, et a conclu que ce pays était une démocratie parlementaire dotée d'un [TRADUCTION] « système judiciaire généralement indépendant ». Tout en reconnaissant que des membres des forces de sécurité avaient perpétré des meurtres illégalement ou gratuitement, l'agent a fait remarquer que [TRADUCTION] « le Bureau des enquêtes spéciales (BSI) [font] enquête sur bon nombre de ces cas ». En outre, par suite de certaines de ces enquêtes, des agents de police ont été inculpés de meurtre.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[11] Le demandeur sollicite l'examen, dans le cadre de la présente demande, des questions de savoir si :

1. Whether the officer erred in applying subparagraph 97(1)(b)(iv) as a bar to assessment of section 97;

2. Whether the officer ignored evidence of abuse of the mentally ill;

3. Whether the officer ignored evidence regarding the lack of state protection;

4. Whether the officer erred in restricting his/her assessment to section 97 risks.

1. L'agent a commis une erreur en invoquant le sous-alinéa 97(1)b)(iv) pour ne pas apprécier la demande fondée sur l'article 97;

2. L'agent a fait abstraction d'éléments de preuve concernant les mauvais traitements infligés aux malades mentaux;

3. L'agent a fait abstraction d'éléments de preuve concernant l'absence de protection de l'État;

4. L'agent a commis une erreur en évaluant uniquement les risques énoncés à l'article 97.

#### STATUTORY PROVISIONS

[12] The following provisions of the Act are applicable in these proceedings:

No appeal for inadmissibility

**64.** (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

...

Convention refugee

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

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

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

Person in need of protection

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

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[12] Les dispositions de la Loi reproduites ci-après sont applicables dans la présente instance.

**64.** (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

[...]

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

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

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

**97.** (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays

Restriction du droit d'appel

Définition du réfugié

Personne à protéger

	<p>a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally</p> <p>(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or</p> <p>(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if</p> <p>(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,</p> <p>(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,</p> <p>(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and</p> <p>(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.</p>	<p>dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :</p> <p>a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;</p> <p>b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :</p> <p>(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,</p> <p>(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,</p> <p>(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,</p> <p>(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.</p>	
Person in need of protection	<p>(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.</p> <p>...</p>	<p>(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.</p> <p>[...]</p>	Personne à protéger
Application for protection	<p><b>112.</b> (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).</p> <p>...</p>	<p><b>112.</b> (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).</p> <p>[...]</p>	Demande de protection
Restriction	<p>(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person</p> <p>...</p>	<p>(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :</p> <p>[...]</p>	Restriction

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

Consideration of application

**113.** Consideration of an application for protection shall be as follows:

(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;

**113.** Il est disposé de la demande comme il suit :

a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet;

Examen de la demande

## STANDARD OF REVIEW

[13] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to the particular question before the court is well-settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[14] The applicant has brought before the Court issues related to the officer's treatment and assessment of the evidence. Whether the officer erred in ignoring evidence is a fact-based question. As such, it will attract a standard of reasonableness upon review. See *Dunsmuir*, above, at paragraph 51.

[15] Whether or not the officer erred in applying subparagraph 97(1)(b)(iv) as a bar to assessment of the applicant's section 97 claim is a question regarding how the officer applied the legal test to the facts of the case. This is an issue of mixed fact and law and is reviewable on a

## LA NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[13] La Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, qu'il n'était pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse pour arrêter la bonne norme de contrôle. En effet, lorsque la norme de contrôle applicable à la question précise en jeu est bien établie en jurisprudence, la cour de révision pourra adopter cette norme. Ce n'est que lorsque cette démarche s'avère infructueuse que la cour de révision entreprendra l'analyse des quatre éléments permettant d'établir la norme de contrôle applicable.

[14] Le demandeur a saisi la Cour de questions liées au traitement et à l'appréciation de la preuve par l'agent. La question de savoir si ce dernier a commis une erreur en faisant abstraction d'éléments de preuve est tributaire des faits et, à ce titre, appelle la norme de la raisonabilité (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 51).

[15] S'agissant de savoir si l'agent a commis une erreur en invoquant le sous-alinéa 97(1)(b)(iv) pour ne pas apprécier la demande fondée sur l'article 97 du demandeur, c'est là une question touchant l'application par l'agent du critère juridique aux faits d'espèce. C'est



standard of reasonableness. See *Dunsmuir*, above, at paragraph 164.

[16] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. Put another way, the Court should only intervene if the decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.” See *Dunsmuir*, above, at paragraph 47.

[17] The final issue in this instance is whether the officer erred in failing to apply section 96 to the facts and whether the officer was required to consider the section 96 claim. This raises a question of jurisdiction or *vires*. Such issues are to be considered on a standard of correctness. See *Dunsmuir*, above.

## ARGUMENTS

### The Applicant

#### Application of Subparagraph 97(1)(b)(iv)

[18] Subparagraph 97(1)(b)(iv) of the Act is not intended to exclude from protection those who face harsh and persecutory treatment because of their mental illness. The officer erred by characterizing the harsh and life-threatening treatment of the mentally ill in Jamaica as being an issue of adequate medical or health care pursuant to subparagraph 97(1)(b)(iv) of the Act. Rather, the documentary evidence shows that the mentally ill in Jamaica face persecution, torture and other cruel and unusual treatment. As such, the issue in this case is whether the applicant will be targeted for extreme violence and persecution because of his mental illness. The documentary evidence demonstrates that he will.

donc une question mixte de fait et de droit à laquelle s’applique la norme de la raisonnable ( *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 164).

[16] Lorsqu’est analysée une décision en fonction de la norme de la raisonnable, le caractère raisonnable tient « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Autrement dit, la Cour ne devrait intervenir que si la décision était déraisonnable, en ce sens qu’elle échappe « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

[17] La question à trancher en définitive est de savoir si l’agent a commis une erreur en n’appliquant pas l’article 96 aux faits d’espèce, et s’il devait examiner la demande fondée sur cet article. Et cela met en cause une question de compétence. C’est la norme de la décision correcte qui est applicable à ces questions (*Dunsmuir*, précité).

## L’ARGUMENTATION DES PARTIES

### Les arguments du demandeur

#### L’application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv)

[18] L’objet du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) n’est pas de soustraire à toute protection les personnes exposées à un traitement sévère ou à de la persécution en raison de leur maladie mentale. L’agent a commis une erreur en qualifiant le traitement sévère des malades mentaux en Jamaïque, pouvant même mettre leur vie en danger, de question liée aux soins médicaux ou de santé adéquats au sens du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la Loi. La preuve documentaire révèle plutôt que les malades mentaux sont exposés en Jamaïque au risque de persécution, de torture et de traitements cruels et inusités. À ce titre, la question est de savoir en l’espèce si le demandeur sera la cible de violence extrême et de persécution en raison de sa maladie mentale. Or, selon la preuve documentaire, il faut répondre par l’affirmative à cette question.

[19] The applicant submits that his PRRA submissions were intended to provide context for the applicant's situation upon returning to Jamaica. If the applicant does not receive treatment for his mental illness, his illness will manifest itself in such a way that he will attract negative attention from the police and the community, which will result in exposure to a risk of life, torture and cruel and unusual punishment. Indeed, this abuse on the mentally ill in Jamaica is perpetrated by both the state and community members.

[20] Evidence before the PRRA officer clearly demonstrates that the mentally ill in Jamaica face abuse, violence and killings at the hands of police. Furthermore, many instances of police action against the mentally ill—for example beatings and killings—have occurred with impunity.

[21] People who live on the street also face extremely poor treatment in Jamaica. The documentary evidence shows that those who live on the street have previously been rounded up and removed from town. In other instances, street people have been bound with ropes, taken outside of city limits, pepper sprayed and abandoned.

[22] The mentally ill in Jamaica also suffer in jail. The mentally ill are abused, tortured and gang raped while in jail. Indeed, mentally ill inmates have been targeted by other inmates and correctional officers for forced sex. It is alleged that inmates are gang-raped and are consistently physically abused. Many are now HIV positive. Moreover, in some instances wardens see rape as a form of punishment, and accordingly turn a blind eye to these occurrences.

[23] The jail conditions of the mentally ill are appalling, and include inmates sleeping on rags or cardboard, in unhygienic conditions, with a shortage of basic pharmaceuticals and medical equipment. Documentary evidence shows that the mentally ill also face “disproportionately longer periods of time” in detention, such as one mentally ill man who spent 29 years in jail for breaking a window. Sadly, in Jamaica, there is “no one to advocate for him,

[19] Le demandeur soutient qu'en présentant ses observations dans le cadre de l'ERAR, il a voulu inscrire en contexte ce que serait sa situation à son retour en Jamaïque. Si le demandeur n'était pas traité pour sa maladie mentale, il se ferait remarquer sous un jour défavorable, à cause de celle-ci, par la police et par la collectivité, et il s'en trouverait exposé à une menace à sa vie et à un risque de torture et de peines cruelles et inusitées. Tant les représentants de l'État que les membres de la collectivité font subir des mauvais traitements aux malades mentaux en Jamaïque.

[20] Il ressort clairement de la preuve présentée à l'agent d'ERAR que des malades mentaux sont victimes en Jamaïque, de la part de policiers, de mauvais traitements, d'actes de violence, voire de meurtres. Dans bien des cas, en outre, les actes perpétrés par des policiers contre des malades mentaux — comme du tabassage et des meurtres — sont demeurés impunis.

[21] Les sans-abri risquent également d'être très mal traités en Jamaïque. Il y a des cas, selon la preuve documentaire, où on les a rassemblés puis expulsés hors de la ville. Dans d'autres cas, on les a ligotés, conduits à l'extérieur de la ville, vaporisés avec du gaz poivré puis abandonnés.

[22] Les malades mentaux en prison sont également éprouvés en Jamaïque. Ils y subissent des mauvais traitements, des actes de torture et des viols en bandes. Ils sont la cible d'autres détenus et d'agents de correction en vue d'actes sexuels forcés. On soutient que les malades mentaux détenus sont victimes de viols en bandes et de constants sévices. Nombre d'entre eux sont maintenant séropositifs. Dans certains cas, en outre, les directeurs de prison considèrent que le viol constitue une sorte de peine et ferment les yeux à son endroit.

[23] Les conditions de vie en prison des malades mentaux sont épouvantables. Ils doivent notamment dormir sur des guenilles ou du carton, et il manque de produits pharmaceutiques et de matériel médical de base pour leur prodiguer des soins. La preuve documentaire révèle que les malades mentaux peuvent également faire l'objet de [TRADUCTION] « peines [d'emprisonnement] exagérément plus longues » que les autres citoyens, un malade

no database, no law requiring that he be called back before the court for review”.

[24] The mentally ill are also targeted by community members, and there have been reports of mentally ill street persons being set on fire and tortured. In these circumstances, the abuses faced by the mentally ill are not caused by a lack of medical treatment, but rather “by persons who target the mentally ill for extreme violence and human rights abuses”.

[25] Because the applicant has paranoid schizophrenia, he faces the possibility of serious and extreme violations of his human rights by police, prison guards and community members. In this case, it is not the lack of medication that will harm him, but rather the people who will commit acts of violence against him because of his mental illness. The officer erred in failing to understand this crucial distinction.

#### Ignored Evidence

[26] By concluding that the applicant was relying on the inadequacy of health care in Jamaica as the basis for the risks he faces, the officer ignored the overwhelming evidence of the “widespread, serious abuse of the mentally ill that occurs in Jamaica”. In an attempt to exclude the application under subparagraph 97(1)(b)(iv), the officer failed to acknowledge the evidence that demonstrates the cruel and unusual punishment of the mentally ill; rather, the officer focussed on the provision of health care.

[27] The officer failed to explain why he gave such little consideration to the evidence before him that is outside the scope of the “medical and care related evidence”. The officer’s failure to consider this evidence is clearly in error.

mental ayant ainsi passé 29 ans en prison pour avoir brisé une vitre. Celui-ci ne dispose en Jamaïque, malheureusement, [TRADUCTION] « d’aucun défenseur ni d’aucune base de données, et nulle loi n’exige le réexamen de son cas par le tribunal ».

[24] Les malades mentaux sont également victimes de membres de la collectivité, et certains d’entre eux, sans abri, auraient même été immolés et torturés. Dans ces situations, la cause des mauvais traitements infligés aux malades mentaux n’est pas le manque de soins médicaux, mais plutôt [TRADUCTION] « ceux qui font subir à ces personnes une violence extrême et des atteintes aux droits de la personne ».

[25] Le demandeur est atteint de schizophrénie paranoïde, et ainsi des policiers, des gardiens de prison et des membres de la collectivité risquent de porter atteinte de manière extrême et grave aux droits de la personne dont il devrait bénéficier. En l’espèce, ce qui portera atteinte au demandeur n’est pas le manque de médicaments, mais ce sont plutôt les personnes qui le soumettront à des actes de violence en raison de sa maladie mentale. L’agent a commis une erreur en ne comprenant pas cette distinction essentielle.

#### La preuve non prise en compte

[26] En concluant que le demandeur, pour soutenir qu’il serait exposé à des risques, faisait valoir le caractère inadéquat des soins de santé en Jamaïque, l’agent a fait abstraction d’une preuve accablante quant aux [TRADUCTION] « mauvais traitements importants subis de manière généralisée par les malades mentaux en Jamaïque ». L’agent en outre, en invoquant le sous-alinéa 97(1)(b)(iv) pour exclure l’application de l’article 97, a omis de reconnaître les éléments de preuve démontrant que les malades mentaux sont soumis à des peines cruelles et inusitées. L’agent a plutôt mis l’accent sur les soins de santé dispensés.

[27] L’agent n’a pas expliqué pour quel motif il avait si peu pris en compte la preuve dont il était saisi et qui portait sur autre chose que [TRADUCTION] « les questions de soins et de santé ». L’agent a manifestement commis une erreur en faisant abstraction de ces éléments de preuve.

[28] The officer also erred in failing to consider evidence about the lack of state protection. The officer erred in his interpretation of the information contained within the 2008 U.S. Department of State *Country Report on Human Rights Practices – 2008, Jamaica* (DOS report). While the officer noted that some crimes are being investigated and charges are being laid against police officers that commit unlawful killings, the DOS report reports that over 250 killings occur annually, of which 14 investigations were reported (some dating back to 1999). Furthermore, this report does not indicate that any police officers have been convicted for these killings, and hold that police impunity is a continuing problem.

[29] The DOS report shows that the security force in Jamaica is ineffective and commits unlawful killings with impunity. Furthermore, it confirms that abuse in prisons continues to be a serious problem. Based on the information contained in this report, the officer erred in finding that the applicant had not rebutted the presumption of state protection.

[30] The officer also erred in relying on investigations and charges by the BSI without referring to the evidence before him with regard to police impunity, such as the Jamaicans for Justice report *Pattern of Impunity: A Report on Jamaica's Investigation and Prosecution of Deaths at the Hands of Agents of the State* (Report presented to the Inter-American Commission on Human Rights). The officer failed to consider this evidence which directly contradicted his conclusion. Indeed, the officer erred in relying on one part of the documentary evidence while remaining silent about the contradictory evidence. See *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 17.

[31] The officer's reasons do not contain any analysis of the documentary evidence before him and fail to explain why the applicant's documentary evidence is

[28] L'agent a également commis une erreur en ne tenant pas compte de la preuve relative à l'absence de protection de l'État. L'agent a interprété erronément les renseignements figurant dans le Rapport de 2008 du Département d'État des États-Unis sur la situation des droits de la personne en Jamaïque (U.S. Department of State. *Country Report on Human Rights Practices – 2008, Jamaica*) (le rapport du DOS). Alors que l'agent a souligné que certains crimes avaient fait l'objet d'enquête et que des accusations avaient été portées contre des policiers ayant commis des meurtres illégalement, le rapport du DOS mentionne que, si plus de 250 meurtres sont commis chaque année, seulement 14 enquêtes (dont certaines remontant à 1999) ont été rapportées. En outre, ce rapport ne fait état d'aucune condamnation de policier pour l'un ou l'autre de ces meurtres, et on y signale que l'impunité des policiers est un problème persistant.

[29] Selon le rapport du DOS, les forces de sécurité jamaïcaines sont inefficaces et elles commettent illégalement des meurtres en toute impunité. En outre, le rapport confirme la gravité du problème de la violence dans les prisons. Au vu des renseignements figurant dans ce rapport, c'est erronément que l'agent a conclu que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de protection de l'État.

[30] C'est également à tort que l'agent a fait valoir les enquêtes menées et les accusations portées par le BSI sans mentionner la preuve qui lui avait été présentée au sujet de l'impunité des policiers, comme le rapport de l'organisme Jamaicans for Justice intitulé *Pattern of Impunity: A Report on Jamaica's Investigation and Prosecution of Deaths at the Hands of Agents of the State* (rapport présenté à la Commission interaméricaine des droits de l'homme). L'agent n'a pas pris en compte cette preuve qui contredisait directement sa conclusion. Qui plus est, l'agent a commis une erreur en s'appuyant sur une partie de la preuve documentaire tout en passant sous silence les éléments de preuve contradictoires (*Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 17).

[31] Dans ses motifs, l'agent n'a aucunement analysé la preuve documentaire dont il était saisi ni expliqué pourquoi il estimait insuffisante la preuve documentaire

insufficient. Indeed, the officer's reasons fail to provide "any meaningful rationale" for his conclusion. Without understanding the reasons of the officer, there is no basis on which the applicant can challenge the officer's decision. See, for example, *Adu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 565, at paragraphs 10–11.

[32] The Federal Court has determined that in order for state protection to be adequate, it must be effective at an operational level. See, for example, *Wisdom-Hall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 685, at paragraphs 8–9. The evidence before the officer demonstrated that the applicant is at risk of abuse by both the community at large and the authorities specifically. Accordingly, there is no basis for the officer's finding that state protection is available to the applicant.

#### Application of Subsection 112(3)

[33] The applicant says that the officer erred by including the time he spent in pre-sentence custody in the applicant's sentence, and as a result in applying subsection 112(3) to the case at hand. The application of subsection 112(3) in this instance barred the applicant's application under section 96.

[34] The applicant submits that the Supreme Court of Canada has recently clarified in *R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723, that pre-sentence custody does not qualify as a part of a sentence. Rather, the Court held [at paragraph 19] that the phrase "imprisonment for a term not exceeding two years" referred to the term of imprisonment imposed at the time of sentencing, after the deduction of credit for pre-trial custody. As such, the Supreme Court determined that "a sentence of less than two years does not ... become a sentence of more than two years simply because the trial judge, in imposing the sentence of less than two years, took into account the time already spent in custody as a result of the offence." See *Mathieu*, at paragraph 17.

du demandeur. Il n'a d'ailleurs fourni aucune [TRADUCTION] « justification valable » pour sa conclusion. Faute de comprendre les motifs de l'agent, le demandeur ne peut se fonder sur quoi que ce soit pour contester la décision de l'agent (se reporter, par exemple, à *Adu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 565, aux paragraphes 10 et 11).

[32] La Cour fédérale a établi que, pour être estimée suffisante, la protection assurée par l'État devait être adéquate sur le terrain (se reporter, par exemple, à *Wisdom-Hall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 685, aux paragraphes 8 et 9). Or, la preuve présentée à l'agent démontrait que le demandeur risquait d'être victime de mauvais traitements tant de la part de la collectivité en général, que des autorités de manière plus particulière. La conclusion de l'agent selon laquelle le demandeur pouvait se réclamer de la protection de l'État ne reposait, par conséquent, sur aucun fondement.

#### L'application du paragraphe 112(3)

[33] Selon le demandeur, l'agent a commis une erreur en incluant dans la durée de sa peine son temps de détention préventive, et en appliquant de ce fait le paragraphe 112(3) aux faits d'espèce. Et l'application de ce paragraphe a fait obstacle à la demande fondée sur l'article 96 du demandeur.

[34] Le demandeur soutient que la Cour suprême du Canada a précisé dans le récent arrêt *R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723, que la détention provisoire ne faisait pas partie de la peine. La Cour suprême a plutôt statué [au paragraphe 19] que les termes « emprisonnement maximal de deux ans » renvoyaient à la peine infligée, après prise en compte de la période de détention provisoire, lors du prononcé de la sentence. La Cour suprême a établi qu'à ce titre, « une peine de moins de deux ans ne se transforme pas [...] en une peine de plus de deux ans du simple fait que le juge du procès, en infligeant la peine de moins de deux ans, a pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction » (*Mathieu*, au paragraphe 17).

[35] Furthermore, in considering the context of pre-sentence custody the Supreme Court of Canada found at paragraph 18 of the decision that:

Pre-sentence custody generally refers to custody before the verdict is rendered, at a time when the accused is presumed innocent. In the context that concerns us here, this custody is, in principle, preventative rather than punitive. Pre-sentence custody cannot really be characterized as a “sentence”...

[36] In short, the Supreme Court of Canada determined at paragraph 6 of *Mathieu* that “the term of imprisonment in each case is the term imposed by the judge at the time of the sentence.”

[37] The applicant submits that the *Mathieu* decision leads to a clear result in the case at hand: that the applicant’s sentence was two years less a day, and as such paragraph 112(3)(b) of the Act does not apply. Accordingly, the officer erred in applying paragraph 112(3)(b) as a bar to considering the applicant’s claim under section 96.

#### The Respondent

[38] The respondent contends that the officer’s assessment of the evidence was reasonable, and supported by reasons.

#### Application of Subparagraph 97(1)(b)(iv)

[39] The applicant submits that there is a difference between the violations of human rights he may face due to his mental health and Jamaica’s inability to provide adequate health care. However, the respondent contends that this argument is contrary to *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169, in which the Federal Court of Appeal determined that paragraph 97(1)(b) should be interpreted broadly. The applicant’s argument is based on the presumption that his condition would deteriorate if he is not able to access adequate mental health care in Jamaica. However, the applicant has ignored this assumption and has downplayed the substantial link between the alleged risk and the adequacy of mental health care resources in Jamaica.

[35] Après examen du contexte entourant la détention provisoire, la Cour suprême du Canada a en outre tiré la conclusion suivante (au paragraphe 18 de l’arrêt) :

[L’]emprisonnement provisoire fait généralement référence à la détention avant verdict, alors que l’accusé est présumé innocent. Dans le contexte qui nous concerne ici, cette détention est en principe préventive plutôt que punitive. Une telle détention ne peut guère être qualifiée de « peine » [...]

[36] Bref, la Cour suprême a établi au paragraphe 6 de l’arrêt *Mathieu* que « la peine infligée est celle que prononce le juge au moment de la sentence ».

[37] Selon le demandeur, le résultat est manifeste si on suit l’arrêt *Mathieu* en l’espèce : sa peine était de deux ans moins un jour et, à ce titre, l’alinéa 112(3)(b) de la Loi ne doit pas recevoir application. L’agent a par conséquent commis une erreur en invoquant l’alinéa 112(3)(b) pour ne pas examiner la demande fondée sur l’article 96 du demandeur.

#### Les arguments du défendeur

[38] Le défendeur prétend pour sa part que l’appréciation par l’agent de la preuve était raisonnable, et étayée de motifs.

#### L’application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv)

[39] Le demandeur soutient qu’une distinction est à faire entre les violations des droits de la personne auxquelles sa maladie mentale pourrait l’exposer et l’incapacité de la Jamaïque de fournir des soins de santé adéquats. Toutefois, selon le défendeur, cet argument va à l’encontre de la décision *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169, où la Cour d’appel fédérale a établi que l’alinéa 97(1)(b) devait recevoir une interprétation large. Le demandeur présuppose dans son argumentation que son état se détériorera s’il n’a pas accès à des soins de santé mentale adéquats en Jamaïque. Or, le demandeur a lui-même laissé de côté cette supposition et minimisé l’importance du lien existant entre le risque allégué et le caractère adéquat des ressources en Jamaïque en soins de santé mentale.

### Speculative Risks

[40] The applicant's allegations of risk are based on speculation. Similarly, in the case of *Beaumont v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 787, the applicant, who had mental illnesses, alleged that he would be at risk because he would no longer take his medications and would be subject to poor country conditions. The PRRA officer found the applicant's arguments to be speculative, and this finding was upheld by the Federal Court.

[41] In the case at hand, the argument that the applicant may fall victim to a random act of community or police violence is a hypothetical risk which is based on a series of hypothetical intervening events. Should any of the intervening incidents occur, the respondent submits that state protection would be available to the applicant.

### All Evidence Was Considered

[42] The applicant has also argued that the officer ignored his evidence with regard to abuses of the mentally ill in Jamaica. However, the officer's reasons state that he reviewed the applicant's submissions. Further, he demonstrates his review of the evidence when he outlines the information contained in a number of documents before him.

### State Protection

[43] The officer's conclusion with regard to state protection was reasonable since the applicant failed to identify "a non-speculative risk that was not excluded by s. 97(1)(b)(iv) of the [Act]". The officer's finding is also reasonable when considered in the context of the efforts being made by Jamaica to protect its citizens. Indeed, it is not sufficient for the applicant to show that his government has not always been effective in protecting persons in his particular situation. See *Ndikumana v. Canada*

### Les risques hypothétiques

[40] Les allégations de risque du demandeur se fondent sur des hypothèses. Dans l'affaire *Beaumont c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 787, de manière analogue, le demandeur, atteint de maladie mentale, alléguait qu'il serait exposé à un risque parce qu'il cesserait de prendre ses médicaments et serait astreint aux conditions difficiles régnant dans le pays en cause. L'agent d'ERAR a conclu que les arguments du demandeur étaient hypothétiques, et la Cour fédérale a entériné cette conclusion.

[41] En l'espèce, le risque avancé que le demandeur puisse être victime d'un acte de violence aveugle posé par un policier ou un membre de la collectivité est de nature hypothétique, et suppose que se produisent une série d'événements hypothétiques intermédiaires. Et si l'un de ces événements devait survenir, selon le défendeur, le demandeur pourrait obtenir à son endroit la protection de l'État.

### La prise en compte de l'ensemble de la preuve

[42] Le demandeur a également soutenu que l'agent avait fait abstraction de ses éléments de preuve concernant les mauvais traitements infligés aux malades mentaux en Jamaïque. L'agent déclare toutefois dans ses motifs avoir passé en revue les observations du demandeur. Il a démontré avoir procédé à l'examen de la preuve, en outre, en donnant l'aperçu des renseignements figurant dans bon nombre de documents dont il était saisi.

### La protection de l'État

[43] La conclusion de l'agent au sujet de la protection de l'État était raisonnable, comme le demandeur n'a pu mentionner [TRADUCTION] « un risque non hypothétique non exclu par le sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la [Loi] ». Elle était également raisonnable compte tenu des efforts consentis par la Jamaïque pour assurer la protection de ses citoyens. Il ne suffit pas pour le demandeur de démontrer, d'ailleurs, que son gouvernement n'a pas toujours réussi à protéger les personnes dans sa situation

(*Minister of Citizenship and Immigration*), 2006 FC 1056, 299 F.T.R. 124, at paragraph 15; and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334 (F.C.A.).

#### Application of Subsection 112(3)

[44] The respondent supports the officer's determination that the applicant was barred from being considered under section 96 because of the application of paragraph 112(3)(b).

[45] Similarly, the IAD found that it lacked jurisdiction to hear the applicant's appeal because it was barred from so doing by section 64 of the Act. The IAD concluded [at paragraph 7] that "it is clear that the appellant received a sentence of two years less one day, given credit for his seven months of pre-trial custody. Therefore, the appellant received a sentence of well over 2 years." There is no dispute as to the length of sentence received by the applicant since the same issue has been considered previously by the IAD.

[46] The case of *Mathieu*, above, has not changed the interpretation of the phrase "term of imprisonment" for the purposes of the Act. Under the Act, pre-sentence custody is included in the term of imprisonment.

[47] The Court has determined that omitting consideration of pre-sentence custody would defeat the intent of Parliament where such time was expressly credited with regard to the punishment imposed as part of the term of imprisonment. See, for example, *Magtouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 483, at paragraphs 19–24; *Cheddesingh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 667, at paragraph 14; and *Jamil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 758, 277 F.T.R. 163, at paragraph 23.

(*Ndikumana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1056, au paragraphe 15; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189 (C.A.) (QL)).

#### L'application du paragraphe 112(3)

[44] Le défendeur appuie la conclusion de l'agent selon laquelle celui-ci, par application de l'alinéa 112(3)b), ne pouvait examiner la demande fondée sur l'article 96 du demandeur.

[45] La SAI a de même conclu ne pas avoir compétence, du fait de l'article 64 de la Loi, pour instruire l'appel du demandeur. À cet égard, la SAI a tiré la conclusion qui suit [au paragraphe 7] : « il est clair que l'appelant a reçu une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour et que les sept mois qu'il a passés en prison avant la tenue du procès ont été pris en considération. En conséquence, l'appelant a reçu une peine de bien plus de deux ans. » La durée de la peine obtenue par le demandeur n'est pas sujette à débat, comme la SAI a déjà examiné cette question.

[46] L'arrêt *Mathieu*, précité, n'a pas changé l'interprétation à donner à l'expression « [période d']emprisonnement » au sens de la Loi. En vertu de celle-ci, la détention préventive est comprise dans la période d'emprisonnement infligée.

[47] La Cour a établi que faire abstraction de la période de détention préventive serait contraire à l'intention du législateur lorsque cette période a été expressément prise en compte dans la détermination de la peine d'emprisonnement (se reporter, par exemple, à *Magtouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 483, aux paragraphes 19 à 24; *Cheddesingh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 667, au paragraphe 14; *Jamil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 758, au paragraphe 23).



[48] Two recent Federal Court decisions hold that time spent in pre-trial custody forms a part of the “term of imprisonment” within the context of the Act. See *Brown v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 660, 81 Imm. L.R. (3d) 90, at paragraphs 18–22; and *Ariri v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 834, 83 Imm. L.R. (3d) 162, at paragraph 18.

[49] According to *Brown*, the applicant’s reliance on *Mathieu* is misplaced, since *Mathieu* focused on different considerations with regard to the definitions of “sentence” and “term of imprisonment”. Furthermore, the Court in *Brown* noted that the case of *Mathieu* has not reversed the Supreme Court’s decision in *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, which determined that pre-trial custody can be considered as part of punishment subsequent to a conviction.

[50] In *Ariri*, the Court was satisfied that its decisions with regard to the interpretation of the phrase “term of punishment” applied the purposive approach used by the Supreme Court in *Mathieu*. This interpretation is also consistent with what the Supreme Court in *Mathieu* determined was the possibility in exceptional circumstances to treat time spent in pre-trial custody as part of the term of imprisonment. See *Ariri*, above, at paragraph 19.

[51] As a result, the officer did not commit an error in determining that the applicant was a person described in paragraph 112(3)(b) of the Act.

## ANALYSIS

### Restriction of Issues

[52] In her order granting leave for this application dated November 5, 2009, Justice Simpson appears to restrict the grounds of review:

Leave is granted solely with respect to the decision under section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001,

[48] Dans deux décisions récentes, la Cour fédérale a statué que la détention préventive constituait une partie de « l’emprisonnement » au sens de la Loi (*Brown c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 660, aux paragraphes 18 à 22; *Ariri c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CF 834, au paragraphe 18).

[49] On déclare dans la décision *Brown* que le demandeur a fait fausse route en s’appuyant sur l’arrêt *Mathieu*, comme celui-ci portait sur des questions différentes concernant les définitions de la « peine » et de l’« emprisonnement ». La Cour a en outre fait remarquer dans la décision *Brown* que l’arrêt *Mathieu* n’avait pas infirmé l’arrêt *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455, où la Cour suprême a conclu que la détention préventive pouvait être réputée constituer une partie de la peine infligée à la suite d’une déclaration de culpabilité.

[50] Dans la décision *Ariri*, la Cour s’est dite convaincue d’avoir recouru, dans ses décisions sur l’interprétation de l’expression « emprisonnement », à la méthode fondée sur l’objet utilisée par la Cour suprême dans l’arrêt *Mathieu*. Cette interprétation, en outre, est compatible avec le principe énoncé par la Cour suprême, dans ce dernier arrêt, selon lequel il est permis, exceptionnellement, de considérer que la durée de la détention provisoire s’ajoute à la peine d’emprisonnement infligée (*Ariri*, précitée, au paragraphe 19).

[51] Par suite, l’agent n’a pas commis d’erreur en concluant que le demandeur était une personne visée à l’alinéa 112(3)(b) de la Loi.

## L’ANALYSE

### Restriction des questions à trancher

[52] Lorsqu’elle a accordé l’autorisation d’introduire la présente demande le 5 novembre 2009, la juge Simpson semble avoir restreint comme suit les motifs de contrôle :

[TRADUCTION] L’autorisation est accordée uniquement à l’égard de la décision rendue en application de l’article 96 de la *Loi*

c. 27 because the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21 arguably applies.

[53] It is difficult to know, in the absence of reasons, why Justice Simpson felt the need to limit leave in this way. However, the parties dispute the effect of Justice Simpson's words upon the scope of my review so that I need to address this issue as a preliminary matter.

[54] My reading of section 72 [as am. by S.C. 2008, c. 8, s. 194] of the Act is that applications are made for leave and that leave is granted for applications.

[55] I can find nothing in the wording of section 72, or within the scheme of the Act that suggests that a reviewing judge should be restricted to reviewing anything less than the full decision in question. Indeed, it is my understanding—and this was confirmed by respondent's counsel at the review hearing—that a reviewing judge has a discretion to raise matters that arise from the record even if they are not raised in the application. Upon reviewing the record, I would be very concerned if the risk aspects of the decision were not reviewed, because of the evidence before the officer on risk, and because of the possible dire consequences to the applicant if he is returned to Jamaica without a review of the risks he faces there. Because of the way the decision is structured, and the way that the officer occludes a full examination of risk through reliance upon subparagraph 97(1)(b)(iv) of the Act, it would mean that the psychologically vulnerable applicant could be returned to Jamaica to face possible torture and death without having had his stated risks examined.

[56] With regard to the role of a judge on a hearing to grant leave, the Court in *Wu v. Canada (Minister of Immigration)*, [1989] 2 F.C. 175 (T.D.) stated as follows [at page 181]:

On a leave to commence ... [an] application the task is not to determine, as between the parties, which arguments will win

*sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 parce qu'il est permis de croire que l'arrêt *R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21 de la Cour suprême est applicable en l'espèce.

[53] Faute de motifs, il est difficile de savoir pourquoi la juge Simpson a estimé nécessaire d'assortir son autorisation de pareille restriction. Les parties diffèrent toutefois d'opinion quant à l'incidence des termes employés par la juge Simpson sur la portée du présent contrôle, et je dois dès lors m'attaquer à cette question à titre de question préjudicielle.

[54] Selon mon interprétation de l'article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la Loi, on doit présenter une demande en vue d'obtenir une autorisation et l'autorisation octroyée vaut pour la demande.

[55] Rien dans le libellé de l'article 72, ni dans l'esprit de la Loi, ne me laisse croire que le juge qui siège en révision devrait restreindre la portée de son contrôle et examiner moins que la décision visée en son entier. Tel d'ailleurs que je le comprends — ce que m'a confirmé l'avocat du défendeur à l'audience en révision —, le juge qui siège en révision peut soulever d'office des questions non soulevées dans la demande et qui ressortent du dossier. Après examen du dossier, cela me préoccuperait beaucoup que ce qui touche les risques dans la décision ne soit pas soumis à contrôle, en raison de la preuve sur les risques dont l'agent était saisi, et des graves conséquences pour le demandeur de son éventuel retour en Jamaïque sans qu'on ait examiné les risques auxquels il y serait exposé. En raison de la structure même de la décision, et du fait que l'agent a fermé la porte à l'examen approfondi des risques en se fondant sur le sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la Loi, le demandeur, qui est vulnérable au plan psychologique, pourrait devoir retourner en Jamaïque et y être éventuellement torturé et tué sans qu'aient été examinés les risques auxquels il a déclaré être exposé.

[56] En ce qui concerne le rôle du juge lors d'une audience en vue de trancher une demande d'autorisation, la Cour a déclaré ce qui suit dans la décision *Wu c. Canada (Ministre de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 175 (1<sup>re</sup> inst.) [à la page 181] :

La Cour n'a pas à déterminer, au moment de la présentation d'une demande d'autorisation d'introduire une instance, quelles

on the merits after a hearing. The task is to determine whether the applicants have a fairly arguable case, a serious question to be determined. If so then leave should be granted and the applicants allowed to have their argument heard.

[57] Also of relevance, I think, are the findings of the Federal Court of Appeal in *Krishnapillai v. Canada*, 2001 FCA 378, [2002] 3 F.C. 74, in which the Court determined that a decision with regard to the denial of judicial review is not a decision on the merits of the issues raised by the parties to the application and does not render them *res judicata*.

[58] While the leave judge determines if there is a serious question to be tried, it is the judge on judicial review who has the opportunity to fully consider and weigh the merits of the application. As considered in *Wu*, above, on leave to commence an application, the merits of the parties' arguments are not to be considered. Rather, it is during the judicial review itself that these arguments are assigned weight and their merits assessed. In my view, it would be inconsistent with this principle if the reviewing judge could be restricted by the leave judge from reviewing the merits of the whole decision.

[59] The respondent relies upon paragraph 15(1)(e) of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* [SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1)] as authority for a leave judge to limit the grounds of review. However, in my view, subrule 15(1) [as am. by SOR/2002-232, s. 8] does not apply to the grounds for leave, but is concerned solely with procedural matters that need to be addressed to bring the leave application to a review hearing. In *Aldana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 176, the Federal Court of Appeal ruled that an order granting leave does not entitle the applicant to have the Federal Court deal with each and every issue raised in support of the leave when disposing of the judicial review application, and that what is in issue once leave is granted is the validity of the decision with respect to which leave is granted. In my view, then, in accordance with *Aldana*, I am obliged to consider the validity of the decision and not the validity of the issue, or issues, that persuaded the leave judge to grant leave.

allégations seront retenues à la suite d'une audience. Elle doit établir si les requérants ont une cause défendable, une question importante à faire trancher. Dans l'affirmative, on doit accorder l'autorisation et permettre aux requérants de se faire entendre.

[57] J'estime également pertinents sur la question les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Krishnapillai c. Canada*, 2001 CAF 378, [2002] 3 C.F. 74, selon lesquelles une décision quant au rejet d'une demande de contrôle judiciaire ne constitue pas une décision au fond sur les questions soulevées par les parties à la demande et ne confère pas l'autorité de la chose jugée.

[58] Alors que le juge saisi de la demande d'autorisation établit s'il y a une question sérieuse à trancher, c'est le juge siégeant en révision qui a l'occasion d'examiner la demande de manière approfondie et d'en apprécier le bien-fondé. Tel qu'on l'a déclaré dans la décision *Wu*, précitée, lorsqu'une demande d'autorisation d'introduire une instance est présentée, on ne se penche pas sur le bien-fondé des allégations des parties. C'est plutôt pendant le contrôle judiciaire lui-même qu'on reconnaît ou non l'importance de ces allégations et qu'on en apprécie le bien-fondé. On irait à l'encontre de ce principe, à mon avis, si le juge siégeant en révision pouvait se voir empêcher par le juge saisi de la demande d'autorisation d'examiner sur le fond la décision en son entier.

[59] Selon le défendeur, c'est sur le fondement de l'alinéa 15(1)e des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* [DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1)] que le juge saisi de la demande d'autorisation dispose du pouvoir de restreindre les motifs de contrôle. À mon avis, toutefois, le paragraphe 15(1) [mod. par DORS/2002-232, art. 8] des *Règles* n'a pas trait aux motifs d'autorisation, mais plutôt uniquement aux questions procédurales à régler en vue de l'audition de la demande de contrôle judiciaire lorsqu'il est fait droit à une demande d'autorisation. Dans l'arrêt *Aldana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 176, la Cour d'appel fédérale a statué qu'une ordonnance autorisant l'introduction d'une demande de contrôle judiciaire ne donne pas au demandeur le droit de voir la Cour fédérale trancher chacune des questions soulevées afin d'obtenir l'autorisation lorsqu'elle se prononce sur cette demande de contrôle, et qu'une fois l'autorisation accordée, la question à trancher est la validité de la décision à l'égard de

[60] Consequently, I do not regard Justice Simpson’s order granting leave as constraining the scope of my review of the “application” under section 72 of the Act. In addition, I think that paragraph 74(c) of the Act compels me to dispose of the “application”, so that I consider myself bound to review the whole application, as opposed to any particular aspect of it.

#### Risk-Related Issues

[61] As regards the issues of the officer’s application of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the Act, ignoring of the evidence concerning the abuse of the mentally ill, and ignoring of the evidence of the lack of state protection for the mentally ill, I accept and adopt the arguments of the applicant.

[62] The officer’s identification of the risks stated by the applicant—“The applicant fears that if he is not provided the requisite health care in Jamaica he is likely to develop erratic or violent behavior”—is not an accurate statement of the risk outlined in the applicant’s submissions. The applicant made it very clear in his submissions that:

While we are concerned about the state of health care in Jamaica and its impact upon Mr. Level should he be removed there, we are not maintaining that the inadequacy of mental health care resources itself creates the risk. Rather, we are arguing that it renders him unable to protect himself from the agents of the state and the citizens who may seek to persecute, abuse or torture Mr. Level because of his mental illness.

[63] The officer addressed this issue as follows:

I note that the counsel indicates that whilst there is a concern for the state of the health care in Jamaica and its impact upon

laquelle cette autorisation est accordée. Conformément à la décision *Aldana*, ainsi, je m’estime tenu d’examiner la validité de la décision, et non la validité de la ou des questions qui ont persuadé la juge saisie de la demande d’autorisation d’accorder une telle autorisation.

[60] Par conséquent, je ne considère pas que l’ordonnance de la juge Simpson accordant l’autorisation restreint la portée de mon examen de la « demande » en application de l’article 72 de la Loi. En outre, selon moi, l’alinéa 74c) de la Loi m’oblige à statuer sur la « demande », de sorte que je m’estime tenu d’examiner la demande en son entier, plutôt qu’un aspect particulier quelconque de celle-ci.

#### Les questions liées au risque

[61] Quant à la question concernant l’application par l’agent du sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la Loi, et à la question de savoir si l’agent a fait abstraction d’éléments de preuve relatifs aux mauvais traitements infligés aux malades mentaux en Jamaïque et à l’absence à leur endroit de protection de l’État, je souscris aux arguments du demandeur.

[62] La qualification par l’agent des risques mentionnés par le demandeur — [TRADUCTION] « Le demandeur craint, si on ne lui fournit pas en Jamaïque les soins de santé qu’il requiert, la possibilité d’acquérir un comportement excentrique ou violent » — ne constitue pas un énoncé fidèle du risque décrit dans les observations du demandeur. Cela, en effet, ressort très clairement des observations de ce dernier :

[TRADUCTION] Même si nous sommes véritablement inquiets de l’état des soins de santé en Jamaïque et de ses répercussions sur M. Level s’il devait y être renvoyé, nous ne prétendons pas que le caractère inadéquat des ressources en santé mentale constitue en lui-même la source du risque. Nous soutenons plutôt que cela rend M. Level incapable de se protéger lui-même des agents de l’État et des citoyens qui pourraient vouloir le persécuter, le maltraiter ou le torturer en raison de sa maladie mentale.

[63] L’agent a traité comme suit de cette question :

[TRADUCTION] Je relève que, selon l’avocate, même s’il y a matière à inquiétude quant à l’état des soins de santé en

the applicant should he be removed there, the counsel did not maintain the inadequacy of mental health care resources itself creates the risk. The counsel indicates that the applicant's illness renders him unable to protect himself from the agents of the state and the citizens who may seek to persecute abuse or torture him because of his mental illness. Nevertheless, I find the submissions weigh heavily on the state of health care in Jamaica and do not sufficiently demonstrate that the applicant would be unable to protect himself from persecution or abuse from the agents of the state or the citizens. They include numerous references to the lack of the medical resources and/or the lack of accessibility to the medical resources to address the applicant's medical needs in Jamaica. [Emphasis added.]

[64] The officer's finding that "the submissions weigh heavily on the state of health care in Jamaica and do not sufficiently demonstrate that the applicant would be unable to protect himself from persecution or abuse from agents of the state or the citizens" is an unreasonable assessment of the applicant's submissions and evidence that allows the officer to effectively ignore the applicant's arguments and evidence about risk, abuse of the mentally ill by the state and the general community in Jamaica, as well as the inadequacy of state protection for these risks.

[65] The officer occludes the principal risk stated by the applicant. Hence, he entirely disregards relevant evidence concerning section 97 risk and the inadequacy of state protection. This is unreasonable. On this ground alone, the matter must be returned for reconsideration.

[66] Counsel for the respondent attempted to persuade me at the hearing that, even though the applicant fears what the state and citizens of Jamaica will do to someone with his illness, the risk still comes within subparagraph 97(1)(b)(iv) because it arises out of the failings of the health care system in Jamaica. In my view, this is not the case. The applicant does not allege that the inadequate health care system in Jamaica will bring him within section 97. He says that he fears the state authorities and Jamaicans generally because they kill and torture vulnerable people with his kind of illness.

Jamaïque et à ses répercussions sur le demandeur advenant son retour dans ce pays, elle n'a pas prétendu que le caractère inadéquat des ressources en santé mentale constituait en lui-même la source du risque. L'avocate déclare que la maladie du demandeur le rend incapable de se protéger des agents de l'État et des citoyens qui pourraient vouloir le persécuter, le maltraiter ou le torturer en raison de sa maladie mentale. J'estime, malgré tout, que les observations tournent fortement autour de l'état des soins de santé en Jamaïque, et ne permettent pas suffisamment de démontrer que le demandeur ne pourrait se protéger des actes de persécution ou de violence commis par les agents de l'État ou les citoyens. On y mentionne fréquemment la pénurie de ressources médicales en Jamaïque ou l'accès restreint aux ressources médicales permettant de répondre aux besoins médicaux du demandeur. [Non souligné dans l'original.]

[64] La conclusion de l'agent selon laquelle [TRADUCTION] « les observations tournent fortement autour de l'état des soins de santé en Jamaïque, et ne permettent pas suffisamment de démontrer que le demandeur ne pourrait se protéger des actes de persécution ou de violence commis par les agents de l'État ou les citoyens » constitue une appréciation déraisonnable des observations et de la preuve du demandeur. En tirant cette conclusion, l'agent a en fait passé sous silence les arguments et les éléments de preuve du demandeur concernant le risque, les mauvais traitements infligés aux malades mentaux par les représentants de l'État et la collectivité en général en Jamaïque ainsi que l'insuffisance de la protection de l'État contre ces risques.

[65] L'agent a écarté le principal risque invoqué par le demandeur. Ainsi, il a totalement fait abstraction de la preuve pertinente présentée quant au risque visé à l'article 97 et à l'insuffisance de la protection de l'État. Cela était déraisonnable. Pour ce seul motif, l'affaire doit être renvoyée pour nouvel examen.

[66] L'avocat du défendeur a tenté de me persuader à l'audience que, même si le demandeur craint ce que les représentants de l'État et les citoyens feraient à quelqu'un atteint de sa maladie en Jamaïque, ce risque tombe néanmoins sous le coup du sous-alinéa 97(1)b)(iv) puisqu'il découle des carences du système de soins de santé de la Jamaïque. Tel n'est toutefois pas le cas selon moi. Le demandeur ne soutient pas que l'article 97 doit recevoir application du fait de ces carences. Il dit plutôt craindre les autorités gouvernementales et les citoyens de la Jamaïque en général parce qu'ils tuent et torturent

### The *Mathieu* Decision

[67] Although not necessary for my decision, I find the applicant's arguments on the application of *Mathieu* to the facts of this case untenable.

[68] As the respondent points out, we now have a significant line of cases in this Court which hold that, for the purpose of the Act, pre-sentence custody forms part of the term of imprisonment. The Court has recently confirmed in *Brown* and *Ariri* that *Mathieu* has not changed this position. Notwithstanding the able arguments of counsel for the applicant that this authority should not apply in the context of a PRRA decision, I see no reason to deviate from the established approach of the Court on principle or the facts of this case.

### Certification

[69] The applicant has suggested two questions for certification:

- i. Does the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Mathieu*, which held "pre-sentence custody is not part of the sentence," apply to section 112(3)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?
- ii. Can the judge deciding an application for leave limit the issues to be considered on the judicial review?

[70] The respondent resists the first question on the grounds that the jurisprudence surrounding paragraph 112(3)(b) is well settled and *Mathieu* does not apply.

[71] The respondent agrees that the second question should be certified and suggests the following wording:

des personnes vulnérables atteintes de son type de maladie.

### L'arrêt *Mathieu*

[67] Je conclus, bien que cela ne soit pas nécessaire pour rendre ma décision, que sont indéfendables les arguments du demandeur quant à l'application aux faits de l'espèce de l'arrêt *Mathieu*.

[68] Comme le défendeur le fait remarquer, dans un bon nombre de décisions, la Cour a maintenant statué que la détention préventive constituait, aux fins de la Loi, une partie de la période d'emprisonnement. La Cour a confirmé dans les récentes décisions *Brown* et *Ariri* que l'arrêt *Mathieu* n'avait pas modifié ce principe. Malgré l'argumentation adroite de l'avocate du demandeur quant au fait que cette jurisprudence ne s'applique pas à une décision rendue par suite d'un ERAR, je ne vois aucun motif de m'écarter, par principe ou en raison des faits de l'espèce, de la solution établie par la Cour.

### Certification

[69] Le demandeur a proposé les deux questions qui suivent en vue de leur certification :

[TRADUCTION]

- i. L'arrêt *R. c. Mathieu*, où la Cour suprême du Canada a statué que « la détention provisoire ne fait pas partie de la peine », s'applique-t-il à l'alinéa 112(3)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
- ii. Le juge saisi d'une demande d'autorisation peut-il restreindre les questions à examiner dans le cadre du contrôle judiciaire?

[70] Le défendeur s'oppose à la certification de la première question au motif que la jurisprudence concernant l'alinéa 112(3)(b) est bien établie et que l'arrêt *Mathieu* n'est pas applicable.

[71] Le défendeur convient que la seconde question devrait être certifiée, mais propose pour cette question le libellé qui suit :

Where a Federal Court judge expressly grants leave to seek judicial review solely with respect to one issue, is the Federal Court judge who hears the application for judicial review limited to deciding only that issue?

[72] It seems to me that if the leave Judge has the power to limit the judicial review to one issue, then presumably the leave Judge could limit review to any number of issues. What is important here is whether the leave Judge can limit the grounds of review. Consequently, I believe that the applicant's version of the question would be more helpful when considering this matter as an issue of broad significance and application. Otherwise, I agree with both counsel that this issue satisfies the criteria in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.) and the question should be certified.

[73] As regards the application of *Mathieu*, I agree with the respondent that the law appears to be clear on this issue so that certification is not appropriate.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that

1. The application is allowed and the matter is returned for reconsideration by a different PRRA officer.
2. The following question is certified:

Can the judge deciding an application for leave limit the issues to be considered on the judicial review?

[TRANSLATION] Lorsque, de manière expresse, un juge de la Cour fédérale n'accorde qu'à l'égard d'une seule question l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire, le juge de la Cour fédérale qui instruit la demande de contrôle doit-il se restreindre à décider de cette seule question?

[72] Il me semble que si le juge saisi de la demande d'autorisation dispose du pouvoir de restreindre à une seule question la portée du contrôle judiciaire, il dispose vraisemblablement du pouvoir de restreindre le contrôle à tout nombre donné de questions. Ce qu'il importe de savoir c'est si ce juge peut ou non restreindre les motifs de contrôle. J'estime par conséquent le libellé de la question proposée par le demandeur plus utile pour faire de ce point une question de portée et d'application générale. Cela mis à part, je suis d'avis, comme les avocats des deux parties, que ce point satisfait au critère énoncé dans *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL) et que la question devrait être certifiée.

[73] En ce qui concerne l'application de l'arrêt *Mathieu*, j'estime tout comme le défendeur que le droit semble bien établi sur le sujet, et que la certification de la question n'est donc pas indiquée.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La demande est accueillie et l'affaire renvoyée à un autre agent d'ERAR pour nouvel examen.
2. La question suivante est certifiée :

Le juge saisi d'une demande d'autorisation peut-il restreindre les questions à examiner dans le cadre du contrôle judiciaire?

IMM-3968-08  
2010 FC 242

IMM-3968-08  
2010 CF 242

**Mohammad Jahazi, Nargues Behnaz Mortazavi-Izadi, Hamed Jahazi** (*Applicants*)

**Mohammad Jahazi, Nargues Behnaz Mortazavi-Izadi, Hamed Jahazi** (*demandeurs*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: JAHAZI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : JAHAZI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, January 29; Ottawa, March 2, 2010.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto, 29 janvier; Ottawa, 2 mars 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence because of inadmissibility on security grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) — Applicant, Iranian citizen, formerly employed by Iranian university, research organization — Officer stating university controlled by Iranian Revolutionary Guards Corps (IRGC), research organization implicated in making of weapons of mass destruction — Finding applicant taking part in subversive activities, associating with terrorist group, providing information about dissidents to Iranian government — Whether officer erring in applying s. 34(1)(f), breaching principles of natural justice, making unreasonable inferences, findings of fact — Court analysing applicability of s. 87, relying on Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee), finding that disclosure of redacted certified tribunal record pages injurious to national security — Officer not erring in construction of s. 34(1)(f) — Officer basing finding of inadmissibility only on s. 34(1)(f) — Assessment that applicant passing on information about Iranian dissidents to Government, teaching at IRGC-controlled university, collaborating with research organization substantiating officer's finding that applicant member of subversive, terrorist organization — Principles of natural justice not breached: applicant receiving ample notice of allegations, disclosure of Internet open source evidence not necessary — However, inferences drawn by officer from evidence unreasonable — Reading of record not grounding bona fide belief in serious possibility based on credible evidence that applicant active participant in Islamic, student organizations collaborating with Iranian regime — Affiliation with such groups not meaning that applicant involved in subversive activities — Officer not discussing applicant's explanations — Relying instead on Internet, inconclusive reports to make accusations against applicant — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas avait refusé une demande de résidence permanente sur constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, un citoyen iranien, travaillait auparavant pour une université et une organisation de recherche iraniennes — L'agente avait déclaré que l'université était contrôlée par le Corps des gardiens de la révolution islamique (CGRI) de l'Iran et que l'organisation de recherche avait participé au développement d'armes de destruction massive — Elle avait conclu que le demandeur avait pris part à des activités subversives, qu'il avait eu des liens avec un groupe terroriste et qu'il avait fourni au gouvernement iranien des renseignements au sujet de citoyens dissidents — Il s'agissait de savoir si l'agente avait commis une erreur dans son application de l'art. 34(1)f), avait violé les principes de justice naturelle et avait tiré des inférences et des conclusions de fait déraisonnables — La Cour avait analysé l'applicabilité de l'art. 87 en invoquant l'affaire Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité) et avait conclu que la divulgation de pages retranchées du dossier certifié du tribunal porterait atteinte à la sécurité nationale — L'agente n'avait pas commis d'erreur dans son interprétation de l'art. 34(1)f) — L'agente avait conclu à l'interdiction de territoire uniquement sur le fondement de l'art. 34(1)f) — L'évaluation selon laquelle le demandeur avait transmis au gouvernement des renseignements au sujet de dissidents iraniens, qu'il avait enseigné à l'université contrôlée par le CGRI et qu'il avait collaboré avec l'organisation de recherche justifiait la conclusion de l'agente portant que le demandeur était membre d'une organisation subversive ou terroriste — Aucune atteinte aux principes de justice naturelle : le demandeur avait été amplement avisé des allégations pesant contre lui et la divulgation d'éléments de preuve provenant des*



*Security Intelligence — Judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence because of inadmissibility on security grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f) — Several pages from certified tribunal record partially redacted on ground disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of persons — Whether respondent entitled to IRPA, s. 87 non-disclosure motion — Appointment of special advocate not required in present case — Court analysing applicability of s. 87 — Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee) applied — Disclosure of partially redacted pages herein would be injurious to national security.*

This was an application for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's application for permanent residence due to a determination of inadmissibility on security grounds pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The applicant, an Iranian citizen, applied for permanent residence after obtaining a senior position at the National Research Council. He had previously worked in Iran at Tarbiat Modarres University (TMU) as a professor, and at the Iranian Research Organization for Science and Technology (IROST). In an interview with the visa officer, the applicant stated, *inter alia*, that his professional duties in Iran were junior, that he had never been asked to provide information on Iranian citizens to Iranian authorities, and that he did not know any Iranian diplomat. He also denied any special connection with the Iranian government or any military research project, and any membership in any organization. The visa officer indicated it was well known that the Iranian Revolutionary Guards Corps (IRGC) controlled TMU, and that an Internet search revealed IROST has been accused of implication in the making of weapons of mass destruction. The visa officer was concerned that the applicant had achieved a high position quickly in a

*sources accessibles au public n'était pas nécessaire — Cependant, les inférences tirées par l'agente de la preuve étaient déraisonnables — Une lecture du dossier ne justifie pas une croyance légitime à une possibilité sérieuse, fondée sur des preuves dignes de foi, que le demandeur ait participé activement aux activités d'organisations islamiques ou étudiantes qui collaboraient avec le régime iranien — L'affiliation à ces groupes ne permet aucunement de conclure qu'il avait pris part à des activités subversives — L'agente avait écarté les explications du demandeur — Elle s'était plutôt fondée sur Internet et sur des rapports peu probants pour porter des accusations contre le demandeur — Demande accueillie.*

*Renseignement de sécurité — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas avait refusé une demande de résidence permanente sur constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l'art. 34(1)(f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Plusieurs pages du dossier certifié du tribunal avaient été partiellement expurgées au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Il s'agissait de savoir si le défendeur avait droit à une requête en interdiction de divulgation au titre de l'art. 87 de la LIPR — La nomination d'un avocat spécial ne s'imposait pas en l'espèce — La Cour avait analysé l'applicabilité de l'art. 87 — Application de l'affaire Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité) — La divulgation de pages partiellement retranchées en l'espèce porterait atteinte à la sécurité nationale.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas avait refusé la demande de résidence permanente présentée par le demandeur sur constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l'alinéa 34(1)(f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le demandeur, un citoyen iranien, a présenté une demande de résidence permanente après avoir obtenu un poste de rang supérieur au Conseil national de recherches du Canada. Auparavant, il avait travaillé en Iran comme professeur à l'université Tarbiat Modarres (UTM) et pour l'Organisation de la recherche iranienne pour la science et la technologie (ORIST). Dans le cadre d'une entrevue avec l'agente des visas, le demandeur avait notamment déclaré qu'il avait exercé des fonctions subalternes en Iran, qu'on ne lui avait jamais demandé de fournir aux autorités iraniennes des renseignements au sujet de citoyens iraniens et qu'il ne connaissait aucun diplomate iranien. En outre, il avait nié entretenir de liens particuliers avec le gouvernement iranien ou avec tout projet de recherche militaire, ainsi que l'appartenance à quelque organisation que ce soit. L'agente des visas a indiqué qu'il était connu que le Corps des gardiens de la révolution islamique (CGRI) de l'Iran exerce un contrôle sur l'UTM, et qu'il ressort d'une recherche Internet

university controlled by the IRGC. The visa officer found the applicant inadmissible on the grounds that he had taken part in subversive activities, had associated with terrorist groups, had given information about dissidents to the Iranian government, and had participated in Iran's arms effort.

The principal issues were whether the visa officer erred in applying paragraph 34(1)(f) by not identifying the subversive activities or the terrorist organization the applicant was a member of, breached the principles of natural justice by relying on information gathered from the Internet, and made unreasonable inferences and findings of fact. The Court also dealt with a motion for non-disclosure by the respondent pursuant to section 87 of IRPA.

*Held*, the application should be allowed.

In the case at bar, several pages from the certified tribunal record had been partially redacted on the ground that their disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of persons. After first determining that the interests of fairness and natural justice did not require the appointment of a special advocate, the Court analysed the applicability of section 87, and relied on *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* to find that the disclosure of the partially redacted pages would be injurious to national security.

The visa officer did not err in her construction of paragraph 34(1)(f). The applicant's argument that the visa officer likened the sharing of information about dissidents with the Iranian government to subversive activities was not the basis for the visa officer's negative decision. The visa officer based her finding of inadmissibility only on paragraph 34(1)(f). She did not find that the applicant himself engaged in acts of subversion or terrorism, but that he was a member of an organization that engaged, engages or will engage in such acts. While the visa officer's reasons were not devoid of ambiguities in this respect, it could be assumed that in the visa officer's assessment, the fact that the applicant passed on information to the Iranian government about dissident Iranians living abroad, as well as the fact that he taught at TMU and collaborated with IROST, substantiated the visa officer's finding that the applicant is a member of a subversive or terrorist organization.

The visa officer did not breach the principles of natural justice. The applicant received ample notice of the allegations

que l'ORIST avait été accusée d'avoir participé au développement d'armes de destruction massive. Le fait que le demandeur avait obtenu rapidement un poste important dans une université qui se trouvait sous le contrôle du CGRI préoccupait l'agente des visas. Celle-ci a conclu que le demandeur était interdit de territoire parce qu'il avait pris part à des activités subversives, avait eu des liens avec des groupes terroristes, avait fourni au gouvernement iranien des renseignements au sujet de citoyens dissidents et avait participé aux efforts d'armement de l'Iran.

Les principales questions litigieuses étaient celles de savoir si l'agente des visas avait commis une erreur dans son application de l'alinéa 34(1)f) du fait qu'elle n'a pas précisé la nature de l'activité subversive ni divulgué le nom de l'organisation terroriste dont le demandeur était membre, si elle avait violé les principes de justice naturelle en se fondant sur des renseignements obtenus sur Internet, et si elle avait tiré des inférences et des conclusions de fait déraisonnables. La Cour s'était aussi penchée sur la requête du défendeur en interdiction de divulgation au titre de l'article 87 de la LIPR.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

En l'espèce, plusieurs pages du dossier certifié du tribunal avaient été partiellement expurgées au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Après avoir établi que l'équité et la justice naturelle n'exigeaient pas la nomination d'un avocat spécial, la Cour a analysé l'applicabilité de l'article 87 et a invoqué l'affaire *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)* pour conclure que la divulgation des renseignements retranchés porterait atteinte à la sécurité nationale.

L'agente des visas n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de l'alinéa 34(1)f). L'argument du demandeur portant que l'agente des visas avait assimilé la transmission de renseignements au sujet de dissidents au gouvernement iranien à des activités subversives ne constituait pas le fondement de sa décision négative. L'agente des visas avait conclu à l'interdiction de territoire uniquement sur le fondement de l'alinéa 34(1)f). Elle n'a pas conclu que le demandeur avait été l'auteur d'actes de subversion ou de terrorisme, mais qu'il était membre d'une organisation qui est, a été ou sera l'auteur de tels actes. Même si les motifs de l'agente des visas n'étaient pas dépourvus d'ambiguïtés à cet égard, il était juste de présumer que dans l'évaluation de l'agente des visas, le fait que le demandeur avait transmis au gouvernement iranien des renseignements au sujet de dissidents iraniens de l'étranger ainsi que le fait qu'il avait enseigné à l'UTM et qu'il avait collaboré avec l'ORIST justifiait la conclusion selon laquelle le demandeur était membre d'une organisation subversive ou terroriste.

L'agente des visas n'a pas manqué aux principes de justice naturelle. Le demandeur avait été amplement avisé des alléga-

against him, and had time to respond to the visa officer's concerns. Moreover, the information gathered on the Internet pertained directly to the applicant's former employers. The disclosure of this open source evidence was not necessary to allow the applicant to participate meaningfully in the decision-making process.

However, the inferences drawn by the visa officer from the evidence were unreasonable. The visa officer's conclusions were based on assumptions, speculations and guilt by association that find very little support in the record. A careful reading of the record could not ground a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence that the applicant was an active participant in Islamic or student organizations collaborating with the Iranian regime. The fact that the applicant may have known people affiliated with such groups and that he may have socialized with them is a far cry from a finding that he was involved in subversive activities. The visa officer casually dismissed the applicant's explanations regarding his rapid rise at TMU. The uncontradicted and unchallenged evidence presented by the applicant did not show any privileged treatment by the TMU administration. The visa officer's conclusions regarding the involvement of the IRGC with TMU, and the weapons programs at IROST were based on Web sites whose reliability has not been established. The content of the pages printed from one of those Web sites and included in the certified tribunal record did not warrant the inferences drawn by the visa officer about the applicant's activities. The visa officer preferred to rely on dubious information found on the Internet and on inconclusive reports from other sources to make accusations against the applicant, instead of discussing the applicant's explanations. These errors made the visa officer's decision unreasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 34, 83 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 87 (as am. *idem*).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229, (1988), 53 D.L.R. (4th) 568, 24 F.T.R. 24

tions pesant contre lui et avait bénéficié de délais pour répondre aux interrogations de l'agente des visas. De plus, les renseignements recueillis sur Internet se rapportaient directement aux anciens employeurs du demandeur. La divulgation de cette preuve provenant des sources accessibles au public n'était pas nécessaire pour permettre au demandeur de participer utilement au processus décisionnel.

Cependant, les inférences que l'agente des visas a tirées des éléments de preuve étaient déraisonnables. Les conclusions de l'agente des visas étaient fondées sur des hypothèses, des spéculations et la culpabilité par association, éléments qui étaient très peu étayés par le dossier. Une lecture attentive du dossier ne permet pas de justifier une croyance légitime à une possibilité sérieuse, fondée sur des preuves dignes de foi, que le demandeur ait participé activement aux activités d'organisations islamiques ou étudiantes qui collaboraient avec le régime iranien. Le fait qu'il puisse avoir connu certaines personnes affiliées à ces groupes et avoir eu avec elles des relations sociales ne permet aucunement de conclure qu'il a pris part à des activités subversives. L'agente des visas a écarté sommairement les explications du demandeur à l'égard de son évolution rapide au sein de l'UTM. Les éléments de preuve non contredits produits par le demandeur ne faisaient aucunement état de traitement de faveur de la part de l'administration de l'UTM. Les conclusions de l'agente des visas quant à la participation du CGRI auprès de l'UTM et aux programmes d'armes de l'ORIST reposaient sur des sites Web dont la fiabilité n'avait pas été établie. Le contenu des pages imprimées à partir de l'un de ces sites Web et versées au dossier certifié du tribunal ne justifiait pas les inférences tirées par l'agente des visas au sujet des activités du demandeur. L'agente des visas a préféré se fonder sur des renseignements douteux trouvés sur Internet et sur des rapports peu probants d'autres sources pour porter des accusations contre le demandeur au lieu d'analyser les explications du demandeur. Ces erreurs ont rendu la décision de l'agente des visas déraisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 34, 83 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 87 (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.);

(T.D.); *Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106, 66 Imm. L.R. (3d) 111.

## CONSIDERED:

*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *Dhahbi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 347; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, 29 Admin. L.R. (4th) 21, 129 C.R.R. (2d) 18; *Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 243, 2002 F.T.R. 57.

## REFERRED TO:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *Mohamed, Binyam (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65; *Kanyamibwa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, 360 F.T.R. 173, 87 Imm. L.R. (3d) 86; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413, 208 D.L.R. (4th) 265, 213 F.T.R. 56; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, 258 D.L.R. (4th) 193, 135 C.R.R. (2d) 1; *Chou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 190 F.T.R. 78, 3 Imm. L.R. (3d) 212 (F.C.T.D.), aff'd 2001 FCA 299, 17 Imm. L.R. (3d) 234, 285 N.R. 188; *Alarcon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 207; *Sarder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Jalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 246, [2006] 4 F.C.R. 471, 52 Imm. L.R. (3d) 256; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, 226 D.L.R. (4th) 193, 50 Admin. L.R. (3d) 1; *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 399, [2002] 3 F.C. 3, 18 Imm. L.R. (3d) 288,

*Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 585.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Dhahbi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 347; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 243.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Mohamed, Binyam (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65; *Kanyamibwa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2010 CF 66; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Chou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 14890 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par 2001 CAF 299; *Alarcon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 207; *Sarder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8316 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Jalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 246, [2006] 4 R.C.F. 471; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 399, [2002] 3 C.F. 3; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 642 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Qureshi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 7; *Denton-James c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1548; *Khanna c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 335; *Fi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et*

284 N.R. 201; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, 355 F.T.R. 222, 86 Imm. L.R. (3d) 212; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 642, (1998), 141 F.T.R. 81 (T.D.), affd [2001] 2 F.C. 297, (2000), 195 D.L.R. (4th) 422, 265 N.R. 121 (C.A.); *Qureshi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 7, 78 Imm. L.R. (3d) 8; *Denton-James v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1548, 262 F.T.R. 198, 43 Imm. L.R. (3d) 182; *Khanna v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 335; *Fi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1125, [2007] 3 F.C.R. 400, 56 Imm. L.R. (3d) 131; *Sinan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 714; *Karakachian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 948, 364 F.T.R. 1; *Jalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 568; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200, 28 Admin. L.R. (4th) 161; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, (2000), 195 D.L.R. (4th) 422, 265 N.R. 121 (C.A.); *Moiseev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 88, 323 F.T.R. 164.

## AUTHORS CITED

Iran Watch. “Iran Smuggles Ceramic Matrix Composites, a Key Material for Building a Nuclear Bomb”, May 19, 2005, online: <<http://www.iranwatch.org/>>.

Iran Watch. “Iranian Entity: Iranian Research Organization for Science and Technology (IROST)”, January 26, 2004, online: <<http://www.iranwatch.org/>>.

Iran Watch. “The Islamic Revolutionary Guards Corps use Universities for Research to Build the Bomb: IRCG Imam Hussein University Involved in Clandestine Nuclear Weapons Program”, March 20, 2006, online: <<http://www.iranwatch.org/>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant’s application for permanent residence due to a determination of inadmissibility on security grounds pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## APPEARANCES

*Lorne Waldman* and *Jacqueline Swaisland* for applicants.  
*Deborah A. Drukarsh* for respondent.

*de l’Immigration*, 2006 CF 1125, [2007] 3 R.C.F. 400; *Sinan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 714; *Karakachian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 948; *Jalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 568; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Moiseev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 88.

## DOCTRINE CITÉE

Iran Watch. « Iran Smuggles Ceramic Matrix Composites, a Key Material for Building a Nuclear Bomb », 19 mai 2005, en ligne : <<http://www.iranwatch.org/>>.

Iran Watch. « Iranian Entity: Iranian Research Organization for Science and Technology (IROST) », 26 janvier 2004, en ligne : <<http://www.iranwatch.org/>>.

Iran Watch. « The Islamic Revolutionary Guards Corps use Universities for Research to Build the Bomb: IRCG Imam Hussein University Involved in Clandestine Nuclear Weapons Program », 20 mars 2006, en ligne : <<http://www.iranwatch.org/>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente des visas avait refusé la demande de résidence permanente présentée par le demandeur sur constat d’interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Lorne Waldman* et *Jacqueline Swaisland* pour les demandeurs.  
*Deborah A. Drukarsh* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application for judicial review of a decision of immigration officer Andrée Blouin, dated August 14, 2008, who refused the applicant's application for permanent residence due to a determination of inadmissibility on security grounds pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). Mr. Jahazi, an Iranian citizen, is a highly regarded scientist who has been employed in high level research at the National Research Council Canada (NRC). He left Canada on December 16, 2008, at the expiration of his last temporary work permit.

[2] Prior to the hearing of the judicial review application, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) applied under section 87 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA for the non-disclosure of certain information considered and relied upon by the officer in making her determination. Counsel for the applicant did not object to that motion, but sought the appointment of a special advocate to represent the interests of Mr. Jahazi. The *ex parte* and *in camera* hearing of that motion took place on August 25, 2009. Subsequently, both parties were heard by way of teleconference on the section 87 motion and on the motion to appoint a special advocate on October 19, 2009. On October 26, 2009, I ordered that the section 87 motion of the respondent be granted, and that the motion of the applicant to appoint a special advocate be dismissed. At the time, I gave brief oral explanations for my decisions and indicated that more extensive reasons would be provided with my reasons on the merit of the application for judicial review submitted by Mr. Jahazi.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Waldman & Associates*, Toronto, pour les demandeurs.

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

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision en date du 14 août 2008 par laquelle l'agente d'immigration Andrée Blouin a refusé la demande de résidence permanente présentée par le demandeur sur constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité au titre de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). M. Jahazi, un citoyen iranien, est un scientifique très réputé qui a travaillé dans le cadre d'une recherche de haut niveau au Conseil national de recherches du Canada (CNRC). Il a quitté le Canada le 16 décembre 2008, à l'expiration de son dernier permis de travail temporaire.

[2] Avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a demandé la non-divulgateion, au titre de l'article 87 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR, de certains renseignements ayant servi de fondement à la décision de l'agente. L'avocat du demandeur ne s'est pas opposé à la requête du ministre, mais il a demandé la nomination d'un avocat spécial pour représenter les intérêts de M. Jahazi. L'audience *ex parte* et à huis clos de cette requête a eu lieu le 25 août 2009. Par la suite, les observations des deux parties sur la requête au titre de l'article 87 ainsi que sur la requête en nomination d'un avocat spécial ont été entendues par téléconférence le 19 octobre 2009. Le 26 octobre 2009, j'ai ordonné que la requête du défendeur au titre de l'article 87 soit accueillie et que la requête du demandeur en nomination d'un avocat spécial soit rejetée. À l'époque, j'ai expliqué brièvement mes décisions et j'ai précisé que des motifs plus élaborés seraient fournis en même temps que les motifs sur le fond de la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Jahazi.

## I. Background

[3] The applicant was born in 1959. In 1977, he left Iran to study in France. He obtained an engineering degree in 1984 and a master degree in 1985. He then moved to Canada to do his Ph.D. at McGill University; he graduated in 1989 and was ranked on the Dean's honour list. In the meantime, he married Mrs. Nargues Behnaz Mortazavi-Izadi in 1987, with whom they later had two sons (one to be born in Canada in 1989, the other in Iran in 1993).

[4] After briefly working at McGill University as a researcher, the applicant returned to Iran with his family in 1990. He was hired first as an assistant professor, and then as an associate professor (in 1996), at Tarbiat Modarres University (TMU), where he taught in his field of expertise (materials). While still a professor at TMU, he also worked two days a week at the Iranian Research Organization for Science and Technology (IROST) between 1998 and 2000, where he was a deputy director for research and technology.

[5] The applicant came back to Canada in 2001, on a work permit, after being offered a research position at McGill University. Shortly afterward, he also applied and obtained a senior position (group leader) at the Institute for Aerospace Research of the NRC. He came to Canada with his wife and two children.

[6] The applicant applied for permanent residence in September 2001, and he was interviewed (with his wife) for the first time at the Canadian Consulate in Buffalo, New York, on June 27, 2003. After a lengthy delay in the treatment of his file and the intervention of the applicant's Member of Parliament to accelerate the process, a first decision was finally rendered on May 25, 2005. The applicant's permanent residence application was refused pursuant to paragraph 34(1)(f) of IRPA. The applicant sought judicial review of that decision. After leave was granted, the Minister agreed to reconsider his application; the application for judicial review was therefore discontinued, and Mr. Jahazi's application for permanent residence was sent back for redetermination by a different officer.

## I. Le contexte

[3] Le demandeur est né en 1959. En 1977, il a quitté l'Iran pour étudier en France. Il a obtenu un diplôme en génie en 1984 et une maîtrise en génie en 1985. Il a déménagé au Canada pour faire un doctorat à l'Université McGill; il a obtenu son diplôme en 1989 ainsi qu'une mention d'honneur et d'excellence du doyen. Entre-temps, il a épousé M<sup>me</sup> Nargues Behnaz Mortazavi-Izadi en 1987. Ils ont eu deux fils (un né au Canada en 1989 et l'autre en Iran en 1993).

[4] Après avoir occupé brièvement un poste de chercheur à l'Université McGill, le demandeur est retourné en 1990 en Iran avec sa famille. Il a été d'abord embauché comme professeur adjoint et par la suite comme professeur agrégé (en 1996), à l'Université Tarbiat Modarres (UTM), où il a enseigné dans son domaine de spécialisation (les matériaux). Parallèlement, de 1998 à 2000, il a travaillé deux jours par semaine pour l'Organisation de la recherche iranienne pour la science et la technologie (ORIST), au sein de laquelle il a occupé le poste de directeur adjoint pour la recherche et la technologie.

[5] Le demandeur est revenu au Canada en 2001, muni d'un permis de travail, pour occuper un poste de chercheur à l'Université McGill. Peu de temps après, il a demandé et obtenu un poste de rang supérieur (chef d'équipe) à l'Institut de recherche aérospatiale du CNRC. Il est venu au Canada avec sa femme et ses deux enfants.

[6] Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente en septembre 2001 et a eu (avec sa femme) une première entrevue au Consulat canadien à Buffalo (New York), le 27 juin 2003. Après un long délai dans le traitement de son dossier et l'intervention du député du demandeur pour faire accélérer le processus, une première décision a été finalement rendue le 25 mai 2005. La demande de résidence permanente du demandeur a été rejetée au titre de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR. Le demandeur a demandé le contrôle judiciaire de cette décision. Après que l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire eut été accordée, le ministre a accepté de réexaminer la demande de résidence permanente; par conséquent, la demande de contrôle judiciaire a été abandonnée et la demande de résidence permanente

[7] A second interview of the applicant took place in the Canadian Consulate in Buffalo on April 17, 2008, first with two officers of the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS), and then with immigration officer Blouin. He maintained throughout his interview that his professional duties in Iran were very junior, that his presence in Canada was beneficial to Canada, and that he was never asked to provide information to Iranian authorities and did not know any Iranian diplomat.

[8] By letter dated July 3, 2008, Ms. Blouin further asked the applicant to give details with respect to: (1) his contacts with Iranian diplomats posted abroad; (2) whether he had ever been asked to provide information on Iranian citizens while he was living outside of Iran; (3) whether he had ever been made aware or approved research projects on biological weapons or weapons of mass destruction while he was a professor at TMU or during his mandate at IROST; and (4) whether he had ever facilitated linkages between researchers and firms with a view to build such weapons. In concluding her letter, Ms. Blouin explicitly appraised the applicant of her concerns in the following terms:

[TRANSLATION] I would like to remind you of the reason why we have interviewed you again: in view of your background and your professional activities in Iran and in Canada, we believe that you have maintained a special relationship with the Government of Iran, either by transmitting to it information about fellow citizens or by encouraging research in the fields of weapons of mass destruction, or nuclear or biological weapons.

Therefore, as far as the Canadian authorities are concerned, you might be inadmissible under paragraph 34(1)(a) and/or paragraph 34(1)(f).

[9] The applicant answered officer Blouin's concerns by letter dated July 8, 2008, denying once more any special connection with the Iranian government or any military research project, and any membership in any organization.

de M. Jahazi a été renvoyée pour nouvel examen par un autre agent.

[7] Une deuxième entrevue du demandeur a eu lieu au Consulat canadien à Buffalo le 17 avril 2008, d'abord avec deux agents du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), et ensuite avec l'agente d'immigration Blouin. Le demandeur a maintenu tout au long de son entrevue qu'il avait exercé des fonctions subalternes en Iran, que sa présence au Canada était bénéfique au pays, qu'on ne lui a jamais demandé de fournir des renseignements aux autorités iraniennes et qu'il ne connaît aucun diplomate iranien.

[8] Par lettre datée du 3 juillet 2008, M<sup>me</sup> Blouin a demandé au demandeur de fournir des détails sur les points suivants : 1) s'il avait eu des rapports avec des diplomates iraniens en poste à l'étranger; 2) si on lui avait déjà demandé de fournir des renseignements sur des citoyens iraniens lorsqu'il vivait à l'extérieur de l'Iran; 3) s'il avait jamais été au courant ou s'il avait autorisé des recherches sur des armes biologiques ou des armes de destruction massive lorsqu'il enseignait à l'UTM ou lors de son mandat auprès de l'ORIST; 4) s'il avait déjà mis en relation des chercheurs et des entreprises intéressées à construire de telles armes. À la fin de sa lettre, M<sup>me</sup> Blouin a explicitement informé le demandeur, comme suit, de ses préoccupations à son égard :

J'aimerais vous rappeler la raison pour laquelle nous vous avons revu en entrevue : compte tenu de votre cheminement et de vos activités professionnelles en Iran et au Canada, nous croyons que vous avez entretenu des rapports particuliers avec le gouvernement iranien, que ce soit en lui transmettant de l'information sur des concitoyens ou en favorisant des recherches sur les armes de destruction massive, nucléaires ou biologiques.

Par conséquent, vous pourriez être interdit de territoire pour le Canada selon l'article 34(1)(a) et/ou 34(1)(f).

[9] Le demandeur a répondu à l'agente Blouin par lettre datée du 8 juillet 2008 et a nié encore une fois tout lien particulier avec le gouvernement iranien ou avec tout projet de recherche militaire, ainsi que l'appartenance à quelque organisation que ce soit.



[10] The applicant's application for permanent residence was refused by letter dated August 14, 2008. Mr. Jahazi was found to be inadmissible under paragraph 34(1)(f). It is this decision that is currently under review.

## II. The impugned decision

[11] The officer found the applicant inadmissible because she had reasons to believe that he had taken part in different kinds of subversive activities and that he had associated with groups that were engaged in terrorist activities. The officer also indicated she had confidential information supporting her belief that the applicant had furnished information about dissidents to the Iranian government during the time he was studying in both Europe and Canada and that he had participated in the arms effort and in subversive activities related to the military regime in Iran.

[12] The basis for the officer's conclusion, as set out in her decision letter, was that the applicant had tried to minimize his responsibilities at TMU and at the IROST. She noted that he was appointed as a professor at TMU at a young age, and that professors and students at this newly created university were carefully selected by the government. She added that the regime had good reasons to believe that he supported the Iranian government's ideology despite the fact that he had been outside of the country for 12 years, and she was therefore convinced that he had been of use to the Iranian government by gathering information on dissidents during his studies.

[13] The officer indicated that it is well known TMU is under the control of the Iranian Revolutionary Guards Corps (IRGC). Although the applicant spent many years in the western world, he benefited from a privileged treatment at TMU and his responsibilities never ceased to grow until 2000. She went on to note that the applicant had participated in the selection of projects, had supervised students, had twinned young researchers and enterprises, and had been seconded to the IROST. During those years, she wrote, the IRGC had armed terrorist groups in the Middle East, and the IROST has been

[10] La demande de résidence permanente du demandeur a été rejetée par une lettre datée du 14 août 2008. M. Jahazi a été déclaré interdit de territoire au titre de l'alinéa 34(1)f). C'est cette décision qui fait l'objet du présent contrôle judiciaire.

## II. La décision contestée

[11] L'agente a conclu que le demandeur était interdit de territoire parce qu'elle avait des raisons de croire que celui-ci avait pris part à différents types d'activités subversives et qu'il avait eu des liens avec des groupes se livrant à des activités terroristes. L'agente a également affirmé disposer de renseignements confidentiels qui étayaient sa conviction que le demandeur avait fourni au gouvernement iranien des renseignements sur des citoyens dissidents lors de ses études en Europe et au Canada et qu'il avait participé aux efforts d'armement et à des activités subversives reliées au régime militaire en Iran.

[12] Le fondement de la conclusion de l'agente, formulé dans la lettre de décision, était que le demandeur a essayé de réduire l'importance de ses responsabilités à l'UTM et à l'ORIST. Elle a souligné que celui-ci a été nommé professeur à l'UTM alors qu'il était très jeune et que les professeurs et les étudiants de cette université nouvellement créée étaient minutieusement choisis par le gouvernement. L'agente a ajouté que le régime avait de bonnes raisons de croire que le demandeur appuyait l'idéologie du gouvernement iranien malgré le fait qu'il avait vécu à l'étranger pendant 12 ans, et qu'elle était donc convaincue qu'il avait servi les intérêts du gouvernement iranien en recueillant pendant ses études des renseignements sur des dissidents.

[13] L'agente a indiqué qu'il est bien connu que l'UTM est contrôlée par le Corps des gardiens de la révolution islamique (CGRI). Bien que le demandeur ait passé de nombreuses années en Occident, il a joui d'un traitement de faveur à l'UTM et ses responsabilités ont augmenté constamment jusqu'en 2000. Elle a ensuite souligné que le demandeur avait participé à la sélection de projets, avait encadré des étudiants, jumelé de jeunes chercheurs avec des entreprises, et qu'il avait été détaché pour travailler à l'ORIST. Au cours des années en question, le CGRI a armé des groupes terroristes au Moyen-Orient,

accused of implication in the making of weapons of mass destruction.

[14] Within the Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) notes, the officer points out that this information was obtained through an Internet search about the IROST organization. She quotes Iran Watch [“Iranian Entity: Iranian Research Organization for Science and Technology (IROST)”, January 26, 2004] as stating:

Affiliated with the Ministry of Culture and Higher Education of Iran; established in 1980 to support and train researchers by providing scientific and administrative facilities and the possibility of collaborative research opportunities; listed by the Japanese government as an entity of concern for biological, chemical and nuclear weapon proliferation; identified by the British government in February 1998 as having procured goods and/or technology for weapons of mass destruction programs, in addition to doing non-proliferation related business; reportedly acted as a front for the purchase of fungus for producing toxins from Canada and Netherlands.

[15] Further down in the CAIPS notes, the officer wrote:

[TRANSLATION] According to Internet sites, such as Jane, Iran Watch, Wisconsin project on nuclear arms control, there is a relationship between the University and the Iranian Regime, and the IRGC and academic research, and they state that the IRGC are engaged in the sale of weapons to terrorist organizations, that they train members of terrorist organizations, and finance those organizations. It seems that the applicant fell into disgrace around the end of the 1990’s. He no longer wants to return to Iran.

[16] Finally, the officer noted in her refusal letter that the applicant’s credibility was challenged during the interviews with CSIS officers. In the CTR [certified tribunal record], a CSIS brief dated May 28, 2008 explains the credibility concerns mentioned by officer Blouin. Apart from those already mentioned, the brief refers to a contradiction between the applicant’s statement to the effect that he travelled to Toronto only once and his wife’s declaration in 2003 that he had been there on a number of occasions. A discrepancy was also noted between the applicant denying ever travelling to China, and later acknowledging that he had been there for 10 days on a

et l’ORIST a été accusée d’avoir participé au développement d’armes de destruction massive.

[14] Dans les notes qu’elle a consignées dans le Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration (STIDI), l’agente souligne que ces renseignements ont été obtenus au moyen d’une recherche Internet effectuée sur l’ORIST. Elle cite Iran Watch [« Iranian Entity: Iranian Research Organization for Science and Technology (IROST) », 26 janvier 2004] comme suit :

[TRADUCTION] Relève du ministère iranien de la Culture et de l’Éducation supérieure; fondée en 1980 pour soutenir et pour former des chercheurs en fournissant des équipements scientifiques et administratifs ainsi que la possibilité de recherches collectives; présentée par le gouvernement japonais comme une entité intéressée par la prolifération des armes biologiques, chimiques et nucléaires; identifiée par le gouvernement britannique en février 1998 comme ayant fourni des matières et des technologie pour les programmes de développement d’armes de destruction massive, en plus d’avoir des activités liées à la non-prolifération; l’organisation aurait agi comme couverture pour l’achat de champignons au Canada et aux Pays-Bas en vue de produire des toxines.

[15] Plus loin dans ses notes du STIDI, l’agente écrit ce qui suit :

Les sites internet, tels que JANE, Iranwatch, Wisconsin project on nuclear arms control lient l’Université et le Régime Iranien, et les IRGC [le CGRI] et la recherche universitaire, et mentionnent que les IRGC [le CGRI] sont impliqués dans la vente d’armes à des organisations terroristes, qu’ils entraînent des membres d’organisation terroristes, et financent ces organisations. Il semble que le candidat soit tombé en disgrâce vers la fin des années 90. Il ne veut plus retourner en Iran. (*sic*)

[16] Enfin, l’agente a souligné dans sa lettre de refus que la crédibilité du demandeur a été mise en cause lors des entrevues avec les agents du SCRS. Dans le dossier certifié du tribunal, un mémoire du SCRS daté du 28 mai 2008 explique les préoccupations touchant la crédibilité mentionnées par l’agente Blouin. Outre ces préoccupations, le mémoire indique une contradiction entre la déclaration du demandeur selon laquelle il n’a voyagé qu’une fois à Toronto et la déclaration de sa femme, en 2003, selon laquelle il s’y est rendu à plusieurs reprises. On a également constaté une divergence entre le fait que le demandeur a nié être allé en Chine, et le fait qu’il a

scientific conference after having been asked to explain a stamp of entry and exit for China in his passport.

[17] For all of those reasons, the immigration officer found Mr. Jahazi inadmissible pursuant to paragraph 34(1)(f) of IRPA and refused his application for permanent residence.

### III. Issues

[18] In his able submissions on behalf of Mr. Jahazi, Mr. Waldman raised the following four issues:

A. Did the officer err in her application of paragraph 34(1)(f) because she failed to disclose the terrorist organization the applicant was a member of and did not explain the nature of the subversive activity the applicant was involved in?

B. Did the officer breach the principles of natural justice by relying on information gathered from the Internet that is inherently unreliable, and without giving the applicant an opportunity to respond to it?

C. Did the officer err in law by relying on confidential information that was also inherently unreliable and by not giving the applicant an opportunity to discuss it?

D. Did the officer make unreasonable inferences and findings of fact?

[19] Before addressing these issues, however, I shall deal with the respondent's motion for non-disclosure pursuant to section 87 of the IRPA and with the applicant's motion for the appointment of a special advocate. I shall also consider some preliminary evidentiary issues raised by both parties, as well as the standard of review applicable to the four issues identified in the above paragraph.

admis plus tard y avoir séjourné pendant 10 jours pour une conférence scientifique, lorsqu'il a été interrogé sur la présence dans son passeport d'un timbre d'entrée en Chine et d'un timbre de sortie de la Chine.

[17] Pour tous ces motifs, l'agente d'immigration a conclu que M. Jahazi était interdit de territoire au titre de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR et a rejeté sa demande de résidence permanente.

### III. Les questions en litige

[18] Dans ses observations judicieuses présentées au nom de M. Jahazi, M. Waldman a soulevé les quatre questions suivantes :

A. L'agente a-t-elle commis une erreur dans son application de l'alinéa 34(1)f) du fait qu'elle n'a pas divulgué le nom de l'organisation terroriste dont le demandeur était membre et qu'elle n'a pas précisé la nature de l'activité subversive à laquelle celui-ci avait pris part?

B. L'agente a-t-elle violé les principes de justice naturelle en se fondant sur des renseignements obtenus sur Internet, peu fiables de par leur nature même, et sans donner au demandeur la possibilité d'y répondre?

C. L'agente a-t-elle commis une erreur de droit en se fondant sur des renseignements confidentiels qui étaient également peu fiables de par leur nature même et sans donner au demandeur la possibilité de les examiner?

D. L'agente a-t-elle tiré des inférences et des conclusions de fait déraisonnables?

[19] Avant d'examiner ces questions, toutefois, je me pencherai toutefois sur la requête du défendeur en interdiction de divulgation au titre de l'article 87 de la LIPR et sur la requête du demandeur en nomination d'un avocat spécial. Je me pencherai aussi sur certaines questions préliminaires de preuve soulevées par les deux parties ainsi que sur la norme de contrôle applicable aux quatre questions énoncées dans le paragraphe précédent.

#### IV. Analysis

##### A. *The section 87 application and the motion for the appointment of a special advocate*

[20] Section 87 is found in Division 9 (sections 76 to 87.2) of IRPA and provides a means by which the confidentiality of national security matters in immigration files can be ensured. Section 87 incorporates the provisions of section 83 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] with any necessary modifications. Paragraph 83(1)(c) provides that a judge shall, upon request of the Minister, hear an application for non-disclosure in the absence of the public and of the applicant and his counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person.

[21] The state has a considerable interest in protecting national security and the security of its intelligence services. The disclosure of confidential information could have a detrimental effect on the ability of investigative agencies to fulfil their mandates in relation to Canada's national security. The competing interests of the public's right to an open system and the state's need to protect information and its sources was discussed by the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3. In that case, the Supreme Court acknowledged that the state has a legitimate interest in preserving Canada's supply of intelligence information received from foreign sources and noted that the inadvertent release of such information would significantly injure national security: see in particular paragraphs 42–43 of that decision.

[22] The Supreme Court and other courts have repeatedly recognized the importance of the state's interest in conducting national security investigations and that the societal interest in national security can limit the disclosure of materials to individuals affected by the non-disclosure: see, for example, *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 58; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 744; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and*

#### IV. Analyse

##### A. *La demande fondée sur l'article 87 et la requête en nomination d'un avocat spécial*

[20] L'article 87, qui figure à la section 9 (articles 76 à 87.2) de la LIPR, prévoit un moyen de garantir la confidentialité des éléments touchant à la sécurité nationale dans les dossiers d'immigration. L'article 87 incorpore les dispositions de l'article 83 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] avec les adaptations nécessaires. L'alinéa 83(1)c) prévoit que le juge doit, à la demande du ministre, tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[21] L'État a grandement intérêt à protéger la sécurité nationale et la sécurité de ses services de renseignement. La divulgation de renseignements confidentiels est susceptible d'avoir une incidence négative sur la capacité des organismes d'enquête de s'acquitter de leur mandat relatif à la sécurité nationale du Canada. Les intérêts opposés du droit du public à un système transparent et du besoin de l'État de protéger des renseignements et ses sources ont été examinés par la Cour suprême du Canada dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3. Dans cet arrêt, la Cour suprême a reconnu que l'État a un intérêt légitime à maintenir ses sources étrangères de renseignements et a souligné que la divulgation accidentelle de renseignements porterait sensiblement atteinte à la sécurité nationale : voir notamment les paragraphes 42 et 43 de cet arrêt.

[22] La Cour suprême et d'autres cours de justice ont à de nombreuses reprises reconnu l'importance de l'intérêt de l'État à mener des enquêtes en matière de sécurité nationale et admis que l'intérêt de la société relatif à la sécurité nationale peut limiter l'étendue de la divulgation de renseignements aux intéressés : voir par exemple *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 58; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 744; *Suresh c.*

*Immigration*), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 122; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, above.

[23] That being said, the Court of Appeal of England and Wales recently reiterated that in a country governed by the rule of law upheld by an independent judiciary, it is the courts that must ultimately determine whether and when the confidentiality principle essential to the working arrangements between allied intelligence services must give way to the interests of justice: see *Mohamed, Binyam (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65 (10 February 2010).

[24] In this proceeding, 27 of the 200-page CTR have been partially redacted on the ground that their disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person. The procedure with respect to the Minister's application was the same as that adopted by my colleagues in similar applications. An *in camera* and *ex parte* hearing first took place, where the Court was able to question the affiant who swore the confidential affidavit supporting the application for non-disclosure. Counsels were subsequently invited to make submissions in open court (by way of teleconference). During that hearing, Mr. Waldman acknowledged that the Minister was entitled to bring his section 87 motion, and that he relied on the Court to determine if the case had been made out for non-disclosure.

[25] In determining whether the disclosure of the redacted information would be injurious to national security or to the safety of any person, I relied on what has now become the *locus classicus* in Canadian jurisprudence on that issue, as articulated by Mr. Justice Addy in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229, at pages 242–243:

... in security matters, there is a requirement to not only protect the identity of human sources of information but to recognize that the following types of information might require to be protected with due regard of course to the administration of justice and more particularly to the openness of its proceedings: information pertaining to the identity of targets of the surveillance whether they be individuals or groups, the technical means

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 122; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, précité.

[23] Cela dit, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a récemment réaffirmé que dans un État de droit doté d'un pouvoir judiciaire autonome, il appartient aux cours de justice de déterminer si le principe de confidentialité essentiel aux accords de collaboration entre les services connexes de renseignement doit passer devant les intérêts de la justice et à partir de quel moment : voir *Mohamed, Binyam (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65 (10 février 2010).

[24] Dans la présente instance, 27 des 200 pages du dossier certifié du tribunal ont été partiellement expurgées au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. La procédure suivie relativement à la demande du ministre a été la même que celle adoptée par mes collègues dans des demandes semblables. Une première audition *ex parte* a eu lieu à huis clos, lors de laquelle la Cour a pu interroger le souscripteur de l'affidavit confidentiel à l'appui de la demande de non-divulgence. Les avocats ont été invités par la suite à formuler des observations en audience publique (par téléconférence). Au cours de l'audience, M. Waldman a reconnu que le ministre était en droit de présenter la requête fondée sur l'article 87 et a affirmé qu'il comptait sur la Cour pour interdire, s'il y avait lieu, la divulgation.

[25] Pour déterminer si la divulgation des renseignements retranchés porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, je me suis fondé sur l'énoncé qui fait maintenant autorité en jurisprudence canadienne sur cette question, ainsi formulé par le juge Addy dans l'affaire *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 242 et 243 :

[...] en matière de sécurité, existe la nécessité non seulement de protéger l'identité des sources humaines de renseignement mais encore de reconnaître que les types suivants de renseignements pourraient avoir à être protégés, compte tenu évidemment de l'administration de la justice et plus particulièrement de la transparence de ses procédures : les renseignements relatifs à l'identité des personnes faisant l'objet d'une surveillance, qu'il

and sources of surveillance, the methods of operation of the service, the identity of certain members of the service itself, the telecommunications and cypher systems and, at times, the very fact that a surveillance is being or is not being carried out. This means for instance that evidence, which of itself might not be of any particular use in actually identifying the threat, might nevertheless require to be protected if the mere divulging of the fact that CSIS is in possession of it would alert the targeted organization to the fact that it is in fact subject to electronic surveillance or to a wiretap or to a leak from some human source within the organization.

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

[26] Having duly considered the submissions made by counsel for the respondent, the testimony of the affiant who swore the secret affidavit, and the documents that were filed on the public record and confidentially, I am satisfied that the disclosure of the redacted information would be injurious to national security or safety. I also determined that the non-disclosed information may be relied upon by the Minister and by the Court in ruling on the judicial review application.

[27] As already mentioned, counsel for the applicant vigorously argued for the necessity of appointing a special advocate. In his written submissions, he made much of the same arguments that he had put forward in *Kanyamibwa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, 360 F.T.R. 173. They need

s’agisse de particuliers ou de groupes, les moyens techniques et les sources de la surveillance, le mode opérationnel du service concerné, l’identité de certains membres du service lui-même, les systèmes de télécommunications et de cryptographie et, parfois, le fait même qu’il y a ou non surveillance. Cela signifie par exemple que des éléments de preuve qui, en eux-mêmes, peuvent ne pas être particulièrement utiles à reconnaître une menace, pourraient néanmoins devoir être protégés si la simple révélation que le SCRS en a possession rendrait l’organisme visé conscient du fait qu’il est placé sous surveillance ou écoute électronique, ou encore qu’un de ses membres a fait des révélations.

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

[26] Après avoir dûment examiné les observations formulées de l’avocat du défendeur, le témoignage du souscripteur de l’affidavit secret et les documents versés au dossier public ainsi qu’au dossier confidentiel, j’estime que la divulgation des renseignements retranchés porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. J’ai conclu également que le ministre peut s’appuyer sur les renseignements non divulgués et que la Cour peut le faire aussi pour statuer sur la demande de contrôle judiciaire.

[27] Comme il a déjà été mentionné, l’avocat du demandeur a soutenu énergiquement la nécessité de nommer un avocat spécial. Dans ses observations écrites, il a fait valoir en grande partie les mêmes arguments que ceux avancés dans la décision *Kanyamibwa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection*

not be dealt with here; to the extent that these arguments are generic in nature, they have been addressed at paragraph 46 and following of my reasons in that case.

[28] At the hearing, however, Mr. Waldman stressed two factors to be taken into consideration. First of all, he submitted that the decision to refuse permanent residency to the applicant will have a major impact on him and his family. Even if Mr. Jahazi has now left Canada with his family, he has lived here for eight years and his children have grown up here; indeed, his oldest son was born here during a previous visit to Canada. Moreover, the applicant argues that he is a specialist in his field and could make an important contribution to Canadian industry; his application for permanent residence is therefore not principally motivated by a desire to improve his economic opportunities.

[29] Secondly, Mr. Jahazi contended that the redacted information was extremely significant, as it presumably reveals the name of the organization of which he is alleged to be a member. In his view, he cannot be expected to refute such allegations, even if the allegations were entirely mistaken, without knowing the name of that organization.

[30] Following the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 22–27, it is beyond dispute that the content of the duty of fairness must vary according to the specific context of each case. In *Segasayo v. Canada (Minister of Public Security and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106, Mr. Justice Pierre Blais (as he then was) outlined relevant factors when considering whether non-disclosure violates an applicant's right to procedural fairness. These factors, which are instructive in the case at bar, include the extent of non-disclosure, the nature of the rights at stake, and the materiality/probity of the information subject to the non-disclosure.

[31] Applying similar considerations to the present case, the Court is of the view that the interests of fairness and natural justice do not require that a special advocate

*civile*), 2010 CF 66. Il n'est donc pas nécessaire de les examiner en l'espèce; dans la mesure où ces arguments sont de nature générique, ils ont été examinés aux paragraphes 46 et suivants de mes motifs dans cette décision.

[28] À l'audience, M. Waldman a souligné toutefois deux facteurs dont il faut tenir compte. Premièrement, il a fait valoir que la décision de rejeter la demande de résidence permanente du demandeur aurait des répercussions importantes sur celui-ci et sur sa famille. Même si M. Jahazi a maintenant quitté le Canada avec sa famille, il a vécu au pays pendant huit ans et ses enfants ont grandi au Canada; de fait, son fils aîné est né ici lors d'un séjour antérieur au Canada. De plus, le demandeur soutient qu'il est spécialiste dans son domaine et qu'il pourrait apporter une contribution importante à l'industrie canadienne; sa demande de résidence permanente n'est donc pas principalement motivée par le désir d'améliorer sa situation économique.

[29] Deuxièmement, M. Jahazi a fait valoir que les renseignements retranchés présentaient un intérêt considérable puisqu'ils révèlent très probablement le nom de l'organisation à laquelle il est censé appartenir. À son avis, on ne peut pas s'attendre à ce qu'il réfute ces allégations, même si elles étaient tout à fait erronées, sans connaître le nom de l'organisation en question.

[30] Suivant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 22 à 27, il est incontestable que la nature de l'obligation d'équité est tributaire du contexte particulier de chaque cas. Dans la décision *Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 585, le juge Pierre Blais (maintenant juge en chef de la Cour d'appel fédérale) a exposé les facteurs pertinents pour décider si l'interdiction de divulgation porte atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale. Ces facteurs, instructifs en l'espèce, comprennent l'étendue de l'interdiction de divulgation, la nature des droits en jeu et le caractère substantiel ou probant des renseignements faisant l'objet de l'interdiction de divulgation.

[31] Appliquant des considérations semblables en l'espèce, la Cour est d'avis que l'équité et la justice naturelle ne commandent pas la nomination d'un avocat

be appointed for the interests of the applicant to be adequately protected. Despite the applicant and his family's contentions that they have resided in Canada for eight years, the fact remains that the underlying application for permanent residence is an application submitted outside Canada. The Federal Court of Appeal has held that the duty of procedural fairness to applicants in such a situation is at the lower end of the spectrum: *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413, at paragraph 31.

[32] Moreover, the applicant and his family are not detained or facing removal, but are challenging the negative decision on their application for permanent residence made from outside Canada. Accordingly, their rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] are not engaged. I am not insensitive to the serious consequences of the visa officer's decision for the applicant and his family; however, the applicant has not satisfied me that this case is within the realm of fundamental rights to life, liberty and security of the person. The Supreme Court of Canada has made it clear that non-citizens do not have the right to enter or remain in Canada. There is no individual right at stake for an unqualified applicant to enter Canada. The highly discretionary visa decision context militates against a broader content of procedural fairness claimed by the applicants: *Chiarelli*, above, at page 733; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 46.

[33] Secondly, in contrast to the security certificate cases, the extent of non-disclosure in the present case is limited. There have been relatively minimal redactions from the CTR. As well, based upon the affidavits filed by the applicant at various stages of this application for leave and judicial review, it is fair to say that he has had access to an overwhelming majority of the information on the record and is aware of the substance of the information relied upon by the visa officer.

spécial afin de protéger adéquatement les intérêts du demandeur. Bien que le demandeur et sa famille prétendent avoir résidé au Canada pendant huit ans, il n'en demeure pas moins que la demande principale de résidence permanente a été déposée à l'étranger. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'obligation d'équité procédurale envers les demandeurs dans une telle situation est minimale : *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413, au paragraphe 31.

[32] De plus, le demandeur et sa famille ne font pas l'objet d'une mise en détention ou d'une mesure de renvoi; ils contestent la décision défavorable rendue à l'égard de leur demande de résidence permanente présentée à l'étranger. Par conséquent, leurs droits garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] n'entrent pas en jeu. Je n'oublie pas les répercussions graves que la décision de l'agente entraîne pour le demandeur et sa famille; toutefois, celui-ci ne m'a pas convaincu que la présente affaire relève du droit fondamental de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Cour suprême du Canada a établi clairement que les non-citoyens n'ont pas le droit d'entrer ou de demeurer au Canada. Le demandeur qui ne répond pas aux exigences n'a pas le droit individuel d'entrer au Canada. La nature hautement discrétionnaire des décisions en matière de visa milite contre l'extension de l'équité procédurale que réclament les demandeurs : *Chiarelli*, précité, à la page 733; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 46.

[33] Deuxièmement, contrairement aux affaires relatives aux certificats de sécurité, la portée de la non-divulgence est limitée en l'espèce. Relativement peu de renseignements ont été retranchés du dossier certifié du tribunal. De plus, vu les affidavits que le demandeur a déposés à diverses étapes de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, on peut affirmer qu'il a eu accès à la grande majorité des renseignements figurant au dossier et qu'il connaît la substance des renseignements sur lesquels s'est fondée l'agente des visas.



[34] A review of the CTR demonstrates that the amount of redacted information is very limited. Specifically, pages 11, 26, 30, 44, 82, 84 and 97 each contain less than one line of redacted information. Much of that information would be of little help to the applicant. As Justice Noël observed in *Dhahbi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 347, at paragraph 24, it is common practice in files of this nature to redact from the CTR investigative techniques, administrative and operational methods, names and telephone numbers of CSIS personnel, and information regarding relationships between CSIS and other agencies in Canada and abroad. Most of the redacted information in those pages would fall into that category. Moreover, information on page 85 and the first paragraph of page 86 were redacted, solely for purposes of relevance. Only 19 pages out of the total 201 pages in the CTR contain redactions of one line or more. Finally, the public information in the CTR shows that the pages containing those redacted portions consist, at least in part, of repetitious information.

[35] Of course, assessing the extent of non-disclosure is not merely a quantitative exercise, it must also take into account the significance of the redacted information. While Mr. Jahazi would understandably like to know the name of the organization of which he is suspected of being a member, I am convinced that his ability to make his case to the visa officer does not turn on that piece of information. Having carefully read both the CTR and the redacted information, I am satisfied that the applicant was made fully aware of the visa officer's concerns and was given ample opportunity to address these concerns. Not only was he interviewed twice, but he was also put on notice by letter sent to him before a final decision was made on the specific issues that were still on the visa officer's mind. Had he answered those questions to the satisfaction of the visa officer, Mr. Jahazi would have assuaged her suspicions with respect to his membership in any prohibited organization by the same token. In those circumstances, I am therefore in agreement with the respondent that the interests of fairness and natural justice do not require the appointment of a special advocate.

[34] Il ressort de l'examen du dossier certifié du tribunal que la quantité de renseignements retranchés est très limitée. Plus particulièrement, moins d'une ligne a été supprimée aux pages 11, 26, 30, 44, 82, 84 et 97. La plupart de ces renseignements ne seraient pas de grand secours au demandeur. Comme le faisait remarquer le juge Noël dans la décision *Dhahbi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 347, au paragraphe 24, il est très courant dans les dossiers semblables de retrancher du dossier certifié du tribunal les renseignements concernant les techniques d'enquête, les méthodes administratives et d'opération, les noms et les numéros de téléphone du personnel du SCRC, ou encore les relations que le SCRC maintient avec d'autres agences au Canada ou à l'étranger. La plupart des renseignements retranchés aux pages susmentionnées entreraient dans cette catégorie. De plus, les renseignements figurant à la page 85 et au premier paragraphe de la page 86 ont été retranchés uniquement pour des raisons de pertinence. Seules 19 des 201 pages que compte au total le dossier certifié du tribunal contiennent une ou plusieurs lignes retranchées. Enfin, il ressort des renseignements publics au dossier que les passages retranchés contenaient, du moins en partie, de l'information répétée.

[35] Évidemment, évaluer la portée de la non-divulgence n'est pas seulement un exercice quantitatif : il faut aussi tenir compte de l'importance des renseignements retranchés. Bien qu'il soit compréhensible que M. Jahazi veuille connaître le nom de l'organisation à laquelle on le soupçonne d'appartenir, je suis convaincu que sa capacité de faire sa preuve devant l'agente des visas ne repose pas sur le renseignement en question. Après avoir lu attentivement le dossier certifié du tribunal et les renseignements retranchés, je suis convaincu que le demandeur a été parfaitement informé des préoccupations de l'agente des visas et qu'il a eu pleinement l'occasion d'y répondre. Non seulement a-t-il été interrogé deux fois, mais encore il a été informé par lettre, avant qu'une décision finale soit rendue, des questions particulières dont l'agente des visas était toujours préoccupée. Eût-il répondu à ces questions de façon satisfaisante, M. Jahazi aurait dissipé du même coup les doutes de l'agente des visas quant à son appartenance à toute organisation interdite. Dans ces circonstances, je suis donc d'accord avec le défendeur pour dire que l'équité et la justice naturelle n'exigent pas la nomination d'un avocat spécial.

### B. Preliminary evidentiary issues

[36] The applicant argued that the CAIPS notes cannot be relied upon as proof of the underlying facts on which the officer's decision is based. Since the officer did not file an affidavit attesting to the truth of the contents of the CAIPS notes, they can form part of the record but the facts in dispute must be proven independently of these notes. Therefore, it is submitted that the Court must rely on the undisputed facts before it as outlined in the sworn affidavits of the applicant and his wife. I agree with the applicant that in the absence of an officer's affidavit attesting to the truth of what she or he had recorded as having been said at the interview, their notes cannot be relied on as evidence: *Chou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 190 F.T.R. 78 (F.C.T.D.), at paragraph 13, aff'd in 2001 FCA 299, 17 Imm. L.R. (3d) 234. The same is not true, however, of the various briefs and letters found in the CTR, these do not purport to report an interview or an oral conversation. The Court must therefore weigh the evidence emerging from the documentary record against the unchallenged sworn affidavits of the applicant and his wife.

[37] On the other hand, the respondent submitted that some paragraphs of the applicant's affidavit, sworn on November 14, 2009, relate to events subsequent to the decision on the applicant's application for permanent residence. Thus, these paragraphs cannot be part of the material considered by this Court. It is indeed trite law that new evidence cannot be advanced by an applicant at the judicial review stage, except in very limited circumstances such as where procedural fairness is alleged; such circumstances are not found in the present case. See: *Alarcon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 207, at paragraphs 13–14; *Sarder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 140 (F.C.T.D.), at paragraphs 2 and 4.

[38] As a result, paragraphs 2, 3, and 5 to 12 of the applicant's affidavit sworn on November 14, 2009, cannot be part of the evidence considered by this Court on this application for judicial review. In any event, they are not

### B. Questions préliminaires de preuve

[36] Le demandeur soutient que les notes du STIDI ne peuvent pas servir à prouver les faits sur lesquels est fondée la décision de l'agente. Puisque cette dernière n'a pas déposé d'affidavit attestant la véracité des notes du STIDI, celles-ci peuvent faire partie du dossier, mais les faits contestés doivent être prouvés indépendamment des notes en question. Par conséquent, le demandeur fait valoir que la Cour doit accepter les faits non contestés exposés dans les affidavits que lui-même et sa femme ont souscrits. Je suis d'accord avec le demandeur que faute d'un affidavit de l'agente attestant la véracité de ce qu'elle a, dans ses notes, inscrit comme ce qui a été dit à l'entrevue, les notes ne peuvent pas servir en preuve : *Chou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 14890 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 13, conf. par 2001 CAF 299. La situation est toutefois différente pour ce qui est des divers mémoires et lettres figurant au dossier certifié du tribunal; ces documents ne sont pas censés consigner une entrevue ou une conversation. La Cour doit donc apprécier la preuve qui ressort du dossier documentaire par rapport aux affidavits non contestés souscrits par le demandeur et sa femme.

[37] Le défendeur soutient pour sa part que certains paragraphes de l'affidavit du demandeur, souscrit le 14 novembre 2009, portent sur des événements postérieurs à la décision concernant sa demande de résidence permanente. Par conséquent, ces paragraphes ne peuvent pas faire partie des éléments à considérer par la Cour. Il est en effet bien établi en droit que le demandeur ne peut pas présenter de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'un contrôle judiciaire, sauf dans des circonstances très précises, comme par exemple dans les cas où l'équité procédurale est en cause; or de telles circonstances ne sont pas présentes en l'espèce. Voir : *Alarcon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 207, aux paragraphes 13 et 14; *Sarder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8316 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 2 et 4.

[38] Par conséquent, les paragraphes 2, 3, et 5 à 12 de l'affidavit souscrit par le demandeur le 14 novembre 2009 ne sont pas recevables dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Quoi qu'il en soit, les

relevant to the legal issues at stake here, they relate to the effects of the officer's negative decision on the applicant and his family's application. Having said this, the applicant's situation, as described in those paragraphs, can be taken into consideration in fashioning an adequate and effective relief, if the application is granted.

C. *What is the appropriate standard of review?*

[39] The first question in this application raises issues of mixed fact and law. As such, it is reviewable against the standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 53. The proper interpretation of paragraph 34(1)(f) of IRPA falls within the expertise of visa officers, whose role it is to examine the admissibility of applicants. They are therefore entitled to some deference in their application of the law to the specific facts of a case: see *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487; *Jalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 246, [2006] 4 F.C.R. 471.

[40] As for the third and fourth issues, they clearly involve an assessment of the evidence, and as such, they are questions of fact also reviewable under the reasonableness standard. Accordingly, the Court must determine whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law, and must be concerned with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process: *Dunsmuir*, above, at paragraphs 47–48.

[41] Finally, both parties agree that the second question pertains to a breach of natural justice and must be reviewed on a correctness standard: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 100.

paragraphes en question ne sont pas pertinents quant aux questions de droit qui sont en jeu en l'espèce; ils portent sur les conséquences de la décision défavorable sur le demandeur et sa famille. Cela dit, la situation du demandeur, telle que décrite dans les paragraphes en question, peut être prise en considération pour établir une réparation adéquate et efficace, si la Cour fait droit à la présente demande.

C. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[39] La première question posée dans la présente demande soulève des questions mixtes de droit et de fait. Aussi, la norme de contrôle applicable est-elle celle de la raisonabilité : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 53. L'interprétation de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR relève du champ d'expertise des agents des visas, dont le rôle est d'examiner l'admissibilité des demandeurs. Il y a donc lieu de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de la manière dont les agents appliquent la loi aux faits particuliers d'une affaire : voir *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Jalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 246, [2006] 4 R.C.F. 471.

[40] En ce qui concerne la troisième et la quatrième questions, elles supposent clairement une appréciation de la preuve et sont donc, à ce titre, des questions de fait susceptibles de contrôle selon la norme de la raisonabilité. Par conséquent, la Cour doit déterminer si la décision en question appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et elle doit se pencher sur la justification de la décision, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel : *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 47 et 48.

[41] Enfin, les deux parties s'entendent pour dire que la deuxième question porte sur une atteinte à la justice naturelle et doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte : *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2005] 3 R.C.F. 392; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 100.

D. *Did the visa officer err in her application of paragraph 34(1)(f)?*

[42] Counsel for the applicant argued that the visa officer misconstrued the legislation and did not apply the appropriate legal test to the facts in this case. The officer found the applicant inadmissible under paragraph 34(1)(f) because he has participated in subversive activities and because he was associated with groups involved in terrorist activities. According to the applicant, this finding is seriously flawed in three respects.

[43] First, it is contended that the officer did not make a clear finding that the applicant was a member of a prohibited organization. Rather, she concluded that he was associated (associé) with an unspecified organization. That would constitute an error, as membership requires more than a mere association with an organization. Counsel conceded that the concept of membership has been interpreted broadly; for that very reason, he argued that it should not be expanded even more by drawing within its ambit the notion of being associated.

[44] Second, counsel for the applicant submitted that the reasons are insufficient because they fail to indicate the group that the applicant is allegedly a member of, and that has engaged in acts of terrorism. Furthermore, to the extent that the reasons purport to allege that the applicant was engaged in acts of terrorism, the reasons are said to be deficient for not disclosing the alleged acts.

[45] Third, the applicant claims that the officer erred by misinterpreting the requirements necessary for an act to constitute a “subversive activity” pursuant to paragraph 34(1)(f) of IRPA. The officer believes the applicant shared information with the Iranian government about dissidents while studying in Europe and Canada. But even if this were true, which the applicant denies, this would not amount to subversive activities. Relying on *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 399, [2002] 3 F.C. 3, counsel for the applicant submitted that furnishing information about individual students does not constitute subversive activity because it has not accomplished any kind of change by illicit means nor has it been done for improper purposes related to an organization. Moreover, the officer did not identify

D. *L’agente des visas a-t-elle commis une erreur en appliquant l’alinéa 34(1)f)?*

[42] L’avocat du demandeur soutient que l’agente des visas a mal interprété la loi et qu’elle n’a pas appliqué le critère juridique approprié aux faits de l’espèce. L’agente a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l’alinéa 34(1)f) parce qu’il avait pris part à des activités subversives et qu’il avait été associé à des groupes qui se livraient au terrorisme. Selon le demandeur, cette conclusion comporte trois lacunes importantes.

[43] Premièrement, il est allégué que l’agente n’a pas conclu de façon claire que le demandeur était membre d’une organisation interdite. Elle a conclu plutôt qu’il était « associé » à une organisation non précisée. Cette conclusion constituerait une erreur, puisque l’appartenance exige plus qu’une simple association avec une organisation. L’avocat a admis que la notion d’appartenance a été interprétée de façon large et il a fait valoir que pour cette raison même il n’est pas nécessaire de l’élargir davantage en lui rattachant la notion d’association.

[44] Deuxièmement, l’avocat du demandeur a fait valoir que les motifs énoncés sont insuffisants parce qu’ils n’indiquent pas le nom du groupe auquel appartiendrait le demandeur et qui aurait commis des actes de terrorisme. De plus, dans la mesure où l’on y dit que le demandeur se livrait à des actes de terrorisme, les motifs seraient insuffisants parce qu’ils ne révèlent pas les actes allégués.

[45] Troisièmement, le demandeur soutient que l’agente a commis une erreur en interprétant les conditions nécessaires pour qu’un acte constitue une « activité subversive » selon l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. L’agente estime que le demandeur a transmis des renseignements au gouvernement iranien au sujet de dissidents iraniens lors de ses études en Europe et au Canada. Même si ces allégations étaient vraies, ce que le demandeur nie, il ne s’agirait toujours pas d’activités subversives. Se fondant sur l’arrêt *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CAF 399, [2002] 3 C.F. 3, l’avocat du demandeur soutient que le fait de fournir des renseignements à titre individuel au sujet d’étudiants ne constitue pas une activité subversive parce qu’il n’implique pas l’introduction d’un changement par des moyens illicites

any democratic institutions which could be undermined by the alleged sharing of information, and did not specify any actions involving force or any negative outcomes resulting from the transfer of information.

[46] After having carefully read the visa officer's letter as well as the CTR, I have determined that she did not err in applying the test of membership to the applicant's case. It is true, she did not explicitly state that the applicant is a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c) of subsection 34(1). However, it is clear that this can be inferred from her finding that he has been "associé" with such groups. After all, she did quote paragraphs 34(1)(a), (b), (c) and (f) just before coming to that conclusion, and she was well aware of the legal requirement. The fact that she rephrased her concerns using the word "associé" instead of "member" cannot be of much significance in this context.

[47] Moreover, as pointed out by the respondent, the concept of "membership" has received quite a broad and unrestricted interpretation in the case law. In *Poshteh*, above, the Federal Court of Appeal held as follows (at paragraphs 27–29):

There is no definition of the term "member" in the Act. The courts have not established a precise and exhaustive definition of the term. In interpreting the term "member" in the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, the Trial Division (as it then was) has said that the term is to be given an unrestricted and broad interpretation. The rationale for such an approach is set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), at paragraph 52:

The provisions deal with subversion and terrorism. The context in immigration legislation is public safety and national security, the most serious concerns of government. It is trite to say that terrorist organizations do not issue membership cards. There is no formal test for membership and members are not therefore easily identifiable. The Minister of Citizenship and Immigration may, if not detrimental to the national interest, exclude an individual from the operation of subparagraph 19(1)(f)(iii)(B). I think it is obvious that Parliament intended

ou à des fins détournées se rapportant à une organisation. De plus, l'agente n'a indiqué aucune institution démocratique compromise par la présumée communication de renseignements, ni aucune action comportant un recours à la force ou encore des conséquences négatives découlant de la transmission de renseignements.

[46] Après avoir lu attentivement la lettre de l'agente des visas ainsi que le dossier certifié du tribunal, j'ai conclu que l'agente n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère de l'appartenance dans le cas du demandeur. Il est vrai qu'elle n'a pas affirmé explicitement que celui-ci est membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas 34(1)a), b) ou c). Toutefois, c'est ce qui ressort clairement de sa conclusion selon laquelle le demandeur a été « associé » à de tels groupes. Après tout, l'agente a cité effectivement les alinéas 34(1)a), b), c) et f) juste avant de formuler cette conclusion, et elle connaissait bien les exigences de la loi. Le fait qu'elle a reformulé ses préoccupations en utilisant le mot « associé » plutôt que « membre » n'a pas beaucoup d'importance dans le présent contexte.

[47] De plus, comme l'a fait remarquer le défendeur, la jurisprudence a donné de la notion d'« appartenance » une interprétation large et libérale. Dans l'arrêt *Poshteh*, précité, la Cour d'appel fédérale a conclu ce qui suit (aux paragraphes 27 à 29) :

La Loi ne définit pas le mot « membre ». Les tribunaux n'ont pas établi une définition précise et complète de ce terme. Lorsqu'elle a interprété le mot « membre » employé dans l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, la Section de première instance (sa désignation à l'époque) a dit que ce mot devait recevoir une interprétation large et libérale. La raison d'être d'une telle approche est exposée dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 52 [[1998] A.C.F. n° 1147 (QL)] :

Les dispositions en cause traitent de la subversion et du terrorisme. Le contexte, en ce qui concerne la législation en matière d'immigration, est la sécurité publique et la sécurité nationale, soit les principales préoccupations du gouvernement. Il va sans dire que les organisations terroristes ne donnent pas de cartes de membres. Il n'existe aucun critère formel pour avoir qualité de membre et les membres ne sont donc pas facilement identifiables. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peut, si cela n'est pas préjudiciable

the term “member” to be given an unrestricted and broad interpretation.

The same considerations apply to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. As was the case in the *Immigration Act*, under subsection 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, membership in a terrorist organization does not constitute inadmissibility if the individual in question satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

...

Based on the rationale in *Singh* and, in particular, on the availability of an exemption from the operation of paragraph 34(1)(f) in appropriate cases, I am satisfied that the term “member” under the act should continue to be interpreted broadly.

See also: *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 642 (T.D.), affd [2001] 2 F.C. 297 (C.A.); *Qureshi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 7, 78 Imm. L.R. (3d) 8, at paragraphs 22–23; *Denton-James v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1548, 262 F.T.R. 198, at paragraphs 12–15.

[48] The applicant submitted that there is no evidence to support the legislative requirement in section 34 of IRPA that he be a member of an organization engaged in terrorist or subversive activities, and that no such organization has been clearly identified. I do not agree. The evidence before the officer included confidential reports that point to the applicant being a member of a specific organization. It is clear from pages 43, 44, 52 and 55 of the CTR that the officer had before her the name of the organization of which the applicant was alleged to be a member. There was also evidence supporting such a finding. The fact that portions of that information were redacted for reasons of national security did not prevent the officer from taking it into consideration. As already mentioned, the applicant was not prejudiced by not knowing the name of that organization. He had every opportunity to disabuse the officer of her concerns, especially with respect to his involvement with the Iranian authorities.

à l'intérêt national, exclure un individu de l'application de la division 19(1)f(iii)(B). Je crois qu'il est évident que le législateur voulait que le mot «membre» soit interprété d'une façon libérale, sans restriction aucune.

Les mêmes considérations valent pour l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Comme c'était le cas dans la *Loi sur l'immigration*, l'appartenance à une organisation terroriste n'emporte pas interdiction de territoire, selon le paragraphe 34(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, si l'intéressé convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[...]

Eu égard au raisonnement suivi dans la décision *Singh* et, plus particulièrement, à l'existence, dans les cas qui le justifient, d'une dispense d'application de l'alinéa 34(1)f), je suis d'avis que le mot «membre», employé dans la Loi, devrait continuer d'être interprété d'une manière libérale.

Voir également : *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 642 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Qureshi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 7, aux paragraphes 22 et 23; *Denton-James c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1548, aux paragraphes 12 à 15.

[48] Le demandeur soutient qu'il n'y a aucun élément de preuve à l'appui de l'exigence de l'article 34 de la LIPR, à savoir qu'il soit membre d'une organisation se livrant au terrorisme ou à la subversion, et qu'aucune organisation de ce genre n'a été clairement désignée. Je ne suis pas d'accord. La preuve dont disposait l'agente comprenait des rapports confidentiels qui montraient que le demandeur était membre d'une organisation particulière. Il ressort des pages 43, 44, 52 et 55 du dossier certifié du tribunal que l'agente disposait du nom de l'organisation dont le demandeur serait membre. La preuve appuyait également une telle conclusion. Le fait que des extraits de ces renseignements ont été retranchés pour des raisons de sécurité nationale n'a pas empêché l'agente d'en tenir compte. Comme il a déjà été mentionné, le demandeur n'a pas subi de préjudice du fait que le nom de l'organisation n'a pas été communiqué. Il a eu amplement l'occasion de dissiper les doutes de

According to a CSIS brief dated May 28, 2008, he was specifically asked in his April 17, 2008 interview whether he had ever been approached by the Iranian Intelligence Service, whether he had contact with Embassy personnel in Canada, whether he had links with various Islamic student associations, and what his role was at TMU and IROST. The knowledge of the specific organization of which he was eventually found to belong could not have materially modified the substance of his answers, especially since he denied any involvement with a subversive or terrorist organization.

[49] Finally, the applicant's contention with respect to the officer's misinterpretation of "subversive activities" must also be rejected. The premise of the applicant's argument is that the officer likened sharing of information about dissidents with the Iranian government to subversive activities. I do not agree. This was not at all the basis for the officer's negative decision with respect to Mr. Jahazi's application for permanent residence. It is significant that the officer did not base her finding of inadmissibility on paragraph (a), (b) or (c) of subsection 34(1), but only on paragraph 34(1)(f). In other words, she did not find that Mr. Jahazi himself engaged in acts of subversion or terrorism, but that he was a member of an organization that engaged, engages or will engage in such acts. I confess that her reasons are not devoid of ambiguities in this respect. However, I think it is fair to assume that in the officer's assessment, the fact that Mr. Jahazi passed on information to the Iranian government about dissident Iranians living abroad, as well as the fact that he taught at TMU and collaborated with IROST, substantiate her finding that he is a member of a subversive or terrorist organization.

[50] I am therefore of the view that this first line of arguments by counsel for the applicant must fail. The officer did not err in her construction of paragraph 34(1)(f).

l'agente, particulièrement en ce qui concerne sa collaboration avec les autorités iraniennes. Selon un mémoire du SCRS en date du 28 mai 2008, on lui a expressément demandé à l'entrevue du 17 avril 2008 si le Service de renseignement iranien l'avait déjà contacté, s'il était en contact avec le personnel de l'ambassade d'Iran au Canada, s'il avait des liens avec diverses associations d'étudiants islamiques, et quel était son rôle auprès de l'UTM et de l'ORIST. La divulgation du nom de l'organisation particulière dont on a finalement considéré qu'il était membre n'était pas de nature à changer le contenu de ses réponses, étant donné qu'il a nié toute appartenance à une organisation subversive ou terroriste.

[49] Enfin, la prétention du demandeur voulant que l'agente ait mal interprété le terme « activités subversives » doit également être rejetée. L'argument du demandeur postule que l'agente a assimilé la transmission de renseignements sur des dissidents au gouvernement iranien à des activités subversives. Je ne suis pas d'accord. Le fondement de la décision négative concernant la demande de résidence permanente de M. Jahazi était tout à fait différent. Il est important de souligner que l'agente n'a pas conclu à l'interdiction de territoire sur le fondement des alinéas 34(1)a), b) ou c), mais uniquement sur le fondement de l'alinéa 34(1)f). En d'autres termes, elle n'a pas conclu que M. Jahazi est, a été ou sera lui-même l'auteur d'actes de subversion ou de terrorisme, mais qu'il était membre d'une organisation qui est, a été ou sera l'auteur de tels actes. Je dois avouer que les motifs de l'agente ne sont pas dépourvus d'ambiguïtés à cet égard. Toutefois, je crois qu'il est juste de présumer que dans l'évaluation de l'agente, le fait que M. Jahazi a transmis au gouvernement iranien des renseignements au sujet de dissidents iraniens de l'étranger, ainsi que le fait qu'il a enseigné à l'UTM et qu'il a collaboré avec l'ORIST, justifient la conclusion selon laquelle celui-ci était membre d'une organisation subversive ou terroriste.

[50] Je suis donc d'avis que ces premiers arguments soulevés par l'avocat du demandeur doivent être rejetés. L'agente n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de l'alinéa 34(1)f).

E. *Did the officer breach the principles of natural justice by relying on information gathered from the Internet that is inherently unreliable, and without giving the applicant an opportunity to respond to it?*

[51] Counsel for the applicant also submitted that the officer breached procedural fairness by relying on information obtained from the Internet to impugn Mr. Jahazi's credibility without communicating this information to him or giving him an opportunity to respond to it.

[52] The content of the duty of fairness is variable and contextual. The discharge of a visa officer's duty of fairness must be assessed on a case by case basis. The jurisprudence is quite clear that the duty of fairness is not breached if the applicant had an opportunity to respond to the concerns raised in the visa officer's mind. As Justice Nadon (as he then was) stated in *Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 243, 2002 F.T.R. 57, at paragraph 33:

... the jurisprudence is to the effect that the duty of fairness is not breached if the applicant is given an opportunity to respond to the concerns raised in the visa officer's mind by the documents. In *Zheng v. Canada (M.C.I.)*, [1999] F.C.J. No. 1297 (T.D.), the applicant claimed that the visa officer had relied on extrinsic evidence, i.e. information respecting the different cook classifications that had been used in the People's Republic of China since 1993. The Court stated the following at paragraph 10:

The essential characteristic in [the] jurisprudence is that concerns were raised in the mind of the decision-maker as a result of new information, concerns that were not put to the applicant, and those concerns were significant in leading the decision-maker to decide against the applicant. That did not occur in this case. While the applicant may not have been given a copy of the PRC information document, the concerns arising in the visa officer's mind, as a result of her knowledge of the information in the document, were raised with the applicant and he was given an opportunity to comment thereon.

E. *L'agente a-t-elle violé les principes de justice naturelle en se fondant sur des renseignements obtenus sur Internet, peu fiables de par leur nature même, et sans donner au demandeur la possibilité d'y répondre?*

[51] L'avocat du demandeur soutient également que l'agente a manqué à l'équité procédurale en se fondant sur des renseignements obtenus sur Internet pour mettre en doute la crédibilité de M. Jahazi sans lui communiquer ces renseignements ou lui accorder la possibilité d'y répondre.

[52] La nature de l'obligation d'équité procédurale peut varier selon le contexte. Le respect par un agent des visas de son obligation d'équité doit s'apprécier au cas par cas. La jurisprudence établit clairement que l'obligation d'équité n'est pas violée si le demandeur a la possibilité de répondre aux préoccupations soulevées dans l'esprit de l'agent des visas. Comme le juge Nadon (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) l'a dit dans la décision *Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 243, au paragraphe 33 :

[...] la jurisprudence a établi que l'obligation d'équité n'est pas violée si le demandeur a la possibilité de répondre aux préoccupations que les documents soulèvent dans l'esprit de l'agent. Dans la décision *Zheng c. Canada (MCI)*, [1999] A.C.F. n° 1297 (1<sup>re</sup> inst.), le demandeur avait allégué que l'agent des visas s'était fondé sur des éléments de preuve extrinsèques, à savoir des renseignements concernant les différentes classifications de cuisiniers qui étaient utilisées dans la République populaire de Chine depuis 1993. La Cour a dit ce qui suit, au paragraphe 10 :

La caractéristique essentielle de ces arrêts est que des préoccupations existaient dans l'esprit du décideur par suite de l'obtention du nouveau renseignement, préoccupations dont il n'avait pas été fait part au demandeur; or, ces préoccupations avaient eu un rôle important lorsqu'il s'était agi pour le décideur de prendre une décision défavorable au demandeur. Ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. Le demandeur n'a peut-être pas reçu une copie du document d'information provenant de la Chine, mais les préoccupations de l'agente des visas, résultant de la communication des renseignements figurant dans le document, avaient été communiquées au demandeur et celui-ci avait eu la possibilité de faire des remarques à cet égard.



See also: *Moiseev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 88, 323 F.T.R. 164, at paragraphs 27–28.

[53] The applicant was interviewed at the Canadian Consulate in Buffalo, New York on April 17, 2008. The officer clearly indicated from the commencement of the interview that admissibility to Canada was an issue in his application, and explained the purpose of the interview. The applicant was alerted and directly confronted with the officer's concerns about his relationship to the Iranian Revolutionary Guard, by way of his professional undertakings, including his positions at TMU and IROST. The officer's CAIPS notes from the applicant's interview, and the applicant's own affidavits of October 23, 2008 and November 14, 2009 all confirm this line of questioning.

[54] Following his interview, the applicant was also sent a letter, dated July 3, 2008, requesting that he provide further particulars relating to his professional undertakings, any Iranian diplomatic contacts, and specific questions relating to any possible involvement with weapons of mass biological destruction. The officer gave the applicant 30 more days to provide the requested documents. The applicant was specifically notified that he may be inadmissible to Canada under paragraph 34(1)(a) and/or (f). The applicant provided a lengthy response setting out his answers.

[55] The applicant takes issue with the fact that the officer consulted Internet sources without letting him know about these sources and without providing him with an opportunity to respond specifically to that information. Once again, it bears repeating that the principle behind the duty of fairness is to make sure an applicant is not "caught by surprise". In the case at bar, the applicant had ample notice before, during and after the interview, of the allegations against him, and had a more than reasonable amount of time to respond to the officer's concerns. Moreover, the information was not extrinsic evidence, as it pertained directly to former employers of the applicant, which he knew to be of concern to the officer. The disclosure of this open source evidence was not necessary to allow the applicant to participate

Voir également : *Moiseev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 88, aux paragraphes 27 et 28.

[53] Le demandeur a eu une entrevue au Consulat du Canada à Buffalo (New York), le 17 avril 2008. L'agente a indiqué clairement au début de l'entrevue que l'admissibilité au Canada constituait une question litigieuse dans sa demande et a expliqué l'objectif de l'entrevue. Le demandeur a été avisé des préoccupations de l'agente et il a été invité à répondre à des questions au sujet de ses liens avec le Corps des gardiens de la révolution, en raison de ses engagements professionnels, dont les postes qu'il a détenus à l'UTM et à l'ORIST. Les notes de l'entrevue consignées par l'agente dans le STIDI et les propres affidavits du demandeur du 23 octobre 2008 et du 14 novembre 2009 confirment toute cette série de questions.

[54] À la suite de l'entrevue, l'agente a également envoyé au demandeur une lettre en date du 3 juillet 2008 pour lui demander des précisions au sujet de ses engagements professionnels, de tous contacts avec des diplomates iraniens, et de toute participation à des projets sur des armes biologiques de destruction massive. L'agente a accordé au demandeur un délai supplémentaire de 30 jours pour fournir les documents demandés. Le demandeur a été spécifiquement avisé qu'il pourrait être interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 34(1)a) ou f). Le demandeur a fourni une longue réponse.

[55] Le demandeur conteste le fait que l'agente a consulté des sources Internet sans révéler les sources en question et qu'elle ne lui a pas accordé la possibilité de répondre spécifiquement aux renseignements ainsi obtenus. Encore une fois, il convient de répéter que le principe qui sous-tend l'obligation d'équité est de veiller à ce que le demandeur ne soit pas « pris au dépourvu ». En l'espèce, le demandeur avait été amplement avisé, au cours de l'entrevue et par la suite, des allégations pesant contre lui, et il a bénéficié de délais tout à fait raisonnables pour répondre aux interrogations de l'agente. De plus, les renseignements ne constituaient pas une preuve extrinsèque, vu qu'ils se rapportaient directement aux anciens employeurs du demandeur, sujet dont le demandeur savait qu'il préoccupait l'agente. La divulgation de

meaningfully in the decision-making process. This is not to say that these sources were reliable and sufficient to ground the decision of the visa officer. However, reliability and sufficiency are not issues of fairness. They will be dealt with when considering whether the officer made unreasonable inferences and findings of fact.

*F. Did the officer err in law by relying on confidential information that was also inherently unreliable and by not giving the applicant an opportunity to discuss it?*

[56] The applicant submitted that given the nature of the confidential information, its origins and the lack of any effective challenge to its reliability, the Court ought to give it little weight. According to the applicant, it is likely that the secret evidence contains unsupported assertions, assertions based on unreliable sources, and assertions that cannot be linked together to support the report's conclusions. In the same vein, counsel for the applicant also questions the reliability of the information obtained from the Internet, and argued that to be admissible that evidence must be credible and trustworthy.

[57] There is no doubt that information collected for intelligence purposes is not put to the same test of reliability and credibility compared to information gathered by police with a view to substantiate criminal charges. The information in this case does not serve the same purpose, does not have to meet the same standard of proof, and is not subject to the rigour of cross-examination. To that extent, counsel for the applicant is correct in stating that immigration officers must take these factors into consideration when making a determination, and that this Court must similarly bear in mind in reviewing such a determination.

[58] That being said, it is for the immigration officer to assess and weigh that evidence, as well as any other evidence on the record. Unless it can be shown that a particular piece of evidence should have been excluded

cette preuve provenant des sources accessibles au public n'était pas nécessaire pour permettre au demandeur de participer utilement au processus décisionnel. Cela ne veut pas dire que lesdites sources étaient fiables et suffisantes pour justifier la décision de l'agente des visas. Toutefois, la fiabilité et le caractère suffisant ne relèvent pas de l'équité. Ces points seront abordés lors de l'examen de la question de savoir si l'agente a tiré des inférences et des conclusions de fait déraisonnables.

*F. L'agente a-t-elle commis une erreur de droit en se fondant sur des renseignements confidentiels qui étaient également peu fiables de par leur nature même et sans donner au demandeur la possibilité de les examiner?*

[56] Le demandeur fait valoir que, vu la nature des renseignements confidentiels, leurs sources et l'absence de toute réelle contestation de leur fiabilité, la Cour devrait leur accorder peu de poids. Selon lui, il est probable que les éléments de preuve secrets comprennent des affirmations non corroborées, des affirmations fondées sur des sources non fiables et des affirmations qui ne peuvent pas être liées les unes avec les autres pour appuyer les conclusions du rapport. Dans le même ordre d'idées, l'avocat du demandeur remet aussi en question la fiabilité des renseignements obtenus sur Internet et fait valoir que cette preuve doit être crédible et digne de foi pour être recevable.

[57] Il est incontestable que les éléments d'information recueillis aux fins du renseignement ne subissent pas le même test de fiabilité et de crédibilité que ceux recueillis par la police pour étayer des accusations criminelles. En l'espèce, les renseignements en cause ne visent pas la même fin, ne répondent pas à la même norme de preuve et ne sont pas soumis à la rigueur du contre-interrogatoire. Dans cette mesure, l'avocat du demandeur a raison d'affirmer que les agents d'immigration doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils rendent une décision, et que la Cour doit également en tenir compte lorsqu'elle révisé cette décision.

[58] Cela dit, il appartient à l'agente d'immigration d'apprécier et de soupeser les éléments de preuve en cause ainsi que tout autre élément au dossier. À moins qu'on puisse démontrer qu'un élément de preuve

altogether, an argument that was not made in the present case, it is not open to this Court to determine what weight should appropriately be given to the evidence. The proper role of this Court is to determine whether the immigration officer's decision was reasonable, in light of the evidence that was before him or her. This I shall do in the last section of these reasons.

[59] As for the Internet documents, I would make the following remarks. In her letter to the applicant, the visa officer did not explicitly refer to these sources. Yet, the CAIPS notes make it clear that her views with respect to the relationship between TMU and the IRGC were based on various Web sites, including Wikipedia, Jane and Iran Watch (published under the auspices of the Wisconsin Project on Nuclear Arms).

[60] This Court has more than once questioned the reliability of Wikipedia. It is an open source reference with no editorial control over the accuracy of the information that can be inputted by anyone: see, *inter alia*, *Khanna v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 335, at paragraph 11; *Fi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1125, [2007] 3 F.C.R. 400, at paragraph 9; *Sinan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 714; *Karakachian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 CF 948, 364 F.T.R. 1. Indeed, counsel for the respondent refrained to make any submission with respect to this source at the hearing.

[61] As for Jane and Iran Watch, the reliability of the information posted on their Web sites is more difficult to assess. The officer has not identified precisely what she took from Jane, and it is therefore impossible to come to any reasonable assessment of that source. Suffice it to say that reserves have been expressed in the past with respect to that publication because it failed to identify its sources: see *Jalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 568, at paragraph 24. This leaves Iran Watch, of which we know very little in terms of expertise, funding, mandate or ideological affiliation. Once again, these concerns should not lead to the conclusion that the information coming from these Web sites should have been disregarded—and I did not understand counsel for the applicant arguing for such a finding; they

particulier aurait dû être écarté complètement, argument qui n'a pas été avancé en l'espèce, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer le poids qu'il convient de donner à la preuve. Notre Cour a pour rôle de déterminer si la décision de l'agente d'immigration était raisonnable, compte tenu de la preuve dont elle était saisie. C'est ce que je ferai dans la dernière partie des présents motifs.

[59] En ce qui concerne les documents obtenus sur Internet, je ferais les remarques suivantes. Dans sa lettre adressée au demandeur, l'agente des visas n'a pas fait explicitement référence à ces sources. Or, les notes du STIDI indiquent clairement que son point de vue au sujet des liens entre l'UTM et le CGRI était fondé sur divers sites Web, dont Wikipedia, Jane et Iran Watch (publiés sous l'égide du Wisconsin Project on Nuclear Arms).

[60] Notre Cour a mis en doute plus d'une fois la fiabilité du site Wikipedia. Il s'agit d'une référence de source ouverte; son contenu ne fait l'objet d'aucun contrôle éditorial quant à son exactitude et peut être modifié par n'importe qui : voir, notamment, *Khanna c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 335, au paragraphe 11; *Fi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1125, [2007] 3 R.C.F. 400, au paragraphe 9; *Sinan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 714; *Karakachian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 948. D'ailleurs, l'avocat du défendeur s'est abstenu de présenter à l'audience des observations concernant la source en question.

[61] En ce qui concerne les sites Jane et Iran Watch, il est plus difficile d'évaluer la fiabilité de l'information qui y est publiée. L'agente n'a pas précisé quels renseignements provenaient du site Jane, et il est donc impossible d'évaluer raisonnablement cette source. Il suffit de dire que des réserves ont été exprimées dans le passé à l'égard de cette publication parce que les sources n'y sont pas identifiées : voir *Jalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 568, au paragraphe 24. Il reste le site Iran Watch, que nous connaissons très peu en termes d'expertise, financement, mandat ou appartenance idéologique. Encore là, ces préoccupations ne devraient pas nous faire conclure que l'information provenant de ces sites n'aurait pas dû être prise en compte — et je n'ai pas compris pourquoi l'avocat du

should nevertheless be factored in when assessing the reasonableness of the conclusions reached by the visa officer.

G. *Did the officer make unreasonable inferences and findings of fact?*

[62] Having had the advantage of reading both the public record and the confidential information redacted from the CTR, I have come to the conclusion that the inferences drawn by the officer from that evidence are unreasonable. Her conclusions are based, to a large extent, on assumptions, speculations and guilt by association that find very little support in the record, and she did not give the information provided by the applicant the weight it deserved in her decision-making process.

[63] Before going any further, it is worth stressing the standard of proof to be met before an inadmissibility finding can be made. Section 33 of IRPA states that “[t]he facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.”

[64] The Supreme Court of Canada has found that the “reasonable grounds to believe” standard requires more than suspicion, but less than the civil standard of balance of probabilities: see *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100. In other words, it requires a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence: *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.); *Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 243, 2002 F.T.R. 57; *Moiseev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 88, 323 F.T.R. 164.

[65] The officer first stated in her reasons that she had reason to believe that the applicant had taken part in different kinds of subversive activities and that he had been associated with groups that were engaged in terrorist

demandeur demande une telle conclusion; les préoccupations évoquées devraient néanmoins être prises en compte dans l’appréciation de la raisonabilité des conclusions de l’agente des visas.

G. *L’agente a-t-elle tiré des inférences et des conclusions de fait déraisonnables?*

[62] Ayant pris connaissance à la fois du dossier public et des renseignements confidentiels retranchés du dossier certifié du tribunal, je conclus que les inférences que l’agente a tirées de ces éléments de preuve sont déraisonnables. Ses conclusions sont fondées, dans une grande mesure, sur des hypothèses, des spéculations et la culpabilité par association, éléments très peu étayés par le dossier. De plus, dans le processus décisionnel, l’agente n’a pas accordé le poids approprié aux renseignements fournis par le demandeur.

[63] Avant d’aller plus loin, il convient de souligner la norme de preuve à respecter pour pouvoir conclure à l’interdiction de territoire. L’article 33 de la LIPR prévoit que « [l]es faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu’ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir ».

[64] La Cour suprême du Canada a conclu que la norme des « motifs raisonnables de croire » exige davantage qu’un simple soupçon, mais reste moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile : voir *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100. En d’autres termes, la norme exige la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi : *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 243; *Moiseev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 88.

[65] L’agente a d’abord indiqué dans ses motifs qu’elle avait des raisons de croire que le demandeur avait pris part à divers types d’activités subversives et qu’il avait été associé à des groupes qui se livraient à des activités

activities. According to the officer, she had confidential information supporting her belief that the applicant had furnished information about dissidents to the Iranian government during the time he was studying in both Europe and Canada. The applicant, on the other hand, denied ever having political activity or giving any sort of information to the Iranian government through its embassy in Canada or France.

[66] A careful reading of the entire record cannot ground a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence that Mr. Jahazi was an active participant in Islamic or student organizations collaborating with the Iranian regime. The fact that he may have known some people affiliated with such groups and that he may have met socially with them, is a far cry from a finding that he was involved in subversive activities. His explanation as to how he met these people—through his wife who had a background in midwifery and had volunteered with a local doctor whose practice included a clientele made up of Islamic women—was also perfectly reasonable. As for his contacts with Embassy employees, the applicant explained that they were only for consular purposes (birth certificate for his child, renewal of passport, etc.), an explanation that does not seem to have been considered.

[67] The key concern of the visa officer, however, was the fact that the applicant had achieved a high position quickly in a university that was under the control of the revolutionary guards. This, in the officer's view, was proof that the applicant was believed by the Iranian government to be sympathetic to its ideology despite having lived abroad for the previous 12 years. Once again, she casually dismissed the applicant's explanations in this regard.

[68] The applicant repeatedly explained that when he returned to Iran, he had not done his military service, and did not wish to do any military service. To become a university professor without serving in the military, he had to lodge an application to the office of placement of scientific members of universities at the Ministry of Higher Education. He had the freedom to choose any university

terroristes. Selon l'agente, des renseignements confidentiels appuyaient sa conviction que le demandeur avait transmis au gouvernement iranien des renseignements sur des dissidents au cours de ses études en Europe et au Canada. Le demandeur, quant à lui, a nié avoir participé à des activités politiques ou avoir transmis quelque renseignement que ce soit au gouvernement iranien par l'intermédiaire de son ambassade au Canada ou en France.

[66] Une lecture attentive de l'ensemble du dossier ne permet pas de justifier une croyance légitime à une possibilité sérieuse, fondée sur des preuves dignes de foi, que M. Jahazi ait participé activement aux activités d'organisations islamiques ou étudiantes qui collaboraient avec le régime iranien. Le fait qu'il puisse avoir connu certaines personnes affiliées à ces groupes et avoir eu avec elles des relations sociales ne permet aucunement de conclure qu'il a pris part à des activités subversives. Son explication sur la façon dont il a rencontré ces gens — par l'entremise de sa femme qui avait de l'expérience comme sage-femme et avait travaillé comme bénévole pour un médecin de sa localité dont la clientèle comprenait des femmes musulmanes — était également tout à fait raisonnable. Quant à ses liens avec des employés d'ambassades, le demandeur a expliqué qu'il s'agissait de fins consulaires (un certificat de naissance pour son enfant, le renouvellement du passeport, etc.), explication qui ne semble pas avoir été prise en considération.

[67] La préoccupation fondamentale de l'agente des visas, toutefois, concernait le fait que le demandeur avait obtenu rapidement un poste important dans une université qui se trouvait sous le contrôle des gardiens de la révolution. Selon l'agente, cela prouvait que le gouvernement iranien considérait le demandeur comme sympathisant de son idéologie malgré le fait qu'il avait vécu à l'étranger les 12 années précédentes. Encore une fois, l'agente a écarté sommairement les explications du demandeur à cet égard.

[68] Le demandeur a expliqué à maintes reprises qu'à son retour en Iran il n'avait pas effectué son service militaire et qu'il ne voulait pas le faire. Pour travailler comme professeur au niveau universitaire sans avoir à faire son service militaire, il a dû présenter une demande au service de placement pour les chercheurs universitaires auprès du ministère de l'Éducation supérieure. Il avait

outside Tehran, but for Tehran it was the Ministry who decided the placement and he was sent to TMU. At the time, the Engineering Faculty of TMU was very new and only had about 15 professors for 6 different departments. The Department of Materials, where the applicant was sent, had only one member. Although the applicant tried very hard for several months to have this decision changed because the faculty of TMU did not have a building or laboratories, the Ministry would not permit him to move to the University of Tehran. The Ministry's policy was to send all new graduates to TMU to establish the Engineering studies at TMU.

[69] The applicant was hired as assistant professor at TMU. In the CAIPS notes, the officer was puzzled by this title, noting that there was nobody to assist in a university with so few professors. This shows a clear lack of understanding of the hiring process and of the functioning of a university department. The position of assistant professor is the entry level for fresh graduates becoming university professors throughout the world, including in Canada.

[70] The applicant also explained that the Materials Engineering program at TMU had three branches approved by the Ministry. As the entire Department was composed of two individuals, the applicant became automatically responsible for the Materials Selection section. This accounts for the applicant's quick rise in the administration at TMU. He also explained that he became head of his Department a few years later, for a two-year term, as these positions are usually allocated on a rotational basis. While expressing the desire to transfer to the University of Tehran, he was never given a position at the faculty or university level. His promotion to the rank of associate professor was similarly delayed, even though he had published in international journals far more than was required. Given these facts, it is difficult to understand the basis on which the visa officer concluded that the applicant was pushed up by the TMU system.

la liberté de choisir une université à l'extérieur de Téhéran, mais pour la capitale c'était le ministère qui décidait, et il a été nommé comme professeur à l'UTM. À l'époque, la Faculté de génie de l'UTM était très récente et ne comptait que 15 professeurs pour 6 départements. Le Département des matériaux, où le demandeur a été envoyé, comptait un seul membre. Bien que le demandeur ait déployé pendant plusieurs mois beaucoup d'efforts pour faire changer cette décision parce que la faculté n'avait ni édifice ni laboratoires, le ministère n'a pas voulu l'autoriser à aller à l'Université de Téhéran. Le ministère avait comme politique d'envoyer tous les nouveaux diplômés à l'UTM pour y mettre sur pied un département d'études techniques.

[69] Le demandeur a été embauché à l'UTM à titre de professeur adjoint. Dans les notes du STIDI, l'agente a souligné que ce titre l'étonnait, vu que ce poste n'était pas justifié dans une université comptant si peu de professeurs. Cette remarque dénote un manque manifeste de compréhension du processus d'embauche et du fonctionnement d'un département universitaire. Le poste de professeur adjoint constitue le niveau de recrutement pour les nouveaux diplômés qui souhaitent enseigner au niveau universitaire partout dans le monde, y compris au Canada.

[70] Le demandeur a également expliqué que le programme de génie des matériaux à l'UTM comprenait trois sections approuvées par le ministère. Comme le département comptait en tout et pour tout deux employés, le demandeur a été automatiquement chargé de la section de la sélection des matériaux. Cela explique l'évolution rapide du demandeur au sein de l'administration de l'UTM. Il a expliqué également qu'il est devenu chef de son département quelques années plus tard, avec un mandat de deux ans, puisque ces postes sont habituellement alloués par rotation. Bien qu'il ait exprimé le désir d'être transféré à l'Université de Téhéran, on ne lui a jamais confié un poste au niveau de la faculté ou de l'université. Sa promotion au poste de professeur agrégé a été aussi retardée, même s'il avait publié dans des revues à l'étranger beaucoup plus d'articles qu'il n'était requis. Compte tenu de ces faits, il est difficile de comprendre comment l'agente des visas a conclu que le demandeur s'est élevé dans la hiérarchie à l'aide du système de l'UTM.

[71] When the applicant left Iran in 2001, he came to McGill University as an invited professor. TMU would not consider, according to the applicant's explanations, this period a sabbatical year and instead asked the applicant to use his unused vacation time to cover his leave. As soon as his vacation time was over, and without informing the applicant, the university administration published an announcement in Iranian newspapers stating that the applicant had been absent from work without justification and that he would be fired if he did not present himself at work. The applicant's colleagues at the Department intervened and the applicant eventually got what any other professor is entitled to, a leave without pay. The applicant's file has been to the disciplinary committee at TMU three times in what the applicant believes is an attempt to fire him, yet to date the University has not accepted his resignation because it would be much more damaging to fire him. This uncontradicted and unchallenged evidence of the applicant does not, to say the least, show any privileged treatment by the TMU administration; quite to the contrary, the applicant never obtained an unusual promotion and his career path has been rather chequered and even impeded by his desire to move from TMU to Teheran University.

[72] In the refusal letter, the officer mentions it is well known that IRGC has a certain control over TMU, and the officer suggests that it was the IRGC that deployed the applicant at IROST. The officer said that during the same years IRGC allegedly had control over TMU, it was arming terrorist groups and IROST was involved in the making of weapons of mass destruction. All of this information is based on the Web sites already mentioned in these reasons.

[73] There are several problems with these conclusions. First, the reliability of the Web sites consulted by the officer has not been established. In his affidavits, the applicant raised several inconsistencies with the information found on those websites. For example, it appears that TMU is not on the list of more than 212 institutions mentioned on Iran Watch, while the medical school of Tehran University is listed. Moreover, the Iran Watch document consulted by the officer dates back to 2004, four years after the applicant had left IROST and three years after his arrival in Canada, and is about a different

[71] Lorsque le demandeur a quitté l'Iran en 2001, il est venu à l'Université McGill comme professeur invité. Selon les explications du demandeur, l'UTM n'a pas voulu considérer cette période comme une année sabbatique et lui a demandé d'utiliser plutôt ses crédits de vacances. Dès qu'il a épuisé ses crédits de vacances, et sans l'aviser, l'administration de l'université a publié dans des journaux iraniens une annonce indiquant que le demandeur s'était absenté du travail sans justification et qu'il serait congédié s'il ne se présentait pas à son poste. Les collègues du demandeur sont intervenus et celui-ci a finalement obtenu un congé sans solde auquel a droit tout professeur. Le dossier du demandeur a été examiné à trois reprises par le comité de discipline de l'UTM, ce qui constitue selon le demandeur une tentative de congédiement. L'université n'a pas encore accepté sa démission parce qu'un congédiement lui ferait plus de tort. Ces éléments de preuve non contredits ne montrent, c'est le moins qu'on puisse dire, aucun traitement de faveur de la part de l'administration de l'UTM; bien au contraire, le demandeur n'a jamais obtenu une promotion inhabituelle et son cheminement professionnel a été plutôt sinueux, voire pénible, en raison de son désir d'être transféré à l'Université de Téhéran.

[72] Dans sa lettre de refus, l'agente indique qu'il est connu que le CGRI exerce un certain contrôle sur l'UTM, et affirme que c'est le CGRI qui a muté le demandeur à l'ORIST. L'agente dit qu'au cours des mêmes années où le CGRI aurait contrôlé l'UTM, il a armé des groupes terroristes et l'ORIST participait au développement d'armes de destruction massive. Tous ces renseignements sont fondés sur les sites Web déjà mentionnés dans les présents motifs.

[73] Ces conclusions soulèvent plusieurs problèmes. Premièrement, la fiabilité des sites Web que l'agente a consultés n'a pas été établie. Dans ses affidavits, le demandeur a relevé plusieurs incohérences dans les renseignements trouvés sur les sites en question. Par exemple, il semble que l'UTM ne figure pas sur la liste de plus de 212 institutions mentionnées par Iran Watch, alors que l'école de médecine de l'Université de Téhéran y est inscrite. De plus, le document d'Iran Watch consulté par l'agente date de 2004, quatre ans après le départ du demandeur de l'ORIST et trois ans après son arrivée au

IROST branch than the one the applicant was involved with.

[74] Further, the content of the few pages printed from Iran Watch and included in the CTR does not warrant the inferences drawn by the officer about the applicant's activities. In the first document from Iran Watch entitled "The Islamic Revolution Guards Corps use Universities for Research to Build the Bomb: IRGC Imam Hossein University Involved in Clandestine Nuclear Weapons Program" there is no mention of the TMU or the IROST at all. It simply speaks of the involvement of the Imam Hossein University with the IRGC and the IRGC involvement in nuclear research and development. In the second Iran Watch document "Iran Smuggles Ceramic Matrix Composite, a Key Material for Building a Nuclear Bomb" the only mention of TMU is that one among the professors involved in the project is from this university.

[75] In her refusal letter, the officer also accused the applicant of having downplayed his position at IROST. It is hard to understand how she came to such a conclusion, as the applicant has always been proud of the work he did at IROST and explicitly refers to it in the curriculum vitae that he submitted to the National Research Council in 2001.

[76] In her notes, the officer uses the Iran Watch Web site introductory paragraph about IROST to conclude that IROST is a dangerous organization and was involved in buying equipment for the purpose of developing nuclear weapons. She then implies that because the applicant was at IROST, he played a role in buying forbidden equipment. The applicant declared that he had never bought or approved of any equipment during his work at IROST, as this was not part of his duties. Furthermore, the applicant stated that he did not visit or evaluate any project related to weapons of mass destruction or any other military application. Yet the officer did not provide any proof that he has done so, or was aware that any such thing was occurring. There is nothing in the record that she could have relied on to make that finding.

Canada, et ne porte pas sur la section de l'ORIST au sein de laquelle le demandeur a travaillé, mais sur une section différente.

[74] De plus, le contenu des pages imprimées à partir du site Iran Watch et versées au dossier certifié du tribunal ne justifie pas les inférences tirées par l'agente au sujet des activités du demandeur. Dans le premier document provenant d'Iran Watch intitulé [TRADUCTION] « Le Corps des gardiens de la révolution se sert des universités pour ses recherches sur les bombes; l'Université Imam Hossein du CGRI impliquée dans un programme d'armes nucléaires clandestin », on ne trouve rien sur l'UTM ou sur l'ORIST. Dans cet article, il est simplement question de la participation de l'Université Imam Hossein aux activités du CGRI et de la participation du CGRI dans la recherche et le développement nucléaires. Dans le deuxième document d'Iran Watch intitulé [TRADUCTION] « L'Iran fait la contrebande du composite à matrice céramique, produit-clé dans la fabrication d'une bombe atomique », la seule mention de l'UTM est le fait que l'un des professeurs participant au projet travaille là-bas.

[75] Dans sa lettre de refus, l'agente a également accusé le demandeur d'avoir diminué l'importance de son poste à l'ORIST. Il est difficile de comprendre comment elle est arrivée à cette conclusion, vu que le demandeur a toujours été fier du travail accompli à l'ORIST et qu'il le mentionne expressément dans le curriculum vitae présenté au Conseil national de recherches en 2001.

[76] Dans ses notes, l'agente se sert du paragraphe d'introduction du site Web Iran Watch sur l'ORIST pour conclure qu'il s'agit d'une organisation dangereuse impliquée dans l'achat d'équipements destinés au développement d'armes nucléaires. Elle en déduit qu'en raison de son emploi auprès de l'ORIST, le demandeur a joué un rôle-clé dans l'achat d'équipements interdits. Le demandeur déclare qu'il n'a jamais acheté ou approuvé un équipement au cours de son emploi à l'ORIST, et que cela ne faisait pas partie de ses attributions. De plus, le demandeur a affirmé qu'il n'a visité ni n'a évalué aucun projet lié aux armes de destruction massive ou à toute autre application militaire. Pourtant l'agente n'a présenté aucune preuve qu'il avait agi ainsi ou qu'il avait connaissance d'un tel projet. Rien au dossier ne permettait d'étayer une telle conclusion.



[77] In a nutshell, the officer's conclusions are not supported by the evidence before her and she did not give the information, provided by the applicant, sufficient weight in her decision-making process. Instead of discussing his explanations, she prefers to rely on dubious information found on the Internet and on inconclusive reports from other government agencies to make grave accusations against the applicant. These errors make the officer's decision unreasonable.

[78] Counsel for the applicant sought that the applicant be provided with a meaningful remedy, and that he be allowed to return to Canada until the case is redetermined. I appreciate that the applicant and his family have lived through some terrible times over the last years as a result of his application for permanent residence taking so long to be processed and to be finally rejected. However, this Court has no jurisdiction to issue such an order to the Minister. The fact that the applicant disputes the determination of the immigration officer, regardless of his prior temporary status in Canada, does not extend him any right of entry. On the other hand, if a further interview is determined to be necessary by the officer tasked to reassess the applicant's application for permanent residence, this interview should take place in a visa post as close as possible to where the applicant resides. If the Minister was to decide that no further interview is required, moreover, the applicant shall be given an opportunity to address the concerns of visa officer Blouin in further affidavit and submission.

[79] Counsel for the applicant also asked the Court to issue directions that the confidential information not be afforded any weight. Once again, it is not within the Court's jurisdiction to fetter the discretion of any subsequent officer. All the Court can say is that the officer re-assessing the application for permanent residence shall take into account these reasons, and more particularly paragraphs 57 to 59 dealing with the inherent frailty of information gathered for intelligence purposes.

[77] En résumé, les conclusions de l'agente ne sont pas étayées par la preuve dont elle disposait et elle n'a pas accordé aux renseignements fournis par le demandeur un poids suffisant dans son processus de décision. Au lieu d'analyser les explications du demandeur, elle a préféré se fonder sur des renseignements douteux trouvés sur Internet et sur des rapports peu probants provenant d'autres agences gouvernementales pour porter de graves accusations contre le demandeur. Ces erreurs rendent la décision de l'agente déraisonnable.

[78] L'avocat du demandeur a demandé au nom de son client une réparation efficace et l'autorisation de retourner au Canada jusqu'à ce qu'une nouvelle décision soit rendue sur l'affaire. Je reconnais que le demandeur et sa famille ont vécu des moments terribles au cours des dernières années vu la longueur du traitement de sa demande de résidence permanente et le fait qu'elle a été finalement rejetée. Toutefois, la Cour n'a pas compétence pour rendre une telle ordonnance à l'encontre du ministre. Le fait que le demandeur conteste la décision de l'agente d'immigration, peu importe son statut antérieur au Canada, ne lui accorde pas le droit d'entrer au Canada. Par contre, si l'agent chargé de réexaminer la demande de résidence permanente du demandeur le juge nécessaire, une autre entrevue devrait avoir lieu au bureau des visas le plus proche possible du domicile du demandeur. Si le ministre ne jugeait pas nécessaire la tenue d'une autre entrevue, il faut donner au demandeur la possibilité de répondre aux préoccupations de l'agente des visas Blouin en présentant un nouvel affidavit et de nouvelles observations.

[79] L'avocat du demandeur a demandé à la Cour de donner des directives interdisant d'accorder un poids quelconque aux renseignements confidentiels. Ici encore, la Cour n'a pas compétence pour limiter le pouvoir discrétionnaire d'un agent qui examinerait ultérieurement la demande. Tout au plus la Cour peut-elle indiquer à l'agent chargé de réexaminer la demande de résidence permanente de tenir compte des présents motifs, notamment des paragraphes 57 à 59 qui portent sur la fragilité inhérente des éléments d'information recueillis aux fins du renseignement.

[80] The parties have not proposed a question of general importance for certification and I make no order for certification.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is allowed, the decision of the visa officer made on August 14, 2008 is hereby set aside and the matter is remitted for redetermination by a different visa officer in accordance with these reasons. No question of general importance is certified.

[80] Les parties n'ont pas proposé de question de portée générale à certifier et aucune ordonnance n'est rendue à cet égard.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie, que la décision de l'agente des visas rendue le 14 août 2008 soit annulée et que l'affaire soit renvoyée à un autre agent pour nouvel examen, conformément aux présents motifs. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

T-890-09  
T-891-09  
T-892-09  
2010 FC 309

T-890-09  
T-891-09  
T-892-09  
2010 CF 309

**Worldwide Diamond Trademarks Limited** (*Applicant*)

**Worldwide Diamond Trademarks Limited** (*demanderesse*)

v.

c.

**Canadian Jewellers Association** (*Respondent*)

**Canadian Jewellers Association** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: WORLDWIDE DIAMOND TRADEMARKS LIMITED v. CANADIAN JEWELLERS ASSOCIATION**

**RÉPERTORIÉ : WORLDWIDE DIAMOND TRADEMARKS LIMITED c. CANADIAN JEWELLERS ASSOCIATION**

Federal Court, Kelen J.—Vancouver, March 2; Ottawa, March 17, 2010.

Cour fédérale, juge Kelen—Vancouver, 2 mars; Ottawa, 17 mars 2010.

*Trade-marks — Registration — Appeal from Registrar of Trade-marks decisions dismissing applications to register trade-marks because proposed trade-marks clearly descriptive of associated wares, services pursuant to Trade-marks Act, s. 12(1)(b) — Registrar determining that “Canadian diamond”, “mined, cut and polished in Canada” clearly descriptive — Adding words “Report”, “Certificate”, “Appraisal” only describing intrinsic quality or characteristic of applicant’s wares, services — Also determining that proposed trade-marks not “inherently distinctive” — Principal issues whether Registrar erring by concluding that trade-marks clearly descriptive, not distinctive — While Registrar having to consider prior registrations in assessing descriptiveness, no reason to perpetuate past error — Use of word “mark” not sufficient to render proposed trade-marks non-descriptive — Words “Report”, “Certificate”, “Appraisal” clearly describing certificate or report on diamond’s Canadian origin or its evaluation, contrary to s. 12(1)(b) — State of register with respect to similar marks not rendering proposed trade-marks non-descriptive, registrable — Registrar correctly determining that proposed trade-marks not inherently distinctive — Parliament not intending that mere use of proposed trade-mark sufficient to guarantee exception from s. 12(1)(b) — Applicant not providing sufficient evidence of substantive use of proposed trade-marks — Parliament intending that clearly descriptive trade-mark not registrable, notwithstanding decisions allowing registration of clearly descriptive trade-marks — Appeal dismissed.*

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel à l’encontre de décisions du registraire des marques de commerce rejetant les demandes d’enregistrement de marques de commerce parce que les marques de commerce projetées donnaient une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels ces marques sont employées conformément à l’art. 12(1)(b) de la Loi sur les marques de commerce — Le registraire avait statué que les expressions « diamant canadien » et « extrait d’une mine, taillé et poli au Canada » donnaient une description claire — L’ajout des mots « Report » (rapport), « Certificate » (certificat) et « Appraisal » (évaluation) fournit seulement une description claire des caractéristiques ou des qualités intrinsèques des marchandises et des services de la demanderesse — Il a également conclu que chacune des marques de commerce projetées était « non distinctive en soi » — Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si le registraire avait commis une erreur en concluant que les marques de commerce donnaient une description claire et n’étaient pas distinctives — Bien que le registraire doive examiner les enregistrements précédents lorsqu’il évalue le caractère descriptif, il n’y a pas lieu de perpétuer une erreur commise dans le passé — L’utilisation du mot « mark » (marque) n’est pas suffisante pour rendre les marques de commerce non descriptives — Les mots « Report » (rapport), « Certificate » (certificat) et « Appraisal » (évaluation) donnent une description claire d’un certificat ou d’un rapport portant sur l’origine canadienne du diamant ou d’une évaluation du diamant et sont contraires à l’art. 12(1)(b) — L’état du registre en ce qui concerne des marques similaires ne peut rendre les marques de commerce projetées non descriptives et donc enregistrables — Le registraire avait correctement statué que les marques de commerce projetées n’étaient pas intrinsèquement distinctives — Le législateur n’a pas voulu que la simple utilisation d’une*

*marque de commerce projetée soit suffisante pour garantir une exception à l'application de l'art. 12(1)b) — La demanderesse n'a pas fourni une preuve suffisante pour établir l'emploi à grande échelle des marques de commerce projetées — L'intention du législateur était qu'une marque de commerce qui donne une description claire des produits n'est pas enregistrable malgré les décisions existantes ayant accordé l'enregistrement de marques de commerce donnant une description claire — Appel rejeté.*

This was a consolidated appeal from three decisions of the Registrar of Trade-marks dismissing the applicant's applications to register the trade-marks THE CANADIAN DIAMOND REPORT THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA & Design, THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA & Design, and THE CANADIAN DIAMOND APPRAISAL THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA & Design because the proposed trade-marks were clearly descriptive of their associated wares and services pursuant to paragraph 12(1)(b) of the *Trade-marks Act*. The Registrar determined that the phrases "Canadian diamond" and "mined, cut and polished in Canada" were clearly descriptive, and that the overall effect of adding the words "Report", "Certificate", and "Appraisal" to those descriptive words simply indicated that the applicant's wares and services were related to "Canadian diamonds" that are mined, cut and polished in Canada, thus describing their intrinsic quality or characteristic. The Registrar also determined that the three proposed trade-marks were not "inherently distinctive" because they are clearly descriptive.

The principal issues were whether the Registrar erred by concluding (1) that the applicant's trade-marks were clearly descriptive of the character or quality of the wares or services in association with which the trade-marks are used, and (2) that the applicant's trade-marks were not distinctive.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The applicant submitted that the Registrar has registered several trade-marks that contain many of the words present in the proposed trade-marks, and provided as an example the trade-mark THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA. Although the Registrar

Il s'agissait d'un appel réuni interjeté à l'encontre de trois décisions du registraire des marques de commerce rejetant les demandes présentées par la demanderesse en vue de l'enregistrement des marques de commerce THE CANADIAN DIAMOND REPORT THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA et le dessin-marque, THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA et le dessin-marque, et THE CANADIAN DIAMOND APPRAISAL THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA et le dessin-marque parce que les marques de commerce projetées donnaient une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels ces marques sont employées conformément à l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les marques de commerce*. Le registraire avait statué que les expressions « diamant canadien » et « extrait d'une mine, taillé et poli au Canada » donnaient une description claire, et que l'effet global de l'ajout des mots « Report » (rapport), « Certificate » (certificat) et « Appraisal » (évaluation) à ces termes descriptifs consistait simplement à indiquer que les marchandises et les services de la demanderesse visaient les « diamants canadiens » qui sont extraits d'une mine, taillés et polis au Canada, et ainsi fournit une description claire des caractéristiques ou des qualités intrinsèques des marchandises et des services. Le registraire avait également conclu que chacune des trois marques de commerce projetées est « non distinctive en soi » parce qu'elle donne une description claire.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si le registraire avait commis une erreur en concluant 1) que les marques de commerce de la demanderesse donnaient une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elles sont employées, et 2) que les marques de commerce de la demanderesse n'étaient pas distinctives.

*Jugement* : l'appel doit être rejeté.

La demanderesse soutenait que le registraire avait enregistré bon nombre de marques de commerce qui contiennent plusieurs des mots qui font partie des marques de commerce projetées. À titre d'exemple, elle a invoqué la marque de commerce THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND

must consider prior registrations when assessing descriptiveness, there is no reason to perpetuate a past error. Even if the word “mark” has a diverse range of meanings within the trade-mark and the proposed trade-marks, the single use of this word is not sufficient to render the proposed trade-marks non-descriptive. The proposed trade-marks contain previously registered trade-marks that are by themselves clearly descriptive. The words “Report”, “Certificate”, and “Appraisal” do not accurately describe the wares in question, but they clearly describe a certificate or report on the diamond’s Canadian origin or its evaluation, and are contrary to paragraph 12(1)(b). The state of the register with respect to similar marks cannot render the three proposed trade-marks non-descriptive and therefore registrable.

The Registrar correctly determined that the proposed trade-marks were not inherently distinctive. There must be strong evidence to show that the proposed trade-marks were distinctive at the time of the application. When enacting subsection 12(2) of the Act, Parliament did not intend that the mere use of a proposed trade-mark would be sufficient to guarantee its exception from the application of paragraph 12(1)(b). The applicant did not provide sufficient evidence to demonstrate substantive use of the proposed trade-marks. Finally, some of the case law that deals with trade-mark registrations that are descriptive is inconsistent. Parliament intended in paragraph 12(1)(b) that a trade-mark that clearly describes the goods for which the trade-mark is sought is not entitled to be registered notwithstanding some decisions that have allowed clearly descriptive trade-marks to be registered, or the fact that similar goods have been granted a similar trade-mark from the Registrar in the past.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 “distinctive”, 9 (as am. by S.C. 1990, c.14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; 1994, c. 47, s. 191; 1999, c. 31, s. 209(F); 2007, c. 26, s. 6), 10, 12(1)(b) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 59(F)), (e) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 193), (2), 30(a),(b), 38(8) (as am. *idem*, s. 66), 56.

POLISHED IN CANADA. Bien que le registraire doive examiner les enregistrements précédents lorsqu’il évalue le caractère descriptif d’une marque, il n’y a pas lieu de perpétuer une erreur commise dans le passé. Même si le mot « *mark* » (marque) a plusieurs sens en ce qui concerne la marque de commerce et les marques de commerce projetées, la simple utilisation de ce mot n’est pas suffisante en elle-même pour rendre les marques de commerce non descriptives. Les marques de commerce projetées contiennent des marques de commerce déjà enregistrées qui donnent chacune une description claire. Les mots « *Report* » (rapport), « *Certificate* » (certificat) et « *Appraisal* » (évaluation) ne décrivent pas adéquatement les marchandises en question, mais donnent une description claire d’un certificat ou d’un rapport portant sur l’origine canadienne du diamant ou d’une évaluation du diamant et sont contraires à l’alinéa 12(1)(b). L’état du registre en ce qui concerne des marques similaires ne peut rendre les trois marques de commerce projetées non descriptives et donc enregistrables.

Le registraire avait correctement statué que les marques de commerce projetées n’étaient pas intrinsèquement distinctives. Il doit exister des éléments de preuve solides pour établir que les marques de commerce projetées étaient distinctives au moment de la demande d’enregistrement. Le législateur, lors de l’adoption du paragraphe 12(2) de la Loi, n’a pas voulu que la simple preuve d’emploi d’une marque de commerce projetée soit suffisante pour garantir l’application de l’alinéa 12(1)(b). La demanderesse n’a pas fourni une preuve suffisante pour établir l’emploi à grande échelle des marques de commerce projetées. Enfin, certaines décisions qui traitent d’enregistrements de marques de commerce qui sont descriptives sont contradictoires. L’intention du législateur à l’alinéa 12(1)(b) était de rendre non enregistrable une marque de commerce qui donne une description claire des produits à l’égard desquels on projette d’employer la marque, malgré les décisions existantes ayant accordé l’enregistrement de marques de commerce donnant une description claire ou le fait que l’enregistrement d’une marque de commerce employée en liaison avec des produits similaires a été accordé par le registraire dans le passé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 « distinctive », 9 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch. 15, art. 58; 1994, ch. 47, art. 191; 1999, ch. 31, art. 209(F); 2007, ch. 26, art. 6), 10, 12(1)(b) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 59(F)), e) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 193), (2), 30(a),(b), 38(8) (mod., *idem*, art. 66), 56.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Molson Companies Ltd. v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, [1982] 1 F.C. 275, (1981), 55 C.P.R. (2d) 15 (F.C.T.D.); *Drolet v. Gralsbotschaft*, 2009 FC 17, [2010] 1 F.C.R. 492, 85 C.P.R. (4th) 1, 341 F.T.R. 44.

## CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 323 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 5 C.P.R. (4th) 180, 252 N.R. 91 (C.A.); *Reed Stenhouse Co. v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1992), 45 C.P.R. (3d) 79, 57 F.T.R. 317 (F.C.T.D.); *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, 268 D.L.R. (4th) 424, 53 Admin. L.R. (4th) 1; *GWG Ltd. v. Registrar of Trade Marks* (1981), 55 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Eastman Photographic Materials Company Ltd. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.); *John Labatt Ltd. v. Carling Breweries Ltd.* (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (F.C.T.D.); *Provenzano v. Registrar of Trade Marks* (1977), 37 C.P.R. (2d) 189 (F.C.T.D.); *Best Canadian Motor Inns Ltd. v. Best Western International, Inc.*, 2004 FC 135, [2004] 3 F.C.R. 114, 30 C.P.R. (4th) 481, 246 F.T.R. 113.

## REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Scotch Whisky Assn. v. Glenora Distillers International Ltd.*, 2009 FCA 16, [2010] 1 F.C.R. 195, 306 D.L.R. (4th) 474, 75 C.P.R. (4th) 1; *Jose Cuervo S.A. de C.V. v. Bacardi & Co.*, 2009 FC 1166, 78 C.P.R. (4th) 451, 357 F.T.R. 60; *Imperial Tobacco Ltd. v. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 483, 119 F.T.R. 295 (F.C.T.D.); *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153, 3 C.P.R. (4th) 224, 176 F.T.R. 80 (F.C.T.D.); *Neptune S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 715, 29 C.P.R. (4th) 497, 237 F.T.R. 240; *Sherwin Williams Co. of Canada v. Commissioner of Patents*, [1937] Ex. C.R. 205, [1938] 1 D.L.R. 318; *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413, 130 N.R. 123 (F.C.A.); *Canadian Council of Professional Engineers v. APA — Engineered Wood Assn.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 239, 184 F.T.R. 239 (F.C.); *Matol Biotech Laboratories Ltd. v. Jurak Holdings Ltd.*, 2008 FC 1082, 299 D.L.R. (4th) 130, 69 C.P.R. (4th) 321, 335 F.T.R. 171.

APPEAL from three decisions of the Trade-marks Opposition Board ((2009), 74 C.P.R. (4th) 290; (2009), 74

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Molson Companies Ltd. c. Les Brasseries Carling O'Keefe du Canada Ltée*, [1982] 1 C.F. 275 (1<sup>re</sup> inst.); *Drolet c. Gralsbotschaft*, 2009 CF 17, [2010] 1 R.C.F. 492.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 323 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.); *Reed Stenhouse Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1992] A.C.F. n° 887 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *GWG Ltd. c. Registraire des marques de commerce*, [1981] A.C.F. n° 312 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Eastman Photographic Materials Company Ltd. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.); *John Labatt Ltd. c. Carling Breweries Ltd.*, [1974] A.C.F. n° 1104 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Provenzano c. Registraire des marques de commerce*, [1977] A.C.F. n° 902 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Best Canadian Motor Inns Ltd. c. Best Western International, Inc.*, 2004 CF 135, [2004] 3 R.C.F. 114.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Scotch Whisky Assn. c. Glenora Distillers International Ltd.*, 2009 CAF 16, [2010] 1 R.C.F. 195; *Jose Cuervo S.A. de C.V. c. Bacardi & Co.*, 2009 CF 1166; *Imperial Tobacco Ltd. c. Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, [1996] A.C.F. n° 1160 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.*, 1999 CanLII 8988 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Neptune S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 715; *Sherwin Williams Co. of Canada v. Commissioner of Patents*, [1937] R.C.É. 205, [1938] 1 D.L.R. 318; *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 546 (C.A.) (QL); *Conseil canadien des ingénieurs professionnels c. APA—Engineered Wood Assn.*, 2000 CanLII 15543 (C.F.); *Matol Biotech Laboratories Ltd. c. Jurak Holdings Ltd.*, 2008 CF 1082.

APPEL interjeté à l'encontre de trois décisions de la Commission des oppositions des marques de commerce

C.P.R. (4th) 306; (2009), 74 C.P.R. (4th) 298) dismissing the applicant's trade-mark applications because the proposed trade-marks were clearly descriptive of their associated wares and services pursuant to paragraph 12(1)(b) of the *Trade-marks Act*. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Karen F. MacDonald* for applicant.  
No one appearing for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Smart & Biggar*, Vancouver, for applicant.

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

[1] KELEN J.: This is an appeal pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, as amended (the Act), from three decisions of the Registrar of Trade-marks sitting as the Trade-marks Opposition Board, dated March 11, 2009 [*Canadian Jewellers Assn. v. Worldwide Diamond Trademarks Ltd.*, (2009), 74 C.P.R. (4th) 290; (2009), 74 C.P.R. (4th) 306; (2009), 74 C.P.R. (4th) 298] dismissing the applicant's applications for the trade-mark application numbers 1212232, 1212234 and 1212235 because the proposed trade-marks are clearly descriptive of their associated wares and services pursuant to paragraph 12(1)(b) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 59(F)] of the Act.

[2] Although there are three separate decisions of the Registrar and three separate applications for judicial review, they have been consolidated for hearing under the Federal Court file T-890-09 pursuant to the order of Justice Beaudry dated September 8, 2009.

[3] The respondent named by the applicant has not participated in this appeal.

([2009] C.O.M.C. n° 53 (QL); [2009] C.O.M.C. n° 46 (QL); [2009] C.O.M.C. n° 54 (QL)) rejetant les demandes d'enregistrement des marques de commerce de la demanderesse parce que les marques de commerce projetées donnaient une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels ces marques sont employées conformément à l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les marques de commerce*. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU

*Karen F. MacDonald* pour la demanderesse.  
Personne n'a comparu pour la défenderesse.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Smart & Biggar*, Vancouver, pour la demanderesse.

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

[1] LE JUGE KELEN : Il s'agit d'un appel interjeté conformément à l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, modifiée (la Loi), de trois décisions datées du 11 mars 2009 [*Canadian Jewellers Assn. c. Worldwide Diamond Trademarks Ltd.*, [2009] C.O.M.C. n° 53 (QL); [2009] C.O.M.C. n° 46 (QL); [2009] C.O.M.C. n° 54 (QL)], par laquelle le registraire des marques de commerce, siégeant à titre de Commission des oppositions des marques de commerce, a rejeté les demandes n°s 1212232, 1212234 et 1212235 en vue de l'enregistrement de marques de commerce parce que les marques de commerce projetées donnent une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels ces marques sont employées conformément à l'alinéa 12(1)(b) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 59(F)] de la Loi.

[2] Bien qu'il s'agisse de trois décisions distinctes du registraire et de trois demandes de contrôle judiciaire distinctes, elles ont été réunies et seront instruites conjointement dans le dossier de la Cour fédérale T-890-09 conformément à une ordonnance rendue par le juge Beaudry en date du 8 septembre 2009.

[3] La défenderesse désignée par la demanderesse n'a pas participé au présent appel.

## FACTS

## The parties

[4] The applicant is a subsidiary corporation of HRA Investments Ltd. (HRA), a diamond distributor in Canada. The applicant was incorporated on July 8, 2003, for the purpose of holding HRA's trade-mark interests. Both the applicant and HRA are owned by a parent company named Wallace Holdings Ltd. and all three companies share the same directors and officers.

[5] HRA produces a line of Canadian diamond jewelry products under the name "The Canadian Diamond Certificate" (the CDC product line) which is sold and associated with the trade-mark "CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE" (the CDC trade-mark) which sometimes appears in association with variations of the phrases "DIAMONDS THAT ARE MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA", and "mined, cut and polished in Canada". The CDC product line was also sold in association with trade-marks incorporating "CANADIAN DIAMOND REPORT", and "CANADIAN DIAMOND APPRAISAL". HRA markets the CDC line in a number of ways including brochures, certificates of origin or evaluation, magazine ads, and ring boxes.

[6] The respondent Canadian Jewellers Association, which is not participating in this appeal, is a trade association representing the Canadian jewellery industry.

## Background

[7] On April 4, 2004, the applicant filed an application to register the following three design trade-marks in association with diamonds, diamond certificates and diamond appraisals; diamond cloths, magnifying loops; point of purchase countertop displays; posters; and pens (from henceforth known as wares), and diamond appraisal services (from henceforth known as services):

## FAITS

## Les parties

[4] La demanderesse est une filiale de HRA Investments Ltd (HRA), un distributeur de diamants au Canada. La demanderesse a été constituée en personne morale le 8 juillet 2003 pour être détentrice des droits de HRA sur les marques de commerce. La demanderesse et HRA sont détenus par une société mère appelée Wallace Holdings Ltd. et ces trois sociétés ont les mêmes administrateurs et dirigeants.

[5] HRA produit une gamme d'articles de bijouterie avec diamants sous le nom « The Canadian Diamond Certificate » (la gamme de produits CDC) qui est vendue en liaison avec la marque de commerce « CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE » (la marque de commerce CDC) et qui apparaît parfois avec les variantes suivantes : « DIAMONDS THAT ARE MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA » et « mined, cut and polished in Canada ». Les marques de commerce comprenant « CANADIAN DIAMOND REPORT » et « CANADIAN DIAMOND APPRAISAL » ont également été employées en liaison avec la gamme de produits CDC. HRA commercialise la gamme de produits CDC de diverses façons, y compris au moyen de dépliants publicitaires, de certificats d'origine ou d'évaluations, d'annonces publicitaires de revues et d'écrins de bagues.

[6] La défenderesse, Canadian Jewellers Association, qui ne participe pas au présent appel, est une association commerciale représentant l'industrie joaillière canadienne.

## Contexte

[7] Le 4 avril 2004, la demanderesse a produit une demande visant l'enregistrement des trois dessins-marques suivants en liaison avec des diamants; certificats et évaluations de diamants; chiffons de nettoyage; loupes d'examen de diamants; présentoirs de comptoir de point d'achat; affiches; stylos (ci-après les marchandises), et des services d'évaluation de diamants (ci-après les services) :



THE CANADIAN DIAMOND REPORT 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Trade-mark application number 1212232;

THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Trade-mark application number 1212234; and

THE CANADIAN DIAMOND APPRAISAL 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Trade-mark application number 1212235.

[8] The applicant disclaimed the right to the exclusive use of the words CANADIAN DIAMOND, DIAMOND, CUT, POLISHED, and CANADA apart from the mark as a whole. The applicant has also disclaimed the right to the exclusive use of the phrase “A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA” in respect of the wares “diamonds” apart from the mark.

[9] Following the advertisement of the trade-mark applications in September 2005, the respondent filed statements of opposition before the Registrar supported by affidavits. The applicant filed a counterstatement of opposition supported by one affidavit. The respondent filed a reply along with an additional affidavit.

Affidavit evidence before the Registrar

[10] The respondent filed an affidavit dated March 1, 2006 by Ms. Linda Soriano, an employee for the firm Riches, McKenzie & Herbert LLP who acts for the respondent. This affidavit deposes:

1. that on February 26, 2006, Ms. Soriano conducted an Internet search and obtained the Competition Bureau Bulletin regarding the marketing of Canadian diamonds;

THE CANADIAN DIAMOND REPORT 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Demande d'enregistrement n° 1212232;

THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Demande d'enregistrement n° 1212234;

THE CANADIAN DIAMOND APPRAISAL 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Demande d'enregistrement n° 1212235.

[8] La demanderesse s'est désistée du droit à l'usage exclusif des mots CANADIAN DIAMOND, APPRAISAL, DIAMOND, CUT, POLISHED et CANADA en dehors de la marque dans son ensemble. La demanderesse s'est également désistée du droit à l'usage exclusif de la phrase « A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA » à l'égard des marchandises « diamants » en dehors de la marque.

[9] La marque de commerce a été annoncée aux fins d'opposition en septembre 2005 et la défenderesse a produit des déclarations d'opposition étayées par des affidavits. La demanderesse a produit une contre-déclaration appuyée par un affidavit. La défenderesse a présenté une réponse ainsi qu'un affidavit supplémentaire.

La preuve par affidavit devant le registraire

[10] Le 1<sup>er</sup> mars 2006, la défenderesse a produit l'affidavit de M<sup>me</sup> Linda Soriano, une employée du cabinet d'avocats Riches, McKenzie & Herbert LLP qui agit au nom de la défenderesse. Selon cet affidavit :

1. le 26 février 2006, M<sup>me</sup> Soriano a fait des recherches sur Internet et a trouvé le bulletin du Bureau de la concurrence relatif à la commercialisation des diamants canadiens;

2. that on March 1, 2006, Ms. Soriano conducted an Internet search and obtained six printouts of Web sites which market Canadian diamonds and provide Canadian diamond certificates;

3. that on March 1, 2006, Ms. Soriano conducted an Internet search and obtained two news articles with respect to the authentication of Canadian diamonds and the regulation of the Canadian diamond industry by the Competition Bureau.

[11] The respondent filed an affidavit dated August 4, 2006 by Sampat Poddar, a director of the respondent, the Canadian Jewellers Association. This affidavit deposes:

1. that in the fall of 2001 the Competition Bureau published guidelines to prevent misleading representations to the marketing of Canadian diamonds, stipulating that for a diamond to be advertised as a “Canadian diamond” it must be mined or harvested in Canada, and that foreign mined diamonds, although cut and polished in Canada, may not qualify as a “Canadian diamond”;

2. that in 2002 the Competition Bureau in conjunction with representatives of the jewellery industry published a Voluntary Code of Conduct (the Code) for Authenticating Canadian Diamond Claims which requires that a Canadian diamond be identified by:

- a. statement of certification of Canadian origin and optionally an appraisal value;
- b. polished diamond description or report; and
- c. permanent inscription on the diamond itself setting out the Diamond Production Number.

3. the applicant was involved in the creation of the Code, is a signatory, and acts in accordance with the Code’s provisions.

2. le 1<sup>er</sup> mars 2006, M<sup>me</sup> Soriano a fait des recherches sur Internet et a trouvé six imprimés de sites Web qui commercialisent des diamants canadiens et par l’entremise desquels on peut obtenir des certificats de diamants canadiens;

3. le 1<sup>er</sup> mars 2006, M<sup>me</sup> Soriano a fait des recherches sur Internet et a trouvé deux articles de presse relatifs à l’authentification des diamants canadiens et à la réglementation de l’industrie canadienne du diamant par le Bureau de la concurrence.

[11] La défenderesse a produit l’affidavit de Sampat Poddar en date du 4 août 2006, un administrateur de la défenderesse, la Canadian Jewellers Association. Selon cet affidavit :

1. à l’automne 2001, le Bureau de la concurrence a publié des lignes directrices pour empêcher les indications fausses et trompeuses dans la commercialisation des diamants canadiens. Elles prévoient que, pour être annoncé comme « diamant canadien », le diamant doit provenir d’une mine ou du sol canadien et que le diamant provenant d’une mine étrangère, même s’il est taillé et poli au Canada, ne peut être désigné comme un « diamant canadien »;

2. en 2002, en collaboration avec des représentants de l’industrie joaillière, le Bureau de la concurrence a publié le Code de conduite volontaire (le Code) pour l’authentification des indications « Diamant canadien ». Ce code exige qu’un diamant canadien soit identifié par :

- a. une déclaration certifiant que les diamants sont d’origine canadienne et, de manière facultative, une valeur d’expertise;
- b. une description ou un rapport des diamants polis;
- c. une inscription permanente du numéro de production sur le diamant lui-même.

3. la demanderesse a participé à la création du Code, est l’un des signataires et agit conformément aux dispositions du Code.

[12] The applicant filed in response an affidavit dated March 5, 2007 by Mr. Itay Ariel, the marketing director of the applicant's parent company, HRA. The affidavit deposes:

1. HRA is the parent company of the applicant company, which is incorporated for the purpose of holding HRA's trade-marks;
2. HRA is a well established and reputable manufacturer and wholesaler of diamonds throughout Canada;
3. the applicant and HRA have been using the proposed trade-marks since April 2001 exemplified by a printout of a point-of-sale display which is attached as an exhibit.
4. the phrases "Canadian diamond" and "mined, cut and polished in Canada" are used in the Canadian diamond industry but Mr. Ariel is not aware of any commercial usage of the proposed trade-marks in the Canadian diamond industry.

[13] The respondent filed in reply an affidavit dated April 3, 2007 by Ms. Marta Tandori Cheng, a trade-mark agent for the firm Riches, McKenzie & Herbert LLP who acts for the respondent. The affidavit deposes:

1. that Ms. Cheng conducted an Internet search of HRA's Internet Web page and was unable to identify any references to products sold or offered in conjunction with the proposed trade-marks;

#### Decision under review

[14] On March 11, 2009, the Registrar dismissed the three applications for trade-marks. While the Registrar issued three separate decisions, the reasons throughout are almost entirely identical.

[15] The respondent raised a number of grounds in opposition but the Registrar based his decision on paragraph 12(1)(b) which prohibits the registration of a trade-mark that is clearly descriptive or misdescriptive of the

[12] En réponse, la demanderesse a produit l'affidavit de M. Itay Ariel en date du 5 mars 2007, un directeur de la Commercialisation de la société mère de la demanderesse. Selon cet affidavit :

1. HRA est la société mère de la demanderesse, laquelle a été constituée en personne morale pour être la détentrice des droits de HRA sur les marques de commerce;
2. HRA est un fabricant et grossiste de diamants bien établi et reconnu partout au Canada;
3. la demanderesse et HRA emploient les marques de commerce projetées depuis avril 2001 comme le démontre l'imprimé d'une présentation d'un point de vente joint à titre de pièce;
4. les expressions « diamant canadien » et [TRADUCTION] « extrait d'une mine, taillé et poli au Canada » sont utilisées dans l'industrie canadienne du diamant, mais M. Ariel n'est pas au courant d'un quelconque emploi commercial des marques de commerce projetées dans l'industrie canadienne du diamant.

[13] En réponse, la défenderesse a produit l'affidavit de M<sup>me</sup> Marta Tandori Cheng en date du 3 avril 2007, une agente de marques de commerce pour le cabinet d'avocats Riches, McKenzie & Herbert qui agit au nom de la défenderesse. Selon cet affidavit :

1. M<sup>me</sup> Cheng a effectué des recherches sur le site Web de HRA et n'a trouvé nulle part les marques de commerce projetées en liaison avec les produits vendus.

#### Décision faisant l'objet du contrôle

[14] Le 11 mars 2009, le registraire a rejeté les trois demandes d'enregistrement de marques de commerce. Bien que le registraire ait rendu trois décisions distinctes, les motifs de chacune d'elles sont presque entièrement identiques.

[15] La défenderesse a soulevé plusieurs motifs d'opposition, mais le registraire a fondé sa décision sur l'alinéa 12(1)(b) qui interdit l'enregistrement d'une marque de commerce qui donne une description claire

quality of the character or quality of the associated wares or services. The Registrar upheld the opposition under paragraph 12(1)(b), finding that the proposed trade-marks are clearly descriptive of their associated wares and services and accordingly dismissed the trade-mark applications.

[16] The Registrar set out the test for descriptiveness at paragraph 18 of its reasons:

The issue as to whether the Applicant's Mark is clearly descriptive must be considered from the point of view of the average purchaser of the associated wares/services. Furthermore, the Mark must not be dissected into its component elements and carefully analyzed but must be considered in its entirety as a matter of immediate impression (see *Wool Bureau of Canada Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, 40 C.P.R. (2d) 25 (F.C.T.D.) at 27–8; *Atlantic Promotions Inc. v. Registrar of Trade Marks*, 2 C.P.R. (3d) 183 (F.C.T.D.) at 186). Character means a feature, trait or characteristic of the product and “clearly” means “easy to understand, self-evident or plain” (*Drackett Co. of Canada Ltd. v. American Home Products Corp.* (1968), 55 C.P.R. 29 (Ex. Ct.) at 34).

[17] The Registrar determined that the phrases “Canadian diamond” and “mined, cut and polished in Canada” are clearly descriptive. The applicant acknowledged that finding by disclaiming those words. The issue before the Registrar was whether the addition of certain words to these descriptive phrases rendered the proposed trade-marks non-descriptive and registrable.

[18] The Registrar determined at paragraph 26 of its reasons that the “key additions” [underlining added] made to the descriptive words CANADIAN DIAMOND MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA are the flag-like design and the words report, certificate, and appraisal as they appear respectively in each of the trade-mark applications [at paragraphs 27–28 of (2009), 74 C.P.R. (4th) 290]:

ou une description fausse et trompeuse de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée. Le registraire a confirmé l'opposition en vertu de l'alinéa 12(1)b) en concluant que les marques de commerce projetées donnaient une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels elles sont employées et a donc rejeté les demandes d'enregistrement des marques de commerce.

[16] Le registraire énonce le critère du caractère descriptif au paragraphe 18 de ses motifs :

La question de savoir si la Marque de la Requérante donne une description claire doit être envisagée du point de vue de l'acheteur ordinaire des marchandises ou services qui y sont associés. De plus, il ne faut pas examiner minutieusement chacun[e] des parties distinctes de la Marque, celle-ci doit plutôt être considérée dans son ensemble et sous l'angle de la première impression (voir les décisions *Wool Bureau of Canada Ltd. c. Registraire des marques de commerce*, 40 C.P.R. (2d) 25 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 27 et 28 et *Atlantic Promotions Inc. c. Registraire des marques de commerce*, 2 C.P.R. (3d) 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 186]. Le mot “nature” s'entend d'une particularité, d'un trait ou d'une caractéristique du produit et le mot “claire” signifie [TRADUCTION] “facile à comprendre, évident ou simple” (*Drackett Co. of Canada c. American Home Products Corp.* (1968), 55 C.P.R. 29 (C. de l'É.), à la page 34).

[17] Le registraire a statué que les expressions « diamant canadien » et [TRADUCTION] « extrait d'une mine, taillé et poli au Canada » donnent une description claire. La demanderesse a admis cette conclusion en renonçant à ces termes. La question dont a été saisi le registraire était de savoir si l'ajout de certains mots à ces expressions descriptives rendait les marques de commerce projetées non descriptives et enregistrables.

[18] Le registraire a conclu au paragraphe 26 de ses motifs que les « ajouts clés » [soulignement ajouté] apportés aux termes descriptifs « CANADIAN DIAMOND MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA » sont le dessin évoquant le drapeau et les mots « *report* » (rapport), « *certificate* » (certificat) et « *appraisal* » (évaluation) qui figurent respectivement sur chacune des demandes d'enregistrement des marques de commerce [aux paragraphes 27 et 28 de [2009] C.O.M.C. n° 53] :

First of all, the flag-like design is not the dominant portion of the Mark and does not prevent the Mark from being clearly descriptive when sounded. (*Best Canadian Motor Inns Ltd. v. Best Western International, Inc.* (2004), 30 C.P.R. (4th) 481 (F.C.T.D.)) Even if the flag-like logo was the dominant feature, it would not render the Mark registrable because the design itself describes the associated wares/services as being related to “Canadian diamonds”, given that it is clearly recognizable as a Canadian flag in which the maple leaf has been replaced by a diamond. (Re designs being clearly descriptive see *Ralston Purina Co. v. Effem Foods Ltd.* (1990), 31 C.P.R. (3d) 52 (T.M.O.B.)).

Secondly, the word “report” in the phrase “The Canadian Diamond Report” is also descriptive as it indicates that the diamond is supported by a report (which, as noted earlier, is a requirement of the Canadian Diamond Code).

[19] The Registrar determined that the overall effect of the words is simply to indicate that the wares and services relate to “Canadian diamonds” that are mined, cut and polished in Canada, thus describing their intrinsic quality or characteristic.

[20] The Registrar found that the mark would be [at paragraph 30] “perceived by the ordinary diamond consumer as clearly describing that the associated wares and services relate to ‘Canadian diamonds’, namely diamonds that [are] mined, cut and polished in Canada.” If the mark did not relate to “Canadian diamonds” then it would not be registerable because it would be “deceptively misdescriptive.”

[21] For these reasons, the Registrar found that the ground of opposition to the three trade-marks based on paragraph 12(1)(b) of the Act, namely that the trade-marks are clearly descriptive of the character or quality of the wares or services in association for which the marks are allegedly used, is well founded.

[22] The Registrar also found that the three proposed trade-marks are not “inherently distinctive” because they are clearly descriptive. The Registrar also found that there was insufficient evidence of substantive use to

Premièrement, le dessin ressemblant à un drapeau n’est pas la partie prédominante de la Marque et il n’empêche pas celle-ci de donner une description claire sous sa forme sonore. (*Best Canadian Motor Inns Ltd. c. Best Western International, Inc.* (2004), 30 C.P.R. (4th) 481 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) Même si le logo évoquant un drapeau était la partie prédominante, il ne rendrait pas la Marque enregistrable, parce que le dessin lui-même représente les marchandises et services associés comme reliés aux « diamants canadiens », étant donné qu’on reconnaît clairement qu’il s’agit d’un drapeau canadien où un diamant a été substitué à la feuille d’érable. (S’agissant des dessins qui donnent une description claire, voir la décision *Ralston Purina Co. c. Effem Foods Ltd.* (1990), 31 C.P.R. (3d) 52 (C.O.M.C.))

Deuxièmement, le mot « report » (rapport) dans l’expression « *The Canadian Diamond Report* » (Le rapport sur le diamant canadien) donne aussi une description, car il indique que le diamant est garanti par un rapport qui, comme je l’ai fait remarquer précédemment, est exigé par le Code de conduite sur les diamants canadiens.

[19] Le registraire a statué que l’effet global des mots consiste simplement à indiquer que les marchandises et les services visent les « diamants canadiens » qui sont extraits d’une mine, taillés et polis au Canada, et ainsi fournit une description claire des caractéristiques ou des qualités intrinsèques des marchandises et des services.

[20] Le registraire a conclu que chaque marque serait [au paragraphe 30] « perçue par le consommateur ordinaire de diamants comme une description claire indiquant que les marchandises et les services associés à la Marque concernent les “diamants canadiens”, soit des diamants qui ont été extraits d’une mine, taillés et polis au Canada ». Si la marque ne visait pas des « diamants canadiens », elle ne serait pas enregistrable parce qu’elle donnerait alors une « description fautive et trompeuse ».

[21] Pour ces motifs, le registraire a conclu que le motif d’opposition fondée sur l’alinéa 12(1)b) de la Loi visant les trois marques de commerce, c’est-à-dire le fait que les marques de commerce donnent une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels elles sont censées être employées, est bien fondé.

[22] Le registraire a également conclu que chacune des trois marques de commerce projetées est « non distinctive en soi » parce qu’elle donne une description claire. Le registraire a également statué que la preuve était

establish the acquired distinctiveness of the proposed trade-marks. Accordingly, the proposed trade-marks were not registrable on this basis.

[23] Since the Registrar upheld these two grounds of opposition, the Registrar decided it would not be necessary to address the remaining grounds. Having said that, the Registrar had initially dismissed a ground of opposition under paragraphs 30(a) and 30(b) [of the Act]. This part of the decision is not under appeal by the applicant since the applicant was successful on this ground.

[24] The trade-mark applications were therefore dismissed.

#### New affidavit evidence before the Court

[25] The applicant appealed the Registrar's March 11, 2009 decisions to dismiss its trade-mark applications to this Court and filed additional affidavit evidence. The applicant filed an affidavit dated June 30, 2009 by Mr. Dylan Dix, a Marketing Director for HRA. The affidavit deposes:

1. the applicant holds trade-marks on behalf of its parent company, HRA, which produces a line of Canadian diamond jewellery products branded under the name "The Canadian Diamond Certificate";
2. approximately 50 percent of HRA diamonds sold have been sold in association with a HRA Certificate of Origin and Certificate of Evaluation;
3. individual elements of the proposed trade-marks incorporating the phrases "CANADIAN DIAMOND REPORT", "CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE" and "CANADIAN DIAMOND APPRAISAL", individually and in combination with other elements have been used by HRA and the applicant since 2000 substantially across Canada in publications, brochures, or products associated with jewellery; and

insuffisante pour qu'on puisse conclure que les marques de commerce projetées étaient devenues distinctives par un emploi à grande échelle. Par conséquent, les marques de commerce projetées n'étaient pas enregistrables pour ce motif.

[23] Étant donné que le registraire a accueilli ces deux motifs d'opposition, il a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les autres motifs. Cela étant dit, le registraire avait initialement rejeté un motif d'opposition fondée sur les alinéas 30a) et b) [de la Loi]. Cette partie de la décision n'est pas visée par l'appel interjeté par la demanderesse puisque cette dernière a eu gain de cause sur ce motif.

[24] Les demandes d'enregistrement des marques de commerce ont donc été repoussées.

#### Nouvelle preuve par affidavit devant la Cour

[25] La demanderesse a fait appel devant la Cour des décisions du registraire du 11 mars 2009 rejetant ses demandes d'enregistrement de marques de commerce et a produit une preuve par affidavit additionnelle. La demanderesse a produit l'affidavit de M. Dylan Dix en date du 30 juin 2009, un directeur de la Commercialisation de HRA. Selon cet affidavit :

1. la demanderesse détient les marques de commerce au nom de sa société mère, HRA, qui produit une gamme d'articles de bijouterie avec diamants sous le nom « The Canadian Diamond Certificate »;
2. environ 50 p. 100 des diamants de HRA qui ont été vendus étaient accompagnés d'un certificat d'origine et d'un certificat d'évaluation;
3. des éléments individuels des marques de commerce projetées comportant les termes « CANADIAN DIAMOND REPORT » (Le rapport sur le diamant canadien), « CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE » (Le certificat du diamant canadien) et « CANADIAN DIAMOND APPRAISAL » (L'évaluation du diamant canadien), individuellement et combinés à d'autres éléments ont été employés à grande échelle par HRA et la demanderesse depuis 2000 dans des publications, des

4. as a result of substantial and extensive use of the proposed trade-marks by the applicant in Canada, they have all acquired a substantial reputation in Canada in association with HRA's diamonds and diamond jewellery.

[26] The applicant also filed an affidavit dated July 2, 2009 by Ms. Amy L. Jobson, a litigation paralegal for the firm Smart & Biggar which acts for the applicant. The affidavit deposes:

1. the applicant owns a number of trade-mark registrations which comprise several of the individual elements of the proposed trade-marks;
2. the Registrar has allowed about 20 trade-mark registrations which contain similar wording to the proposed trade-marks;
3. the applicant owns the registered trade-mark, "THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA", and the flag-like design element; and
4. dictionary definitions of the words "mark" and "report".

#### LEGISLATION

[27] Subsection 38(8) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 66] of the Act allows the Registrar to refuse the application for a trade-mark after considering the evidence and representations of the opponent and applicant:

#### 38. ...

Decision

(8) After considering the evidence and representations of the opponent and the applicant, the Registrar shall refuse the application or reject the opposition and notify the parties of the decision and the reasons for the decision.

brochures ou des produits en liaison avec des bijoux partout au Canada;

4. en raison d'un emploi des marques de commerce projetées par la demanderesse au Canada à grande échelle et sur une longue période, les marques ont acquis une solide réputation au Canada en liaison avec les diamants et la bijouterie avec diamants de HRA.

[26] La demanderesse a également produit l'affidavit de M<sup>me</sup> Amy L. Jobson en date du 2 juillet 2009, une technicienne juridique au cabinet d'avocats Smart & Biggar qui agit pour la demanderesse. Selon cet affidavit :

1. la demanderesse détient plusieurs enregistrements de marques de commerce qui comprennent plusieurs des éléments individuels des marques de commerce projetées;
2. le registraire a également admis les demandes d'enregistrement d'environ 20 marques de commerce qui contenaient des termes similaires aux marques de commerce projetées;
3. la demanderesse détient la marque de commerce « THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA » et le dessin évoquant le drapeau;
4. des définitions de dictionnaires des mots « *mark* » (marque) et « *report* » (rapport).

#### LÉGISLATION

[27] Le paragraphe 38(8) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 66] de la Loi permet au registraire de refuser la demande d'enregistrement d'une marque de commerce après avoir examiné la preuve et les observations de l'opposant et du demandeur :

#### 38. [...]

Décision

(8) Après avoir examiné la preuve et les observations des parties, le registraire repousse la demande ou rejette l'opposition et notifie aux parties sa décision ainsi que ses motifs.

[28] Paragraph 12(1)(b) of the Act prohibits the registration of a trade-mark that is clearly descriptive of its associated wares or services:

When  
trade-mark  
registrable

**12.** (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

...

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively mis-descriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

[29] Subsection 12(2) of the Act excepts clearly descriptive trade-marks from the application of paragraph 12(1)(b) of Act if the trade-marks are distinctive:

**12.** ...

Idem

(2) A trade-mark that is not registrable by reason of paragraph (1)(a) or (b) is registrable if it has been so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of filing an application for its registration.

[30] The Act defines “distinctive” in section 2 of the Act as follows:

Definitions

**2.** ...

“distinctive”, in relation to a trade-mark, means a trade-mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them;

[28] L’alinéa 12(1)b) de la Loi interdit l’enregistrement d’une marque de commerce qui donne une description claire des marchandises ou des services en liaison avec lesquels elle est employée :

**12.** (1) Sous réserve de l’article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l’un ou l’autre des cas suivants :

[...]

b) qu’elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fausse et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l’égard desquels on projette de l’employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d’origine de ces marchandises ou services;

[29] Selon le paragraphe 12(2) de la Loi, une marque de commerce qui donne une description claire n’est pas assujettie à l’alinéa 12(1)b) de la Loi si cette marque est devenue distinctive :

**12.** [...]

Idem

(2) Une marque de commerce qui n’est pas enregistrable en raison de l’alinéa (1)a) ou b) peut être enregistrée si elle a été employée au Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive à la date de la production d’une demande d’enregistrement la concernant.

[30] L’article 2 de la Loi définit le mot « distinctive » comme suit :

**2.** [...]

Définitions

« distinctive » Relativement à une marque de commerce, celle qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d’autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi.



[31] Section 56 of the Act grants a right of appeal from a decision of the Registrar and allows the applicant to file additional evidence:

Appeal

**56.** (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

...

Additional evidence

(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar.

## ISSUES

[32] The applicant raises a number of issues:

- a. what standard of review should this Court apply to the impugned decisions of the Registrar;
- b. whether the Registrar erred by concluding that the applicant's trade-marks were clearly descriptive of the character or quality of the wares or services in association with which the applicant's trade-marks are used;
- c. whether the Registrar erred by concluding that the applicant's trade-marks were, in the alternative to being clearly descriptive, deceptively misdescriptive of the character or quality of the wares or services in association with which the applicant's trade-marks are used;
- d. whether the Registrar erred by concluding that the applicant's trade-marks were not distinctive;
- e. whether this Court should consider the allegations that the Registrar did not consider under sections 9 [as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; 1994, c. 47, s. 191; 1999, c. 31, s. 209(F); 2007, c. 26, s. 6], 10, and

[31] L'article 56 de la Loi prévoit le droit d'appel d'une décision rendue par le registraire et permet à la demanderesse de présenter une preuve additionnelle :

Appel

**56.** (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l'avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l'expiration des deux mois.

[...]

Preuve additionnelle

(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

## QUESTIONS EN LITIGE

[32] La demanderesse soulève plusieurs questions :

- a. Quelle norme de contrôle la Cour doit-elle appliquer aux décisions contestées du registraire?
- b. Le registraire a-t-il commis une erreur en concluant que les marques de commerce de la demanderesse donnaient une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elles sont employées?
- c. Le registraire a-t-il commis une erreur en concluant que les marques de commerce de la demanderesse, à défaut de donner une description claire, donnaient une description fausse ou trompeuse de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elles sont employées?
- d. Le registraire a-t-il commis une erreur en concluant que les marques de commerce de la demanderesse n'étaient pas distinctives?
- e. La Cour devrait-elle examiner les allégations selon lesquelles le registraire n'a pas tenu compte des articles 9 [mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch. 15, art. 58; 1994, ch. 47, art. 191; 1999, ch. 31, art. 209(F); 2007,

paragraph 12(1)(e) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 193] of the *Trade-marks Act*, and if so, whether

i. the applicant's trade-marks consist of or so nearly resemble as to be mistaken for the advertised official marks CANADIAN DIAMOND and/or GOVERNMENT CERTIFIED CANADIAN DIAMOND, and

ii. the applicant's trade-marks have by ordinary and *bona fide* commercial usage become recognized in Canada as designating the kind, quality, quantity, destination, value, place, or origin of diamonds and diamond appraisal services, such that the adoption of the applicant's trade-marks in association with such wares and services or others of the same general class is likely to mislead; and

f. whether costs of this application should be ordered.

[33] For reasons which will become apparent, it is only necessary to address issues "a", "b", and "d" in the present appeal.

#### STANDARD OF REVIEW

[34] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court of Canada held at paragraph 62 that the first step in conducting a standard of review analysis is to "ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question": see also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, *per* Justice Binnie at paragraph 53.

[35] The jurisprudence establishes that the expertise on the part of the Registrar of Trade-marks requires deference and the Registrar's decision under subsection 38(8) of the Act is reviewed on a standard of reasonableness. However, as the Federal Court of Appeal held in

ch. 26, art. 6] et 10 et l'alinéa 12(1)e) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 193] de la *Loi sur les marques de commerce* et, dans l'affirmative, devrait-elle déterminer :

i. si les marques de commerce de la demanderesse sont composées des marques officielles annoncées CANADIAN DIAMOND et GOVERNMENT CERTIFIED CANADIAN DIAMOND ou si leur ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement les confondre avec ces marques officielles annoncées;

ii. si les marques de commerce de la demanderesse, en raison d'une pratique commerciale ordinaire et authentique, sont devenues reconnues au Canada comme désignant le genre, la qualité, la quantité, la destination, la valeur ou le lieu d'origine des diamants et des services d'évaluation des diamants, et que l'adoption des marques de commerce de la demanderesse en liaison avec ces marchandises et services ou autres de la même catégorie générale a été faite d'une manière susceptible d'induire en erreur;

f. Les dépens liés à la présente demande doivent-ils être adjugés?

[33] Pour des raisons qui deviendront évidentes, il est seulement nécessaire d'examiner les questions « a », « b » et « d » dans le cadre du présent appel.

#### NORME DE CONTRÔLE

[34] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a conclu, au paragraphe 62 de ses motifs, que la première étape du processus de contrôle judiciaire consiste à vérifier « si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » : voir également *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, le juge Binnie, au paragraphe 53.

[35] La jurisprudence établit qu'il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'expertise du registraire des marques de commerce et que la décision du registraire en vertu du paragraphe 38(8) de la Loi est examinée selon la norme de la décision raisonnable. Toutefois,

*Molson Breweries v. John Labatts Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.), per Justice Rothstein at paragraph 51, a Registrar's decision is reviewed on a correctness standard in the following circumstance:

However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar's decision.

(See also *Scotch Whisky Assn. v. Glenora Distillers International Ltd.*, 2009 FCA 16, [2010] 1 F.C.R. 195, at paragraph 15.)

[36] The applicant submits that it has provided additional evidence with this appeal which would have materially affected the Registrar's decision so that the standard of review on this appeal is correctness.

[37] Accordingly, the first issue which the Court will address is whether the additional evidence filed by the applicant "would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion": see also my decision in *Jose Cuervo S.A. de C.V. v. Bacardi & Co.*, 2009 FC 1166, 78 C.P.R. (4th) 451, at paragraph 31.

Issue No. 1: Whether the additional evidence would have affected the Registrar's decision?

[38] The applicant submits that this Court's jurisprudence requires the Registrar to reconcile the non-descriptiveness of some elements of the proposed trade-mark which are registered in their own rights against his view that the proposed trade-mark as a whole is not descriptive: see *Reed Stenhouse Co. v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1992), 45 C.P.R. (3d) 79 (F.C.T.D.), per A.C.J. Jerome where he held [at paragraph 9]:

comme l'a conclu la Cour fédérale dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatts Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), le juge Rothstein, au paragraphe 51, une décision du registraire est révisée selon la norme de la décision correcte dans les circonstances suivantes :

Toutefois, lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire.

(Voir également *Scotch Whisky Assn. c. Glenora Distillers International Ltd.*, 2009 CAF 16, [2010] 1 R.C.F. 195, au paragraphe 15.)

[36] La demanderesse soutient que, dans le cadre du présent appel, elle a fourni une preuve additionnelle qui aurait eu une incidence importante sur la décision du registraire et que la norme de contrôle est donc celle de la décision correcte.

[37] Par conséquent, la première question que la Cour examinera est celle de savoir si la preuve additionnelle produite par la demanderesse « aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire » : voir également ma décision dans l'affaire *Jose Cuervo S.A. de C.V. c. Bacardi & Co.*, 2009 CF 1166, au paragraphe 31.

Question n° 1 : La preuve additionnelle aurait-elle eu un effet sur la décision du registraire?

[38] La demanderesse soutient que la jurisprudence de la Cour exige que le registraire concilie le caractère non descriptif de certains éléments de la marque de commerce projetée qui sont enregistrés à titre propre avec son opinion selon laquelle la marque de commerce projetée dans son ensemble n'est pas descriptive : voir l'affaire *Reed Stenhouse Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1992] A.C.F. n° 887 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), dans laquelle le juge en chef adjoint Jerome a conclu que [au paragraphe 9] :

... evidence of other purportedly similar advertised and approved marks will be considered relevant where the refusal to register is based on the rationale advanced by the respondent in the present case, that the word “PLAN” is an elliptical use of the word in association with insurance services. A letter dated April 6, 1990 from the applicant’s counsel to the respondent was included in the evidence at the hearing before me, and lists a number of registered trade marks which include the word “PLAN”.... In light of this, it was incumbent upon the Registrar, in rejecting the application, to reconcile these inconsistencies to some extent.

(See also *Imperial Tobacco Ltd. v. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 483 (F.C.T.D.), per Justice Joyal at paragraphs 20–21.)

[39] Accordingly, this Court is of the view that if these other trade-mark registrations which incorporate some of the same elements as the proposed trade-marks had been presented to the Registrar, the decision of the Registrar would have had to consider them. In this way, this new evidence would have materially affected the Registrar’s decision, but not necessarily his final conclusion. In other words, the new evidence “put quite a different light on the record” before the Registrar: *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, per Justice Binnie at paragraph 35.

[40] With respect to new evidence filed by the applicant in the affidavit of Ms. Jobson with respect to dictionary definitions of “mark” and “report”, the Court does not consider these dictionary definitions to be new evidence which would have materially affected the Registrar’s decision. The definitions of these common words would have been well-known to the Registrar when he made his decision.

[41] The applicant has augmented its submissions before the Court with respect to the issue of acquired distinctiveness by disclosing HRA’s sales figures for the years 2002 to 2007 and attaching a number of exhibits to the affidavit of Mr. Dix that purport to demonstrate substantive use of the proposed trade-marks since 2000. A number of these exhibits do not reveal the proposed trade-marks before the Court at all, or reveal only one of

[...] la preuve de l’existence d’autres marques censément analogues, annoncées et approuvées sera considérée comme pertinente dans les cas où le refus d’enregistrer repose sur le raisonnement avancé par l’intimé en l’espèce, savoir que le mot « PLAN » est un emploi elliptique du mot en liaison avec des services d’assurance. Une lettre de l’avocat de la requérante à l’intimé, datée du 6 avril 1990, a été jointe aux éléments de preuve présentés à l’audience où j’ai siégé; cette lettre énumère un certain nombre de marques de commerce enregistrées dont le nom comprend le mot « PLAN » [...] Compte tenu de ce qui précède, il appartenait au registraire, en rejetant la demande, de concilier dans une certaine mesure ces incohérences.

(Voir également *Imperial Tobacco Ltd. c. Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, 1996 CanLII 3827 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Joyal, aux paragraphes 20 et 21.)

[39] La Cour est donc d’avis que si ces autres marques de commerce enregistrées qui comprennent certains des éléments similaires aux marques de commerce projetées avaient été présentées au registraire, il aurait dû en tenir compte avant de rendre sa décision. Ainsi, la nouvelle preuve aurait eu un effet important sur la décision du registraire, mais pas nécessairement sur sa conclusion finale. En d’autres termes, la nouvelle preuve « apport[e] un éclairage tout à fait nouveau sur le dossier » dont était saisi le registraire : *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, le juge Binnie, au paragraphe 35.

[40] En ce qui concerne la nouvelle preuve produite par la demanderesse au moyen de l’affidavit de M<sup>me</sup> Jobson concernant les définitions de « mark » (marque) et de « report » (rapport) tirées de dictionnaires, la Cour estime que ces définitions ne constituent pas des éléments de preuve additionnels qui auraient eu un effet important sur la décision du registraire. Les définitions de ces mots usuels étaient nécessairement bien connues du registraire lorsqu’il a rendu sa décision.

[41] La demanderesse a présenté des observations supplémentaires devant la Cour au sujet de la question du caractère distinctif en présentant les chiffres de vente pour les exercices 2002 et 2007 et en joignant de nombreuses pièces à l’affidavit de M. Dix qui visent à établir l’emploi à grande échelle des marques de commerce projetées depuis 2000. Certaines de ces pièces ne révèlent aucunement les marques de commerce projetées, ou

the proposed trade-marks in part or in a disjointed form. Further more, most of the exhibits do not relate to the relevant time period for analysing the substantive use of the proposed trade-marks. This new evidence is limited and inadequate for the purposes for which it was tendered. The Court cannot conclude that the new evidence would have materially affected the Registrar's decision.

[42] This Court has previously held that a correctness standard of review should only apply to those findings of fact which the new evidence materially affects, while the other findings of fact remain subject to a reasonableness standard: *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153 (F.C.T.D.), per Justice Evans (as he then was) at paragraph 23. The Court cannot discern how the prior registrations affect the Registrar's finding's with respect to the flag-like design, which he found was not sufficiently dominant to render the proposed trade-marks non-descriptive.

[43] Accordingly, the standard of review in this proceeding shall be correctness with respect to the descriptiveness of the proposed trade-marks in light of the new evidence, but reasonableness with respect to the balance of the Registrar's findings.

Issue No. 2: Whether the Registrar erred by concluding that the applicant's trade-marks were clearly descriptive of the character or quality of the wares or services in association with which the applicant's trade-marks are used?

Position of the applicant—Three submissions

[44] The applicant submits that the proposed trade-marks are not clearly descriptive of their wares or services for the following reasons:

révèlent seulement une seule de ces marques en partie ou de manière décousue. Qui plus est, la plupart des pièces ne portent pas sur la période pertinente pour analyser l'emploi des marques de commerce projetées. Cette preuve additionnelle est limitée et inadéquate à l'égard des objectifs. La Cour ne peut conclure que la nouvelle preuve aurait eu un effet important sur la décision du registraire.

[42] La Cour a précédemment conclu que la norme de la décision correcte devrait uniquement s'appliquer aux conclusions de fait à l'égard desquelles la preuve additionnelle a une incidence, tandis que les autres conclusions de fait demeurent assujetties à la norme de la décision raisonnable : *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.*, 1999 CanLII 8988 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Evans (alors juge à la Section de première instance), au paragraphe 23. La Cour ne peut voir comment les marques de commerce déjà enregistrées pourraient avoir une incidence sur la conclusion du registraire concernant le dessin évoquant le drapeau, selon laquelle le dessin ressemblant à un drapeau n'était pas suffisamment prédominant pour rendre les marques de commerce projetées non descriptives.

[43] Par conséquent, la norme de contrôle dans la présente instance doit être celle de la décision correcte en ce qui concerne le caractère descriptif des marques de commerce proposées compte tenu de la preuve additionnelle, mais celle de la décision raisonnable en ce qui a trait aux autres conclusions du registraire.

Question n° 2 : Le registraire a-t-il commis une erreur en concluant que les marques de commerce de la demanderesse donnaient une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elles sont employées?

Thèse de la demanderesse — trois arguments

[44] La demanderesse allègue que les marques de commerce projetées ne donnent pas une description claire des marchandises ou des services en liaison avec lesquels elles sont employées et ce, pour les raisons suivantes :

No. 1: the proposed trade-marks contain words which form parts of previously accepted trade-mark registrations;

No. 2: the words “report” and “mark” have many meanings; and

No. 3: the flag-like design element of the proposed trade-marks is dominant and renders them non-descriptive.

#### The law

[45] Paragraph 12(1)(b) of the Act prohibits the registration of a trade-mark that is clearly descriptive of its associated wares or services. I repeat this paragraph for ease of reference:

When  
trade-mark  
registrable

**12.** (1) Subject to section 13, a trade-mark is registrable if it is not

...

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively mis-descriptive in the English or French language of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

[46] The purpose of paragraph 12(1)(b) was aptly set out by Justice Cattanach in *GWG Ltd. v. Registrar of Trade Marks* (1981), 55 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), at page 6, where he quotes from the decision in *Eastman Photographic Materials Company Ltd. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.), at page 580, per Lord Herschell:

... any word in the English language may serve as a trade-mark — the commonest word in the language might be employed. In these circumstances it would obviously have

Nº 1 : les marques de commerce projetées contiennent des mots qui font partie de demandes d’enregistrement de marque de commerce précédemment accordées;

Nº 2 : les mots « *report* » (rapport) et « *mark* » (marque) ont plusieurs sens;

Nº 3 : le dessin évoquant le drapeau lié aux marques de commerce projetées est prédominant et rend ces dernières non descriptives.

#### La loi

[45] L’alinéa 12(1)(b) de la Loi interdit l’enregistrement d’une marque de commerce qui donne une description claire des marchandises ou services en liaison avec lesquels elles sont employées. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau cette disposition :

**12.** (1) Sous réserve de l’article 13, une marque de commerce est enregistrable sauf dans l’un ou l’autre des cas suivants :

Marque de  
commerce  
enregistrable

[...]

b) qu’elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donne une description claire ou donne une description fautive et trompeuse, en langue française ou anglaise, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l’égard desquels on projette de l’employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui les produisent, ou du lieu d’origine de ces marchandises ou services;

[46] L’objet de l’alinéa 12(1)(b) a été habilement exposé par le juge Cattanach dans la décision *GWG Ltd. c. Registrar des marques de commerce*, [1981] A.C.F. n° 312 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 38, dans laquelle il cite un extrait de la décision *Eastman Photographic Materials Company Ltd. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.), à la page 580, lord Herschell :

(TRADUCTION) [...] n’importe quel mot de la langue anglaise peut être utilisé comme marque de commerce — on pourrait employer le mot le plus commun. Dans ces circonstances, il

been out of the question to permit a person by registering a trade-mark in respect of a particular class of goods to obtain a monopoly of the use of a word having reference to the character or quality of these goods. The vocabulary of the English language is common property: it belongs alike to all; and no one ought to be permitted to prevent the other members of the community from using for purposes of description a word which has reference to the character or quality of goods.

If, then, the use of every word in the language was to be permitted as a trade-mark, it was surely essential to prevent its use as a trade-mark where such use would deprive the rest of the community of the right which they possessed to employ that word for the purpose of describing the character or quality of goods.

[47] Whether a trade-mark is clearly descriptive is a decision of first impression which requires the ascertainment of the immediate impression created by the mark as a whole in association with the product and by critically analysing the individual words: *Molson Companies Ltd. v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, [1982] 1 F.C. 275 (T.D.), per Justice Cattanach at page 281. The decision maker must also apply common sense in making its determination: *Neptune S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 715, 29 C.P.R. (4th) 497, per Justice Martineau at paragraph 11.

[48] In *John Labatt Ltd. v. Carling Breweries Ltd.* (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (F.C.T.D.), Justice Cattanach set out at paragraphs 26–28 the approach for the Court to follow in determining whether a trade-mark is clearly descriptive:

The word “clearly” in section 12(1)(b) of the Act, which precludes the registration of a trade mark, that is “clearly ... descriptive of the character or quality of the wares ... in association with which it is used or proposed to be used,” is not synonymous with “accurately” but rather the meaning of the word “clearly” in this context is “easy to understand, self-evident or plain”.

It is not a proper approach to the determination of whether a trade mark is descriptive to carefully and critically analyse the words to ascertain if they have alternate implications or alternate implications when used in association with certain wares but rather to look at the words as they are used in association with certain wares and to ascertain what those words in the context

serait évidemment impossible d'accorder à quelqu'un le monopole de l'emploi d'un mot qui réfère à la nature ou à la qualité de certaines marchandises en lui permettant d'enregistrer une marque de commerce concernant une certaine catégorie de marchandises. Les mots de la langue anglaise constituent un bien commun : ils appartiennent également à tous; et personne ne devrait être autorisé à empêcher les autres membres de la communauté d'employer un mot qui réfère à la nature ou à la qualité de marchandises pour les décrire.

S'il est effectivement possible d'utiliser n'importe quel mot à titre de marque de commerce, il est également essentiel d'empêcher l'emploi d'un mot à titre de marque de commerce lorsqu'un tel emploi priverait le reste de la communauté de son droit à utiliser ce mot dans le but de décrire la nature ou la qualité de marchandises.

[47] La question de savoir si une marque donne une description claire est une décision fondée sur la première impression qui exige de faire ressortir l'impression immédiate produite par cette marque dans son ensemble en liaison avec le produit et d'analyser de façon critique chaque mot composant la marque : *Molson Companies Ltd. c. Les Brasseries Carling O'Keefe du Canada Ltée*, [1982] 1 C.F. 275 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Cattanach, à la page 281. Le décideur doit également faire preuve de bon sens en tirant sa conclusion : *Neptune S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 715, le juge Martineau, au paragraphe 11.

[48] Dans la décision *John Labatt Ltd. c. Carling Breweries Ltd.*, [1974] A.C.F. n° 1104 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Cattanach, aux paragraphes 26 à 28 de ses motifs, a exposé la méthode employée par la Cour pour déterminer si une marque de commerce donne une description claire :

Le mot “claire” utilisé à l'article 12(1)(b) de la Loi, qui interdit l'enregistrement d'une marque de commerce constituant “une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises ... en liaison avec lesquelles elle est employée ou à l'égard desquelles on projette de l'employer”, n'est pas synonyme de “précise” mais dans ce contexte, il a plutôt le sens de “facile à comprendre, évidente ou simple”.

Aux fins d'établir si une marque de commerce est descriptive, il ne convient pas de faire une analyse approfondie et critique des mots pour déterminer s'ils comportent d'autres implications lorsqu'on les utilise seuls ou en liaison avec certaines marchandises; ce qu'il faut faire, c'est considérer ces mots tels qu'ils sont utilisés en liaison avec certaines marchandises

in which they are used would represent to the public at large who will see those words and who will form an opinion as to what those words connote.

In short the etymological meaning of the words is not necessarily the meaning of those words used as a trade mark but rather the meaning of those words as used in common parlance for which purpose dictionaries, amongst other means, may be resorted to.

#### First submission by the applicant

The proposed trade-marks contain words which form parts of previously accepted trade-mark registrations

[49] This issue was not raised before the Registrar and accordingly not dealt by the Registrar. The Court will therefore deal with this issue *de novo*.

[50] I reproduce again for convenience the proposed trade-marks which form the subject of this appeal:

THE CANADIAN DIAMOND REPORT 


The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Trade-mark application number 1212232;

THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Trade-mark application number 1212234; and

THE CANADIAN DIAMOND APPRAISAL 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Trade-mark application number 1212235.

[51] The applicant submits that the Registrar has registered 20 trade-marks that it submits contain many of the words present in the proposed trade-marks. To provide one example, the applicant holds trade-mark number 1212233 “THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA”.

et établir ce que ces termes, dans le contexte où ils sont utilisés, représenteraient pour le public en général qui les verra et se formera une idée sur leur connotation.

Bref, le sens étymologique des mots n’est pas nécessairement le sens de ces mots utilisés à titre de marque de commerce mais plutôt dans le langage de tous les jours, et l’on peut à cette fin recourir entre autres outils à des dictionnaires.

#### Premier argument de la demanderesse

Les marques de commerce projetées contiennent des mots qui font partie de demandes d’enregistrement de marque de commerce précédemment accordées.

[49] La question n’a pas été soulevée devant le registraire et ce dernier ne l’a donc pas examinée. La Cour examinera donc cette question *de novo*.

[50] Par souci de commodité, je reproduis à nouveau les marques de commerce projetées qui sont visées par le présent appel :

THE CANADIAN DIAMOND REPORT 


The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Demande d’enregistrement n° 1212232;

THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Demande d’enregistrement n° 1212234;

THE CANADIAN DIAMOND APPRAISAL 

The mark of a diamond that is mined, cut and polished in Canada

Demande d’enregistrement n° 1212235.

[51] La demanderesse soutient que le registraire a enregistré 20 marques de commerce qui contiendraient plusieurs des mots qui font partie des marques de commerce projetées. À titre d’exemple, la demanderesse propose d’examiner la marque de commerce n° 1212233, « THE MARK OF A DIAMOND THAT IS MINED, CUT AND POLISHED IN CANADA ».



[52] While this Court has recognized that the Registrar must consider prior registrations when assessing descriptiveness (*Reed Stenhouse*, above; *Imperial Tobacco*, above) it is trite law that “if the Registrar erred in the past, there is no reason to perpetuate that error”: *Neptune S.A.*, above, at paragraph 22; *John Labatt*, above, at paragraph 45; and *Sherwin Williams Co. of Canada v. Commissioner of Patents*, [1937] Ex. C.R. 205, per Justice Angers at page 207.

[53] This Court cannot escape the conclusion that on first impression of the 1212233 trade-mark, the reader is notified of the inherent quality and characteristic of the ware, in this case a Canadian diamond that is mined, cut and polished in Canada and possesses a certificate of report or appraisal to authenticate its Canadian providence, as it in fact does.

[54] The affidavit of Sampat Poddar, a director of the Canadian Jewellers Association, filed in opposition to the registration of the three trade-marks in issue, deposed at paragraph 12:

Pursuant to the Canadian Diamond Code, Canadian Jewellers who sell diamonds advertised or exhibited as being “Canadian diamonds”, include with the diamond a certificate of origin attesting to the origin of the diamonds as having been mined and optionally cut and polished in Canada....

And at paragraph 13:

I do verily believe that various Canadian jewellers and diamond manufacturers, including members of the Canadian Jewellers Association, identify “Canadian diamonds” in their publication materials as being diamonds that are “mined, cut and polished” in Canada.”

Therefore, Canadian jewellers selling Canadian diamonds include with the diamond a certificate of origin, and in their advertising describe the diamonds as being “mined, cut and polished” in Canada. This evidence suggests to the Court that the applicant’s proposed three trade-marks describe all Canadian diamonds which are certified with either a “report”, a “certificate” or an “appraisal” for a

[52] Bien que la Cour ait reconnu que le registraire doit examiner les enregistrements précédents lorsqu’il évalue le caractère descriptif d’une marque (*Reed Stenhouse*, précité; *Imperial Tobacco*, précité), il est bien établi en droit que « si le registraire a commis une erreur dans le passé, il n’y a pas lieu de la perpétuer » : *Neptune S.A.*, précité, au paragraphe 22; *John Labatt*, précité, au paragraphe 45; et *Sherwin Williams Co. of Canada v. Commissioner of Patents*, [1937] R.C.É. 205, le juge Angers, à la page 207.

[53] La Cour ne peut que conclure qu’à la première impression, la marque de commerce n° 1212233 donne au lecteur la qualité et la caractéristique inhérente des marchandises, c’est-à-dire en l’espèce un diamant qui est extrait d’une mine, taillé et poli au Canada et qui est accompagné d’un certificat, d’un rapport ou d’une évaluation confirmant son authenticité canadienne.

[54] L’affidavit de Sampat Poddar, un administrateur de la Canadian Jewellers Association, produit dans le cadre de la procédure d’opposition à l’encontre de l’enregistrement des trois marques de commerce en cause, prévoit ce qui suit au paragraphe 12 :

[TRADUCTION] Conformément au Code de conduite sur les diamants canadiens, les bijoutiers canadiens qui vendent des diamants commercialisés ou annoncés comme étant des « diamants canadiens » accompagnent le diamant d’un certificat attestant l’origine du diamant, c’est-à-dire précisant qu’il a été extrait d’une mine, taillé et poli au Canada [...]

De plus, le paragraphe 13 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] J’ai toutes les raisons de croire que plusieurs bijoutiers et fabricants de diamants canadiens, y compris des membres de l’Association canadienne des bijoutiers, identifient les « diamants canadiens » dans leurs publications comme étant des diamants qui sont « extraits d’une mine, taillés et polis au Canada ».

Par conséquent, les bijoutiers canadiens vendant des diamants incluent un certificat d’origine lors de la vente d’un diamant et décrivent, dans leurs annonces publicitaires, les diamants comme étant « extraits d’une mine, taillés et polis » au Canada. La preuve laisse entendre à la Cour que les trois marques de commerce projetées de la demanderesse décrivent tous des diamants canadiens

diamond that is “mined, cut and polished” in Canada. The only part of the three proposed trade-marks which is not descriptive is the Canadian flag-like design with a diamond, instead of a maple leaf. However, the Registrar found that this symbol is not a dominant part of the proposed trade-marks.

[55] Even if this Court were to accept that the word “mark” has a diverse range of meanings within the 1212233 trade-mark and the proposed trade-marks in question, the single use of this word is not sufficient in and of itself to render the proposed trade-marks non-descriptive. The proposed trade-marks therefore contain previously registered trade-marks which in the Court’s view are by themselves clearly descriptive.

[56] The Court cannot conclude that the proposed trade-marks are non-descriptive in light of the new evidence. When the Court reads the proposed trade-marks, it is hard to see how they do not clearly describe the wares in question, namely Canadian diamonds and Canadian diamond certificates or reports of authenticity and evaluations or appraisals. The applicant is in the business of distributing Certificates of Authenticity and Certificates of Evaluation. The applicant, along with the majority of the Canadian diamond jewellery industry, voluntarily complies with the Canadian Diamond Code and the Canadian Competition Bureau’s requirement that every Canadian diamond sold in Canada be backed with a certificate or report of Canadian authenticity.

[57] The words “report”, “certificate”, and “appraisal” do not accurately describe the wares in question, but they clearly describe them. There is no other meaning that can be ascribed to those words apart from the clear description of a certificate or report on the diamond’s Canadian origin or its evaluation. In sum, the words “report”, “certificate”, and “appraisal”, are “material to the composition of the goods or products” associated with the trade-mark: *Provenzano v. Registrar of Trade Marks* (1977), 37 C.P.R. (2d) 189 (F.C.T.D.), *per* Justice Addy.

qui sont authentifiés au moyen d’un rapport (*report*), d’un certificat (*certificate*) ou d’une évaluation (*appraisal*) prouvant que le diamant a été « extrait d’une mine, taillé et poli » au Canada. La seule partie des trois marques de commerce projetées qui n’est pas descriptive est le dessin évoquant le drapeau canadien où un diamant a été substitué à la feuille d’érable. Or, le registraire a conclu que ce symbole n’était pas la partie prédominante des marques de commerce projetées.

[55] Même si la Cour acceptait que le mot « *mark* » (marque) avait plusieurs sens en ce qui concerne la marque de commerce n° 1212233 et les marques de commerce projetées en question, la simple utilisation de ce mot n’est pas suffisante en elle-même pour rendre les marques de commerce non descriptives. Les marques de commerce projetées contiennent donc des marques de commerce déjà enregistrées qui, selon la Cour, donnent chacune une description claire.

[56] La Cour ne peut conclure que les marques de commerce projetées ne sont pas descriptives compte tenu de la preuve additionnelle. Lorsque la Cour lit les marques de commerce projetées, il est difficile de voir comment ils ne donnent pas une description claire des marchandises en question, c’est-à-dire des diamants canadiens et des certificats, des rapports d’authenticité et des évaluations concernant les diamants canadiens. La demanderesse s’occupe de la distribution de certificats d’authenticité et de certificats d’évaluation. La demanderesse, ainsi que la majorité de l’industrie canadienne du diamant, se conforment volontairement au Code sur les diamants canadiens et à l’exigence du Bureau de la concurrence du Canada selon laquelle tout diamant canadien vendu au Canada doit être accompagné d’un certificat ou d’un rapport d’authenticité canadienne.

[57] Les mots « *report* » (rapport), « *certificate* » (certificat) et « *appraisal* » (évaluation) ne décrivent pas adéquatement les marchandises en question, mais donnent une description claire de celles-ci. Ces mots ont un seul sens en ce qu’ils donnent une description claire d’un certificat ou d’un rapport portant sur l’origine canadienne du diamant ou d’une évaluation du diamant. En somme, les mots « *report* » (rapport), « *certificate* » (certificat) et « *appraisal* » (évaluation) « se rapporte[nt] à la composition des biens ou du produit » en liaison avec la

[58] For these reasons, on a correctness standard, the Court finds that the state of the register with respect to similar marks cannot render the three proposed new trade-marks non-descriptive and therefore registrable. These marks are clearly descriptive and contrary to paragraph 12(1)(b) of the Act.

#### Second submission by the applicant

The words “report” and “mark” have many meanings

[59] The applicant submits that the words “report” and “mark” have many meanings and as such cannot be clearly descriptive of their associated wares or services. The applicant introduced a number of dictionary definitions in support of its submissions.

[60] As was stated earlier, the definitions of these common words would have been well known to the Registrar when he made his decision. The words in question cannot reasonably bear any other definition in the context of the proposed trade-marks apart from a clear description of the proposed trade-marks’ associated wares and services. Abstract dictionary references, divorced from the context where they are situated, cannot be used to transform a proposed trade-mark that on first impression is clearly descriptive, into one that is not. The Registrar reasonably determined that the words in the proposed trade-marks are clearly descriptive of the proposed trade-marks’ associated wares and services.

#### Third submission by the applicant

The flag-like design element of the proposed trade-marks is dominant and renders them non-descriptive

marque de commerce : *Provenzano c. Registraire des marques de commerce*, [1977] A.C.F. n° 902 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Addy.

[58] Pour ces motifs, selon la norme de la décision correcte, la Cour conclut que l’état du registre en ce qui concerne des marques similaires ne peut rendre les trois marques de commerce projetées non descriptives et donc enregistrales. Ces marques donnent une description claire conformément à l’alinéa 12(1)b) de la Loi.

#### Deuxième argument de la demanderesse

Les mots « *report* » (rapport) et « *mark* » (marque) ont plusieurs sens

[59] La demanderesse soutient que les mots « *report* » (rapport) et « *mark* » (marque) ont plusieurs sens et ne peuvent donc pas donner une description claire des marchandises ou services en liaison avec lesquels ils sont employés. Elle a présenté plusieurs définitions tirées de dictionnaires au soutien de ses prétentions.

[60] Comme il a été mentionné précédemment, le registraire était nécessairement bien au courant des définitions de ces mots communs lorsqu’il a rendu sa décision. Les mots en question ne peuvent raisonnablement avoir un autre sens dans le contexte des marques de commerce projetées que de donner une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels les marques sont employées. Des définitions abstraites tirées de dictionnaires, séparées de leur contexte, ne peuvent être utilisées pour transformer en une marque non descriptive une marque de commerce projetée qui, à la première impression, donne une description claire. Le registraire a raisonnablement conclu que les mots faisant partie des marques de commerce projetées donnent une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels les marques sont employées.

#### Troisième argument de la demanderesse

Le dessin évoquant un drapeau lié aux marques de commerce projetées est prédominant et rend les marques non descriptives

[61] As discussed, the Registrar held that the “flag-like design is not the dominant portion of the Mark and does not prevent the Mark from being clearly descriptive when sounded”. Based on the evidence, the Court finds that this decision was reasonably open to the Registrar and that this aspect of the decision was not affected or could not have been materially affected by the new evidence filed before the Court.

[62] However, in *obiter*, the Court finds that the flag-like design, with a diamond instead of a maple leaf, without the descriptive words being made part of the trade-mark, is registerable. In fact, it has already been registered by the applicant on June 17, 2002. The design can be accompanied with words which state that this is a trade-mark of a Canadian diamond mined, cut and polished in Canada without these words being part of the trade-mark. The flag-like design is the dominant portion of the marks, and the accompanying words which explain the marks do not spoil the marks for registration because those words are not part of the marks.

Issue No. 3: Whether the Registrar erred by concluding that the applicant’s trade-marks were not distinctive?

[63] The applicant submits in the alternative that if the proposed trade-marks are clearly descriptive, they are nevertheless registerable by reason of their distinctiveness.

The law

[64] Subsection 12(2) of the Act excepts clearly descriptive trade-marks from the application of subsection 12(1)(b) of Act if the trade-marks are distinctive. I repeat this subsection for ease of reference:

12. ...

Idem

(2) A trade-mark that is not registerable by reason of paragraph (1)(a) or (b) is registerable if it has been so used in Canada by the applicant

[61] Comme il a été exposé, le registraire a statué que « le dessin ressemblant à un drapeau n’est pas la partie prédominante de la Marque et il n’empêche pas celle-ci de donner une description claire sous sa forme sonore ». Compte tenu de cette preuve, la Cour juge que le registraire pouvait raisonnablement arriver à cette décision et que la nouvelle preuve dont la Cour a été saisie n’a eu aucun effet ou n’aurait pas pu avoir d’effet sur cet aspect de la décision.

[62] Toutefois, dans une opinion incidente, la Cour conclut que le dessin évoquant un drapeau, où un diamant a été substitué à la feuille d’érable, sans les termes descriptifs qui font partie des marques de commerce, est enregistrable. En fait, ce dessin a déjà été enregistré au nom de la demanderesse le 17 juin 2002. Le dessin peut être accompagné de mots qui indiquent qu’il s’agit d’une marque de commerce en liaison avec des diamants canadiens qui sont extraits, taillés et polis au Canada sans que ces mots fassent partie de la marque de commerce. Le dessin évoquant un drapeau est la partie prédominante de la marque et les mots l’accompagnant qui expliquent la marque n’empêchent pas qu’elle soit enregistrée parce que ces mots ne font pas partie de la marque.

Question n° 3 : Le registraire a-t-il commis une erreur en concluant que les marques de commerce de la demanderesse n’étaient pas distinctives?

[63] La demanderesse soutient que même si les marques de commerce projetées donnent une description claire, elles sont enregistrables en raison de leur caractère distinctif.

La loi

[64] Selon le paragraphe 12(2) de la Loi, une marque de commerce qui donne une description claire n’est pas assujettie à l’alinéa 12(1)b) de la Loi si cette marque est devenue distinctive. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau ce paragraphe :

12. [...]

Idem

(2) Une marque de commerce qui n’est pas enregistrable en raison de l’alinéa (1)a) ou b) peut être enregistrée si elle a été employée au

or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of filing an application for its registration.

[65] The Act defines “distinctive” in section 2 of the Act as follows:

Definitions

2. ...

“distinctive”, in relation to a trade-mark, means a trade-mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them;

[66] The applicant submits that the date for considering the distinctiveness of the proposed trade-marks is November 9, 2005, the date of the filing of the statement of opposition. The applicant relies on the Federal Court of Appeal’s decision in *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.* (1991), 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.), at page 424 in support of its argument. A more recent decision of the Court in *Molson Breweries*, above, held at paragraph 56 that notwithstanding the prior jurisprudence, the Act was clear that the date for considering the application of subsection 12(2) of the Act is the date of filing of an application for registration. Accordingly, the date for considering distinctiveness is April 4, 2004.

[67] This Court has held that the Registrar must determine the distinctiveness of a proposed trade-mark notwithstanding its decision with respect to other grounds of non-registrability: *Canadian Council of Professional Engineers v. APA — Engineered Wood Assn.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 239 (F.C.T.D.), per Justice O’Keefe, at paragraph 49.

[68] Justice de Montigny recently set out the test for distinctiveness in *Drolet v. Stiftung Gralsbotschaft*, 2009 FC 17, [2010] 1 F.C.R. 492 at paragraph 169:

To be distinctive, a trade-mark must meet three tests: (1) the trade-mark must be associated with a product; (2) the owner must use this association between the trade-mark and his product

Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive à la date de la production d’une demande d’enregistrement la concernant.

[65] L’article 2 de la Loi définit « distinctive » comme suit :

2. [...]

Définitions

« distinctive » Relativement à une marque de commerce, celle qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d’autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi.

[66] La demanderesse soutient que la date pour examiner le caractère distinctif des marques de commerce projetées est le 9 novembre 2005, soit la date de production de la déclaration d’opposition. La demanderesse s’appuie sur la décision de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 546 (C.A.) (QL) pour étayer son argument. Dans une décision plus récente rendue par la Cour dans l’affaire *Brasseries Molson*, précitée, on a conclu, au paragraphe 56, que malgré la jurisprudence antérieure, la date pour examiner l’application du paragraphe 12(2) de la Loi est la date de la production de la demande d’enregistrement. La date pour établir le caractère distinctif en l’espèce est donc le 4 avril 2004.

[67] La Cour a conclu que le registraire doit déterminer le caractère distinctif d’une marque de commerce projetée nonobstant sa décision à l’égard des autres motifs de non-enregistrabilité : *Conseil canadien des ingénieurs professionnels c. APA — Engineered Wood Assn.*, 2000 CanLII 15543 (C.F.), le juge O’Keefe, au paragraphe 49.

[68] Le juge de Montigny a récemment établi le critère du caractère distinctif dans la décision *Drolet c. Stiftung Gralsbotschaft*, 2009 CF 17, [2010] 1 R.C.F. 492, au paragraphe 169 :

Pour être distinctive, une marque de commerce doit remplir trois conditions : 1) la marque doit être associée à un produit; 2) le propriétaire doit utiliser cette association entre la marque

and sell this product or service; and (3) this association must allow the owner of the trade-mark to distinguish his product from those of other owners: see *Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 254 (F.C.T.D.). It is in relation to the Canadian market that these three tests must be applied: see *Tommy Hilfiger Licensing Inc. v. Produits de Qualité I.M.D. Inc.*, 2005 FC 10, 37 C.P.R. (4th) 1.

[69] There are two types of distinctiveness, inherent and acquired. The Registrar held that a clearly descriptive trade-mark is inherently non-distinctive. The applicant has offered no new evidence to contest this finding and relies on the same submissions that were made on the issue of descriptiveness. The Court concludes for the same reasons that were given in the previous section that the Registrar correctly determined that the proposed trade-marks were not inherently distinctive.

[70] The principal issue before the Court is whether the proposed trade-marks are registrable pursuant to subsection 12(2) of the Act because of their acquired distinctiveness. In *Molson Breweries*, above, Justice Rothstein held at paragraph 54 that “the applicant under subsection 12(2) must show ... that the trade-mark it seeks to register, although it may be descriptive, has acquired a dominant secondary or distinctive meaning in relation to the wares or services of the applicant”: see also *Matol Biotech Laboratories Ltd. v. Jurak Holdings Ltd.*, 2008 FC 1082, 299 D.L.R. (4th) 130, *per* Justice Lemieux at paragraph 63.

## ANALYSIS

[71] On the issue of acquired distinctiveness the Registrar determined that there was insufficient evidence to establish that the proposed trade-marks had become distinctive through substantial use or promotion. The only evidence before the Registrar consisted of the affidavits of Mr. Ariel and the attached exhibits which showed printouts of point-of-sale advertisements used by the applicant since April 2001 which incorporated the three proposed trade-marks. In contrast, the reply affidavit

et son produit et vendre ce produit ou ce service; et 3) cette association doit permettre au propriétaire de la marque de distinguer son produit de ceux des autres propriétaires : voir *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 254 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). C’est en rapport avec le marché canadien que doit être évalué le respect de ces trois conditions : voir *Tommy Hilfiger Licensing Inc. c. Produits de Qualité I.M.D. Inc.*, 2005 CF 10.

[69] Le caractère distinctif peut être inhérent ou acquis. Le registraire a conclu qu’une marque de commerce qui donne une description claire est intrinsèquement non distinctive. La demanderesse n’a produit aucun nouvel élément de preuve pour contester cette conclusion et s’appuie sur les mêmes observations qui ont été faites relativement à la question du caractère descriptif. La Cour conclut que pour les mêmes motifs invoqués précédemment, le registraire a correctement statué que les marques de commerce projetées n’étaient pas intrinsèquement distinctives.

[70] La principale question dont est saisie la Cour est de savoir si les marques de commerce projetées sont enregistrables conformément au paragraphe 12(2) de la Loi parce qu’elles ont acquis un caractère distinctif. Dans l’arrêt *Brasseries Molson*, précité, le juge Rothstein a conclu, au paragraphe 54 de ses motifs, que « sous le régime du paragraphe 12(2), le requérant doit prouver que la marque de commerce qu’il veut enregistrer, bien qu’elle puisse être descriptive, a acquis une signification seconde et distinctive prépondérante en liaison avec ses marchandises ou ses services » : voir également *Matol Biotech Laboratories Ltd. c. Jurak Holdings Ltd.*, 2008 CF 1082, le juge Lemieux, au paragraphe 63.

## ANALYSE

[71] S’agissant de la question du caractère distinctif acquis, le registraire a conclu que la preuve était insuffisante pour conclure que les marques de commerce projetées étaient devenues distinctives par un emploi ou une promotion à grande échelle. La seule preuve dont a été saisi le registraire était les affidavits de M. Ariel et les pièces jointes, soit des imprimés de publicités faites aux points de vente utilisées par la demanderesse depuis avril 2001 qui arboraient les trois marques de commerce projetées. En revanche, l’affidavit en réponse de M<sup>me</sup> Cheng

by Ms. Cheng provided evidence of the non-use of the proposed trade-marks in the applicant's Web site.

[72] Mr. Dix's new evidence of substantive use is not, despite the applicant's submissions to the contrary, sufficiently probative to justify the Court's intervention. The new evidence before the Court consists of :

1. HRA sales figures for the Canadian Diamond Certificate Product Line from 2002 to 2007;
2. A photocopy of the top of a ring box which has been used since 2005 which uses a part of the 1212234 proposed trade-mark;
3. A copy of a certificate of origin sold by Ben Moss Jewellers since 2007, titled "THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE" and adorned with the flag-like design;
4. A copy of a certificate of origin sold with all HRA diamonds from 2001 to 2006, containing the same words as the previous example;
5. An HRA marketing brochure distributed from 2001 to 2006 which incorporates the 1212234 proposed trade-mark in a disjointed form;
6. An undated marketing brochure for HRA's "Glacier Fire" line of products which includes a variation of the 1212234 proposed trade-mark;
7. An advertisement in a 2008 issue of *NUVO* magazine which uses the 1212234 proposed trade-mark, which according to the affiant has appeared in every issue of *NUVO* since 2003;
8. An HRA marketing brochure distributed since 2004 which incorporates parts of the 1212234 proposed trade-mark.

[73] Most of the evidence relates to use after April 4, 2004, which is outside the relevant period of consideration. The remainder includes only parts, or disjointed

contenait une preuve du non-usage des marques de commerce projetées sur le site Web de la demanderesse.

[72] Les nouveaux éléments de preuve présentés par M. Dix concernant l'emploi à grande échelle ne sont pas, malgré les arguments contraires de la demanderesse, suffisamment probants pour justifier l'intervention de la Cour. Les nouveaux éléments de preuve soumis à la Cour sont les suivants :

1. les chiffres de vente de HRA de 2002 à 2007 concernant la gamme de produits composés de certificats de diamants canadiens;
2. une photocopie du couvercle d'un écrin de bague utilisé depuis 2005 sur lequel figure une partie de la marque de commerce projetée 1212234;
3. une copie d'un certificat d'origine vendu par Ben Moss Jewellers depuis 2007, intitulé « THE CANADIAN DIAMOND CERTIFICATE » et arborant le dessin évoquant un drapeau;
4. une copie d'un certificat d'origine vendu avec tous les diamants de HRA de 2001 à 2006 sur lequel figurent les mêmes termes que l'exemple précédent;
5. une brochure publicitaire distribuée de 2001 à 2006 sur laquelle figure la marque de commerce projetée 1212234 de manière décousue;
6. une brochure publicitaire non datée pour la gamme de produits « Glacier Fire » de HRA sur laquelle figure une variante de la marque de commerce projetée 1212234;
7. une annonce publicitaire dans un numéro 2008 du magazine *NUVO* où la marque de commerce projetée 1212234 est employée et qui, selon l'auteur de l'affidavit, figure dans tous les numéros de *NUVO* depuis 2003;
8. une brochure publicitaire distribuée depuis 2004 sur laquelle figurent des parties de la marque de commerce projetée 1212234.

[73] La plupart des éléments de preuve portent sur l'emploi des marques après le 4 avril 2004, soit une date qui se situe en dehors de la période pertinente. Les autres

parts of the 1212234 proposed trade-mark. The new evidence does not reveal any use of the 1212232 and 1212235 proposed trade-marks. The only evidence which shows use of the 1212234 proposed trade-mark as it was presented to the Registrar and this Court is the advertisement in the 2008 issue of *NUVO* magazine, which the affiant, Mr. Dix deposes has been replicated consistently since 2003.

[74] There has to be very strong evidence to show that the proposed trade-marks were distinctive at the time of the application. Subsection 12(2) of the Act is an exceptional provision which places a “heavy onus” on the applicant to demonstrate the proposed trade-marks’ acquired distinctiveness: *Molson Breweries*, above, at paragraph 53. The evidence before the Court on this point is inadequate and insufficient. There is no evidence to show the use of the 1212232 and 1212235 proposed trade-marks. Most of the evidence with respect to the 1212234 proposed trade-mark is either out-of-date or not relevant in that it uses a variation or a disjointed form of this trade-mark. The only relevant and proper evidence of use, the 2008 *NUVO* magazine advertisement, assuming that Mr. Dix’s uncontradicted evidence on the replication of this advertisement in earlier issues of this magazine is correct, cannot by itself or in combination with the HRA sales figures constitute substantive use such that the proposed trade-marks have acquired distinctiveness within the parameters of subsection 12(2) of the Act.

[75] When enacting subsection 12(2) of the Act, Parliament did not intend that the mere demonstrated use of a proposed trade-mark, or part of the proposed trade-mark in a disjointed form, would be sufficient to guarantee an exception from the application of paragraph 12(1)(b) of the Act for the proposed trade-mark and any other related proposed trade-marks. The Court concludes on a *de novo* basis and on a correctness standard that the applicant has provided insufficient evidence to demonstrate substantive use of the proposed trade-marks, and the applicant has not shown that the proposed trade-marks have acquired distinctiveness. Accordingly the

éléments de preuve contiennent seulement des parties ou des parties décousues de la marque de commerce projetée 1212234. Les nouveaux éléments de preuve ne révèlent aucun emploi des marques de commerce projetées 1212232 et 1212235. Le seul élément de preuve qui révèle l’emploi de la marque de commerce projetée 1212234 telle qu’elle a été présentée au registraire et à la Cour est la publicité dans le numéro de 2008 du magazine *NUVO*, laquelle, selon l’auteur de l’affidavit, a été reproduite de façon constante depuis 2003.

[74] Il doit exister des éléments de preuve très solides pour établir que les marques de commerce projetées étaient distinctives au moment de la demande d’enregistrement. Le paragraphe 12(2) de la Loi est une disposition exceptionnelle qui impose une « charge lourde » à la demanderesse, laquelle doit démontrer que les marques de commerce projetées ont acquis un caractère distinctif : *Brasseries Molson*, précité, au paragraphe 53. La preuve dont est saisie la Cour à ce sujet est inadéquate et insuffisante. Il n’y a aucune preuve qui établit l’emploi des marques de commerce projetées 1212232 et 1212235. La majorité des éléments de preuve relatifs à la marque de commerce projetée 1212234 ne portent pas sur la période pertinente ou ne sont pas pertinents puisqu’ils utilisent une variante ou une forme décousue de cette marque. La seule preuve d’emploi pertinente et adéquate, soit la publicité dans le numéro de 2008 du magazine *NUVO*, en supposant que le témoignage non contesté de M. Dix concernant l’utilisation constante de cette publicité dans des numéros antérieurs de ce magazine soit exact, ne peut en elle-même, ou combinée aux chiffres de vente de HRA, établir un emploi à grande échelle ayant permis aux marques de commerce projetées de devenir distinctives selon les conditions du paragraphe 12(2) de la Loi.

[75] Le législateur, lors de l’adoption du paragraphe 12(2) de la Loi, n’a pas voulu que la simple preuve d’emploi d’une marque de commerce projetée, ou d’une partie d’une marque de commerce projetée sous une forme décousue, soit suffisante pour garantir l’application de l’alinéa 12(1)(b) de la Loi à toute marque de commerce projetée ou à toute autre marque de commerce projetée connexe. La Cour conclut en reprenant l’affaire depuis le début et selon la norme de la décision correcte que la demanderesse n’a pas fourni une preuve suffisante pour établir l’emploi à grande échelle des marques de commerce projetées, et la demanderesse n’a pas



proposed trade-marks are not registrable on this basis, and the appeal must be dismissed.

## CONCLUSION

[76] The Court concludes that these proposed trade-marks are “clearly” descriptive and contrary to the intention of Parliament in paragraph 12(1)(b) of the Act. The applicant acknowledges that it cannot own a trade-mark for the actual words in its proposed trade-marks. The applicant disclaims virtually every word.

[77] The only unique feature of the proposed trade-marks is the flag-like design with a diamond, instead of a maple leaf. However, this design is relatively small compared to the capital block words in the proposed trade-marks, and the Registrar reasonably held that the flag-like design is not a dominant feature of the proposed trade-marks.

[78] The proposed trade-marks clearly describe certified Canadian diamonds or wares or services associated with Canadian diamonds. Seeking such a trade-mark for a Canadian diamond is analogous to seeking a trade-mark such as “THE COFFEE SHOP” for a coffee shop.

[79] Counsel for the applicant canvassed the jurisprudence which provides examples of trade-mark registrations which are descriptive. Each case turns on the evidence, and whether there was opposition. With respect, I would not have followed the line of thinking in many of these cases. I do not think it reflects the intention of Parliament in paragraph 12(1)(b). Counsel for the applicant ably demonstrated to the Court that the jurisprudence goes both ways. That is the difficulty with this area of the law. Accordingly, I consider some of the jurisprudence in this particular area of trade-mark law to be inconsistent.

démontré que les marques de commerce projetées ont acquis un caractère distinctif. Par conséquent, les marques de commerce projetées ne sont pas enregistrables pour ce motif, et l’appel doit être rejeté.

## CONCLUSION

[76] La Cour conclut que ces marques de commerce projetées donnent une description « claire » et qu’elles sont contraires à l’intention du législateur à l’alinéa 12(1)b) de la Loi. La demanderesse reconnaît qu’elle ne peut être propriétaire d’une marque de commerce pour les mots qui la composent. La demanderesse s’est désistée à l’usage de presque tous les mots.

[77] La seule caractéristique unique des marques de commerce projetées est le dessin évoquant un drapeau où un diamant a été substitué à la feuille d’érable. Toutefois, ce dessin est relativement petit comparativement aux termes en grosses capitales dans les marques de commerce projetées, et le registraire a raisonnablement conclu que le dessin évoquant un drapeau n’était pas une caractéristique prédominante des marques.

[78] Les marques de commerce projetées donnent une description claire des diamants canadiens certifiés ou des marchandises ou des services liés à des diamants canadiens. Demander l’enregistrement d’une telle marque de commerce en liaison avec des diamants canadiens est l’équivalent de demander l’enregistrement d’une marque de commerce comme « THE COFFEE SHOP » (LE CAFÉ-RESTAURANT) en liaison avec un café-restaurant.

[79] L’avocate de la demanderesse a examiné la jurisprudence qui fournit des exemples d’enregistrements de marques de commerce qui sont descriptives. Chaque décision repose sur la preuve et sur la question de savoir s’il y a opposition. En toute déférence, je n’aurais pas suivi le raisonnement adopté dans plusieurs de ces décisions. Je ne pense pas qu’un tel raisonnement reflète l’intention du législateur à l’alinéa 12(1)b). L’avocate de la demanderesse a habilement démontré à la Cour que la jurisprudence étaye les deux points de vue. C’est la difficulté avec ce domaine du droit. Par conséquent, j’estime que certaines décisions en matière de marques de commerce se contredisent.

[80] Moreover, the fact that the Registrar has allowed other registrations, which may not pass muster before me, does not entitle the applicant to a new registration. The law is the law regardless of inadvertent breaches in the past.

[81] This appeal is similar to the appeal before Mr. Justice Fred Gibson in *Best Canadian Motor Inns Ltd. v. Best Western International, Inc.*, 2004 FC 135, [2004] 3 F.C.R. 114. In that case, the proposed trade-mark “Best Canadian Motor Inns” with a Canadian flag was held to be clearly descriptive of a Canadian motor inn. Justice Gibson interpreted the intention of Parliament in paragraph 12(1)(b) of the Act and held at paragraph 35:

It was open to Parliament to provide an exception to paragraph 12(1)(b) of the Act in respect of design marks that include words that are a dominant feature of the marks as I find to be the case in this matter.

But Parliament did not. Instead Parliament saw fit to provide an exception to the general rule of paragraph 12(1)(b) under subsection 12(2) for a different purpose, promoting the registration of trade-marks that have inherent or acquired distinctiveness. Justice Gibson describes the exception that Parliament chose not to enact at paragraph 36:

The foregoing clearly demonstrates an option that was open to Parliament at the time the Act was enacted and that has remained open to Parliament since that time. That option would have been, and remains, to add an additional exception to the application of paragraph 12(1)(b) for design marks that include words as a dominant feature so that, as with at least some design marks that have no dominant word element, they would not have to meet the “sounded” test on the basis of the word elements.

[82] Similarly, the Registrar found that the words in the proposed trade-marks at issue are the dominant feature of the marks, and that the Canadian flag-like design is not dominant and does not prevent the proposed trade-marks as a whole from being clearly descriptive when sounded out. The applicant acknowledges that the words in the proposed trade-marks describe the Canadian diamonds and diamond services and wares, are not registrable in

[80] De plus, le fait que le registraire a admis d’autres demandes d’enregistrement, qui pourraient ne pas résister à un examen de ma part, ne signifie pas nécessairement que les marques de la demanderesse doivent être enregistrées elles aussi. La loi reste la loi peu importe si des violations involontaires ont été commises dans le passé.

[81] Le présent appel est similaire à l’appel dont a été saisi le juge Fred Gibson dans l’affaire *Best Canadian Motor Inns Ltd v. Best Western International, Inc.*, 2004 CF 135, [2004] 3 R.C.F. 114. Dans cette affaire, le juge Gibson a jugé que la marque de commerce projetée « Best Canadian Motor Inns » arborant un drapeau canadien donnait une description claire des services de la demanderesse. Le juge Gibson a interprété l’intention du législateur à l’alinéa 12(1)(b) de la Loi et a conclu comme suit au paragraphe 35 :

Il était loisible au législateur de prévoir une exception à l’alinéa 12(1)(b) de la Loi à l’égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante des marques comme c’est, selon moi, le cas en l’espèce.

Mais le législateur ne l’a pas fait. Il a plutôt décidé de prévoir une exception à la règle générale de l’alinéa 12(1)(b) en vertu du paragraphe 12(2) pour une raison différente, soit promouvoir l’enregistrement de marques de commerce qui ont un caractère distinctif inhérent ou acquis. Au paragraphe 36, le juge Gibson décrit l’exception que le législateur a décidé de ne pas édicter :

Ces extraits démontrent clairement l’existence d’une option dont aurait pu se prévaloir le législateur lorsqu’il a édicté la Loi, et cette option existe toujours. Le législateur avait, et a toujours, la possibilité d’ajouter une exception additionnelle à l’alinéa 12(1)(b) à l’égard des dessins-marques comprenant des mots qui constituent une caractéristique dominante de façon que, comme c’est le cas du moins à l’égard de certaines marques qui n’ont pas de mot dominant, elles n’aient pas à satisfaire au critère « sonore » sur le fondement des mots.

[82] De même, le registraire a conclu que les mots dans les marques de commerce projetées en cause sont des caractéristiques prédominantes des marques et que le dessin ressemblant à un drapeau n’est pas la partie prédominante des marques de commerce projetées et il n’empêche pas celles-ci de donner une description claire sous leur forme sonore. La demanderesse reconnaît que les mots dans les marques de commerce projetées donnent

themselves partly because they are in the public domain and partly because they are descriptive. These proposed trade-marks describe diamonds with a pure Canadian pedigree, and with a report or a certificate or an appraisal.

[83] It is my view that this area of trade-mark law needs to be approached with caution. The cases are inconsistent, and good counsel, such as Ms. MacDonald before me on behalf of the applicant, can bring cases to my attention proving both sides of the issue. Parliament intended in paragraph 12(1)(b) that a trade-mark which clearly describes the goods for which the trade-mark is sought is not entitled to be registered notwithstanding outlying decisions which allowed clearly descriptive trade-marks to be registered, or the fact that similar goods have been granted a similar trade-mark from the Registrar in the past.

[84] I therefore conclude that trade-mark application numbers 1212232, 1212234, and 1212235 are “clearly descriptive of their wares and services”, and have not become distinctive. The proposed trade-marks are inherently non-distinctive since they are clearly descriptive of their associated wares and services. The applicant has not offered sufficient evidence to demonstrate that the proposed trade-marks have acquired distinctiveness despite their clear descriptiveness. While the Court concludes that the applicant has used the proposed trade-marks in the relevant period, the nature of the evidence was not sufficiently probative to overcome the prohibition in paragraph 12(1)(b). The Registrar’s decision is therefore upheld. The Court does not need to consider the other grounds raised by the applicant in the alternative.

une description des diamants canadiens et des services et marchandises liés aux diamants ne sont pas enregistrables eux-mêmes en partie parce qu’ils font partie du domaine public et en partie parce qu’ils sont descriptifs. Ces marques de commerce projetées donnent une description de diamants canadiens authentiques accompagnés d’un rapport, d’un certificat ou d’une évaluation.

[83] À mon avis, cet aspect du droit des marques de commerce doit être abordé avec circonspection. Il n’y a pas de consensus au sein de la jurisprudence et il existe suffisamment de décisions d’un côté comme de l’autre permettant à un bon avocat, comme M<sup>me</sup> MacDonald qui agit au nom de la demanderesse, de prouver les deux positions. L’intention du législateur à l’alinéa 12(1)b) selon lequel une marque de commerce qui donne une description claire des produits à l’égard desquels on projette d’employer la marque n’est pas enregistrable nonobstant les décisions existantes ayant accordé l’enregistrement de marques de commerce donnant une description claire ou le fait que l’enregistrement d’une marque de commerce employée en liaison avec des produits similaires a été accordé par le registraire dans le passé.

[84] Par conséquent, je conclus que les demandes d’enregistrement 1212232, 1212234 et 1212235 « donnent une description claire des marchandises et des services en liaison avec lesquels elles sont employées » et ne sont pas devenues distinctives. Les marques de commerce projetées ne sont pas intrinsèquement distinctives puisqu’elles donnent une description claire des marchandises et des services avec lesquels elles sont employées. La demanderesse n’a pas fourni une preuve suffisante pour établir que les marques de commerce projetées ont acquis un caractère distinctif même si elles donnaient une description claire. Bien que la Cour conclut que la demanderesse a employé les marques de commerce au cours de la période pertinente, la nature de la preuve n’était pas suffisamment probante pour déroger à l’interdiction de l’alinéa 12(1)b). La décision du registraire est donc confirmée. Il n’est pas nécessaire que la Cour examine les autres motifs subsidiaires soulevés par la demanderesse.

[85] The appeal is therefore dismissed without costs. There are no costs since the respondent did not participate in this appeal.

[85] L'appel est donc rejeté sans frais. Il n'y a aucuns frais puisque la défenderesse n'a pas participé au présent appel.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

The appeal is dismissed without costs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

L'appel est rejeté sans frais.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

#### Security Certificate

Appeal from Federal Court decision (2010 FC 870) dismissing appellant's application to "review" release conditions under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 82(4) or alternatively to "vary" terms, conditions of release under s. 82.1(1)—Federal Court certifying two questions regarding review of release conditions—Appellant subject to security certificate, released from detention on conditions since reviewed on regular basis—Present application for review brought prematurely, before expiry of six months from day on which appellant's last review order issued—Federal Court not misconstruing Act, s. 82.1, phrase "conclusion of the preceding review" in s. 82(4)—Deeming provision in s. 82.1(2) having limited application because, although variation based on material change in circumstances may be sought at any time, it was thought logical, given close connection between review, variation proceedings, to compute six-month time period for next review by referring to date of order—This was achieved by deeming preceding review under Act, s. 82(2), (3) or (4) to have concluded on day on which variation decision made rather than earlier date when decision on preceding review in fact made—Absent clear indication to contrary, reference to "decision made under subsection (1)" in Act, s. 82.1(2) is to decision made under provision in which reference occurs, i.e. s. 82.1(1)—Nothing in Act displacing this interpretative presumption—Appellant's argument that "conclusion of the preceding review" ordinarily understood as close of evidence, pleadings, rejected—Federal Court correctly holding that proceeding concluded at time decision rendered, that appellant failing to demonstrate "material change in circumstances" within meaning of Act, s. 82.1(1)—Appeal dismissed.

JABALLAH (RE) (A-392-10, 2011 FCA 175, Noël J.A., judgment dated May 24, 2011, 10 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Permanent Residents*

Judicial review of 2002 decision by immigration officer refusing application for permanent residence following issuance of security certificate to applicant—Security certificate replaced by further security certificate quashed in 2009—Applicant not notified of refusal of application for permanent residence—Believing application held in "pending" status until quashing of certificates—Issues whether applicant should be granted extension of time to bring present application for judicial review; whether officer's decision should be set aside on basis quashing of security certificate rendering decision null, or whether officer's decision should be reopened on basis that his failure to consider quashing of security certificate breach of natural justice—Extension of time granted—Applicant meeting *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.) test for granting extension of time: application having merit, no prejudice arising to respondent from delay, misunderstanding about status of application reasonable explanation as to why applicant not inquiring about application until 2009, failure to check status no indication that applicant not intending to pursue application—Officer's decision not a nullity, natural justice not breached—Basis for officer's

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

decision, i.e. security certificate, no longer existing—However, administrative law principle militating against holding earlier decision to be nullity—Purpose of judicial review to determine whether decision of tribunal reasonable on record before it—Since security certificate before officer valid in 2002, no reviewable error existing—Decision taken before fundamental change in evidence not a nullity or void *ab initio*—Case at bar not involving statutory right of applicant to have decision reopened—No breach of natural justice at time decision made—Remedy available to applicant to bring application for in-Canada landing based on humanitarian and compassionate factors under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25—Application dismissed.

ALMREI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5165-10, 2011 FC 554, Snider J., judgment dated May 16, 2011, 21 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****CHARTER OF RIGHTS***Criminal Process*

Appeal from Federal Court decision (2010 FC 642) dismissing appellants' motion challenging constitutional validity of *Investment Canada Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 28, ss. 39, 40 as violating right to fair hearing, presumption of innocence contrary to *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d)—Act allowing Minister of Industry to review, approve applications from foreign investors wishing to obtain control of major Canadian corporations—S. 39 allowing Minister to demand foreign investor comply with Act, any undertakings made during application process—S. 40 providing Minister may commence action if unsatisfied with investor's response—In present case, Minister advising appellants of their contravention of certain undertakings; demanding, under s. 39 that contraventions cease, default to be remedied—Unsatisfied with appellants' response, Minister bringing proceedings under 40, seeking compliance with undertakings, imposing penalty of \$10 000 per day per breach—Federal Court applying *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541 two-category test to determine applicability of Charter, s. 11(d)—Finding, *inter alia*, that proceeding under s. 40 not criminal proceeding, fine imposed under s. 40 not pointing to public purpose (redress harm caused to society), requirements of natural justice not as stringent as argued by appellants—Whether ss. 39, 40 violating Charter, s. 11(d), Bill of Rights, s. 2(e)—Federal Court not erring in concluding that ss. 39, 40 not fitting within two categories in *Wigglesworth—Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 R.C.S. 737 enunciating following factors to consider when determining whether proceeding criminal by nature: objectives of statute, purpose of sanction, process leading to imposition of sanction—Clear that mere existence of public purpose cannot *per se* be determinant that proceedings criminal—Courts must ask what sort of public purpose legislation addressing—Public purpose pertaining to financial regulations generally administrative, non-penal—Relevant purpose of Act at issue to encourage economic growth, employment opportunities—Proceedings thus not penal—Purpose of Act, s. 40(2)(d) sanction, lack of penal proceedings not suggesting Charter, s. 11 applicability—Use of contempt proceedings under Act, s. 40(4) not suggesting that penalties criminal rather than civil—Appellants only facing contempt proceedings if able but unwilling to pay penalty—Concluding that availability of contempt making civil trial proceedings criminal in nature contrary to wording of Charter, s. 11(d)—Language of Act supporting conclusion that s. 40 proceedings not criminal—Sheer magnitude of monetary penalties not determinative that s. 40 proceedings leading to penal consequences—Statutory power to impose fines with little statutory guidance not subject to Charter, s. 11 if exercised to achieve proper administrative aims—As to violation of Bill of Rights, s. 2(e), appellants vague about what s. 2(e) adding to common law principle that a party should know case to meet, not presenting argument suggesting that *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 inadequate to satisfy s. 2(e) requirements—Purpose of *Federal Courts Rules*, not Act, to provide procedural protections—Appeal dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. UNITED STATES STEEL CORPORATION (A-242-10, 2011 FCA 176, Nadon J.A., judgment dated May 25, 2011, 34 pp.)

## CREDITORS AND DEBTORS

Appeals against Federal Court decision (2009 FC 1121) dismissing applications for judicial review of refusal, on grounds of prematurity, of claims for payment submitted by applicants to Canada Small Business Financing Program for losses sustained when loans applicants granted to small businesses not paid back at maturity—Claims for payment authorized and governed by *Canada Small Business Financing Act*, S.C. 1998, c. 36, while some aspects of administration set out in *Canada Small Business Financing Regulations*, SOR/99-141—Federal Court not erring in interpreting Regulations, s. 37(3)(c)—Considering generality of language of s. 37(3)(c), application of provision not limited to insurance covering lender’s personal liability on account of loan or to insurance protecting hypothecated property—However, two essential conditions must be met for s. 37(3)(c) to apply: policy must be realizable, for lender’s benefit—In case at bar, blanket insurance policy for benefit of appellants in capacity as lenders—Appellants’ insurance company not formally rejecting appellants’ claims, having merely considered claims premature—Program neither guarantee nor surety of loan because Program not providing for reimbursement of loan, but for partial compensation of losses caused by granting loan—Conceiving of Program as guarantee of loan would render s. 37(3)(b) void; paragraph providing lender must realize any guarantee in lender’s favour to minimize losses resulting from loan before lender can benefit from Program—Realization mandatory precondition for Program to grant claim for payment—Federal Court correct in confirming Program authorities’ conclusion that applicants’ claims to Program premature, since Court satisfied, on evidence in record, appellants’ insurance company had not formally notified appellants of refusal to pay—Appeals dismissed.

CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DES CHUTES MONTMORENCY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-472-09, A-473-09, 2011 FCA 166, Létourneau J.A., judgment dated May 16, 2011, 11 pp.)

## INCOME TAX

### REASSESSMENT

Consolidated appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2010 TCC 455) allowing respondents’ (Spence, Ratcliffe) appeals against reassessments under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Respondents sending their children to school where employed for half the tuition fees—Declaring as benefit difference between actual overhead cost per student incurred by school, employee tuition rate paid by respondents—Minister of National Revenue reassessing respondents on basis that benefit received was fair market value of education, minus tuition paid—T.C.C. following *Detchon v. Canada*, [1996] 1 C.T.C. 2475 wherein value of benefit determined to be actual cost of good or service incurred by employer—Appellant contending that T.C.C. should have held that value of benefits was fair market value—Appeal herein governed by *Schroter v. Canada*, 2010 FCA 98, 403 N.R. 83 wherein Court determining that equal treatment of taxpayers facilitated by valuing benefits at fair market value—At issue herein not cost for employer of granting benefit to employees, but value of benefit received by employees—Cost of benefit to employer wrong instrument to assess value of benefit—Respondents providing no evidence that valuation based on fair market value inappropriate—Value assessment based on cost incurred by employer unfair—Appeals allowed.

SPENCE V. CANADA (A-363-10, A-364-10, 2011 FCA 200, Létourneau J.A., judgment dated June 13, 2011, 10 pp.)

Judicial review of second-level decision made by director at Canada Revenue Agency (CRA) refusing applicant’s second-level request for positive exercise of discretion, pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(4.2), seeking relief against normal deadlines for reassessment of income tax returns for reduction of tax payable—Applicant, resident of Newfoundland and Labrador, pleading on own behalf, on behalf of 751 other fish harvesters—In 1999, applicant receiving monies under Government of Canada’s Atlantic Groundfish Licence Retirement Program (AGLRP)—Applicant treating entire payment as capital gain, subsequently learning others taxed on only half of AGLRP payment—Director failing to consider pertinent factors, fettering discretion by treating expiration of deadline for filing notice of objection stated in new information circular (IC07-1) as general rule for denial of relief rather than as guidelines—Decision contrary to guidance in IC07-1, to spirit of Act, s. 152(4.2)—Director’s reasons inadequate since failing to explain why applicant treated differently from other taxpayers—While Director’s decision pursuant to Act, s. 152(4.2) discretionary, must be justified by law—In present case, Director’s reasons lacking justification, transparency, intelligibility—Director’s finding that applicant had filed tax return at issue “appropriately” unreasonable since disregarding fact CRA gave different, contradictory advice as to tax treatment of payment received under AGLRP—Director breaching applicant’s right to procedural fairness by failing to give adequate reasons, by fettering discretion—Application allowed.

WHITE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-348-08, 2011 FC 556, Heneghan J., judgment dated May 16, 2011, 29 pp.)



**TRANSPORTATION**

Motion on consent for preliminary determination of law under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 220 as to whether icebreaking services fee fixed pursuant to *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, s. 47 applying to operations of defendant Detroit-Windsor Truck Ferry Inc. (DWTF)—DWTF providing truck ferry service running on Detroit River between ports of Windsor, Ontario, Detroit, Michigan—Plaintiff commencing action for unpaid icebreaking services fees—Minister of Fisheries and Oceans having authority, pursuant to Act, s. 47 to fix fees to be paid for icebreaking services provided by Canadian Coast Guard—*Icebreaking Services Fee Schedule*, s. 3 providing that fee payable for icebreaking services by ship for each transit to or from Canadian port located in ice zone—Word “transit” defined in Schedule as any movement by ship which includes one port of departure, one port of arrival and no intermediate port calls in between—Definition of “transit”, words in s. 3(1) not alluding to where ship coming from or where it is going but excluding ship remaining entirely within boundaries of single port—Because English version of word “transit” not ambiguous, French version thereof not prevailing—DWTF’s argument that transit must be between two Canadian ports to attract icebreaking fees rejected—Icebreaking services fee applying to DWTF’s operations because movement of tugboat from outside port of Windsor to Windsor, Canadian port of arrival—Same reasoning applying when tugboat’s movement is from port of Windsor to another destination outside port of Windsor—Movements are to or from Canadian port located in ice zone—In both scenarios, movements of DWTF’s tugboat meeting definition of word “transit” in both languages.

CANADA V. MCKEIL MARINE INC. (T-1683-05, 2011 FC 531, Beaudry J., judgment dated May 9, 2011, 22 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

##### Certificat de sécurité

Appel de la décision (2010 CF 870) rejetant la demande présentée par l'appelant en vue du « contrôle » des conditions de la mise en liberté en application de l'art. 82(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, ou, subsidiairement, de la « modification » des conditions de la mise en liberté en vertu de l'art. 82.1(1)—La Cour fédérale a certifié deux questions concernant le contrôle des conditions de la mise en liberté—L'appelant est visé par un certificat de sécurité et a été mis en liberté sous condition; depuis, ces conditions ont fait l'objet d'un contrôle régulièrement—La demande de contrôle en l'espèce a été intentée prématurément, avant l'expiration de la période de six mois suivant le prononcé de la dernière ordonnance de contrôle de l'appelant—La Cour fédérale n'a pas mal interprété l'art. 82.1 de la Loi et l'expression « conclusion du dernier contrôle » paraissant à l'art. 82(4)—La disposition déterminative énoncée à l'art. 82.1(2) est d'application limitée parce que bien qu'une modification reposant sur un changement important des circonstances puisse être sollicitée à tout moment, il était considéré logique, compte tenu du lien étroit entre le contrôle et la modification, de calculer le délai de six mois pour le prochain contrôle à compter de la date de l'ordonnance—Ce résultat a été atteint en tenant pour acquis que la conclusion du dernier contrôle effectué en vertu de l'art. 82(2), (3) ou (4) de la Loi a pris fin le jour où la décision en matière de modification a été prise plutôt qu'à la date antérieure à laquelle la décision relative au dernier contrôle a effectivement été rendue—En l'absence d'indications contraires manifestes, la référence à « la décision visée au paragraphe (1) » à l'art. 82.1(2) s'entend de la décision prise aux termes de la disposition visée par le renvoi, soit l'art. 82.1(1)—Rien dans la Loi n'écarter cette présomption en matière d'interprétation—L'argument de l'appelant selon lequel l'expression « la conclusion du dernier contrôle » s'entend habituellement de la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries a été rejeté—La Cour fédérale a statué à juste titre que l'instance a pris fin lorsque la décision a été prononcée et que l'appelant n'avait pas fait état d'un « changement important des circonstances » au sens de l'art. 82.1(1) de la Loi—Appel rejeté.

JABALLAH (RE) (A-392-10, 2011 CAF 175, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 24 mai 2011, 10 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision rendue en 2002 par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente après qu'un certificat de sécurité a été délivré à l'égard du demandeur—Le certificat de sécurité a été remplacé par un autre certificat de sécurité qui, lui, a été infirmé en 2009—Le demandeur n'avait jamais été avisé du rejet de sa demande de résidence permanente—Il croyait que sa demande était demeurée « pendante » dans l'attente de l'infirmation des certificats de sécurité—Il s'agissait de savoir si le demandeur devait recevoir une prorogation de délai pour déposer la présente demande de contrôle judiciaire; si la décision de l'agent devait être annulée parce que l'infirmation des certificats de sécurité a rendu la décision nulle, ou si la décision de l'agent devait être réexaminée parce qu'il n'avait pas considéré que l'infirmation du certificat

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

de sécurité constituait un manquement à la justice naturelle—La prorogation de délai a été accordée—Le demandeur satisfaisait au critère exposé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.) pour la prorogation de délai : la demande doit revêtir un certain bien-fondé, le délai ne doit pas porter préjudice au défendeur, le malentendu au sujet du statut de la demande semblait expliquer raisonnablement pourquoi le demandeur ne s'était pas informé du statut de sa demande avant 2009 et donc le fait qu'il n'avait pas vérifié le statut de sa demande ne devrait pas être interprété comme l'indication qu'il ne voulait plus poursuivre sa demande—La décision de l'agent n'était pas nulle et il n'y avait pas eu de manquement à la justice naturelle—Le fondement de la décision de l'agent, soit le certificat de sécurité, n'existait plus—Cependant, un principe de droit administratif s'oppose à ce que la décision précédente soit considérée nulle—Le but du contrôle judiciaire est de déterminer si la décision du tribunal était raisonnable en fonction du dossier qui lui a été présenté—Comme le certificat de sécurité dont l'agent était saisi était valide en 2002, il n'y avait aucune erreur susceptible de contrôle—La décision prise avant que ne survienne un changement fondamental de la preuve n'était pas nulle et non avenue—L'espèce ne concernait pas le droit légal du demandeur de faire revoir une décision—Il n'y avait pas eu de manquement à la justice naturelle lorsque la décision a été prononcée—Le recours dont le demandeur peut se prévaloir consiste à présenter une demande d'établissement à l'intérieur du pays fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en application de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Demande rejetée.

ALMREI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5165-10, 2011 CF 554, juge Snider, jugement en date du 16 mai 2011, 21 p.)

## CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Appels à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2009 CF 1121) rejetant les demandes de contrôle judiciaire d'un refus, pour des raisons de prématurité, des demandes d'indemnisation des appelantes faites au Programme de financement des petites entreprises du Canada pour les pertes qu'elles ont subies lorsque les prêts qu'elles avaient consentis à des petites entreprises ne furent pas remboursés à échéance—Les demandes d'indemnisation sont autorisées et régies par la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*, L.C. 1998, ch. 36, dont certains aspects de la mise en œuvre sont confiés au *Règlement sur le financement des petites entreprises du Canada*, DORS/99-141—La Cour fédérale n'a pas erré dans son interprétation de l'alinéa 37(3)c) du Règlement—Compte tenu de la généralité de ses termes, l'alinéa 37(3)c) n'est pas limité, dans son application, à une assurance qui couvre l'obligation personnelle de l'emprunteur au titre du prêt ou une assurance qui protège le bien hypothéqué—Cependant, il existe deux conditions essentielles qui doivent être respectées pour l'application de l'alinéa 37(3)c) : la police doit être réalisable et doit être au bénéfice du prêteur—En l'instance, la police d'Assurance globale est au bénéfice des appelantes en leur qualité de prêteur—La compagnie d'assurance des appelantes n'a pas écarté les demandes de ceux-ci mais les a jugées prématurées—Le Programme n'est ni une garantie, ni une caution du prêt du fait que le Programme ne prévoit pas le remboursement du prêt mais plutôt une indemnisation partielle des pertes occasionnées par l'octroi du prêt—Faire du Programme une garantie du prêt rendrait caduc l'alinéa 37(3)b) du Règlement qui exige, pour réduire les pertes résultant du prêt, que le prêteur réalise toute garantie en sa faveur avant de pouvoir bénéficier du Programme—Il s'agit d'une condition préalable, obligatoire, à l'octroi d'une demande d'indemnisation par le Programme—La Cour fédérale n'a pas erré en éternant la conclusion des autorités du Programme que les demandes des appelantes adressées au Programme étaient prématurées puisque la Cour était satisfaite selon la preuve au dossier que la compagnie d'assurance des appelantes n'avait pas formellement notifié ces dernières de tout refus de les indemniser—Appels rejetés.

CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DES CHUTES MONTMORENCY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-472-09, A-473-09, 2011 CAF 166, juge Létourneau, jugement en date du 16 mai 2011, 11 pp.)

## DROIT CONSTITUTIONNEL

### CHARTRE DES DROITS

#### *Procédures criminelles et pénales*

Appel à l'encontre de la décision (2010 CF 642) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête présentée par les appelantes pour contester la validité constitutionnelle des art. 39 et 40 de la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 28, au motif qu'ils violent le droit à une audience équitable et la présomption d'innocence contrairement à l'art. 2e) de la *Déclaration*

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

*canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, et à l'art. 11*d*) 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 Loi habilite le ministre de l'Industrie à examiner et à approuver des demandes soumises par des investisseurs étrangers qui souhaitent acquiescer le contrôle de sociétés canadiennes d'envergure—L'art. 39 autorise le ministre à exiger que l'investisseur étranger se conforme à la Loi et aux engagements pris pendant le processus de demande—L'art. 40 précise que le ministre peut entreprendre une procédure si la réponse de l'investisseur ne le satisfait pas—En l'espèce, le ministre a informé les appelantes qu'elles contrevenaient à certains de leurs engagements, exigeant, en application de l'art. 39, qu'elles mettent fin à ces contraventions et qu'elles se conforment à la Loi—Non satisfait de la réponse des appelantes, le ministre a engagé une procédure en vertu de l'art. 40 pour obtenir l'observation des engagements et l'imposition d'une amende de 10 000 \$ par jour par violation—La Cour fédérale a appliqué le critère à deux volets formulé dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, pour déterminer l'applicabilité de l'art. 11*d*) de la Charte—Elle a notamment conclu qu'une procédure fondée sur l'art. 40 n'est pas une procédure criminelle et que l'amende imposée en vertu de l'art. 40 ne reflète pas un objectif d'intérêt public (réparer le tort causé à la société), les concepts de justice naturelle n'étant pas aussi rigoureux que ce qu'affirmaient les appelantes—Il s'agissait de savoir si les art. 39 et 40 contreviennent à l'art. 11*d*) de la Charte et à l'art. 2*e*) de la Déclaration des droits—La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les art. 39 et 40 ne cadrent pas dans les deux volets exposés dans l'arrêt *Wigglesworth*—Dans l'arrêt *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, la Cour a énuméré les facteurs suivants dont il faut tenir compte pour établir si une procédure est criminelle de par sa nature : les objectifs de la loi, le but visé par la sanction et le processus menant à la sanction—Il est clair que la simple existence d'un objectif d'intérêt public ne peut pas en soi établir qu'une procédure est criminelle—Les cours doivent s'interroger quant à l'objectif d'intérêt public visé par la législation—L'objectif d'intérêt public qui a trait aux règlements financiers est habituellement de nature administrative et non pénale—L'objet pertinent de la Loi en cause vise à promouvoir la croissance économique et les possibilités d'emploi—Les procédures n'étaient donc pas pénales—L'objet de la sanction prévue à l'art. 40(2)*d*) de la Loi et l'absence de procédures pénales ne donnaient pas à penser que l'art. 11 de la Charte s'appliquait—Le recours à la procédure pour outrage au tribunal prévue à l'art. 40(4) de la Loi ne donne pas à penser que les peines sont de nature criminelles plutôt que civiles—Les appelantes n'étaient exposées à la procédure pour outrage au tribunal que si elles pouvaient, mais ne voulaient pas, payer l'amende—Le fait de conclure que la disponibilité d'une procédure pour outrage au tribunal rend une procédure civile de nature criminelle va à l'encontre du libellé de l'art. 11*d*) de la Charte—Le libellé de la Loi étaye la conclusion portant que les procédures fondées sur l'art. 40 ne sont pas criminelles—L'ampleur considérable des sanctions pécuniaires n'établit pas que les procédures fondées sur l'art. 40 donnent lieu à des conséquences pénales—Le pouvoir conféré par la loi d'imposer des sanctions avec peu de directives n'est pas assujéti à l'art. 11 de la Charte s'il est exercé de façon à atteindre des buts administratifs convenables—S'agissant de l'atteinte à l'art. 2*e*) de la Déclaration des droits, les appelantes n'avaient pas indiqué de façon précise ce que l'art. 2*e*) ajoute au principe de common law portant qu'une partie devrait connaître la preuve à réfuter et n'avaient pas invoqué d'argument établissant que les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, étaient insuffisantes pour satisfaire aux exigences de l'art. 2*e*)—Les *Règles des Cours fédérales*, pas la Loi, ont pour objet d'offrir des protections de nature procédurale—Appel rejeté.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. UNITED STATES STEEL CORPORATION (A-242-10, 2011 CAF 176, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 25 mai 2011, 34 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****NOUVELLES COTISATIONS**

Appels consolidés à l'encontre de la décision (2010 CCI 455) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a accueilli les appels interjetés par les intimés (Spence, Ratcliffe) contre les nouvelles cotisations établies en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Les intimés avaient inscrit leurs enfants à l'école où ils travaillaient et avaient bénéficié d'un escompte de 50 p. 100 sur les frais de scolarité—Ils avaient déclaré à titre d'avantage l'écart entre les frais généraux réels par élève engagés par l'école et le tarif de scolarité des employés payé par les intimés—Le ministre du Revenu national avait établi une nouvelle cotisation à l'égard des intimés au motif que l'avantage reçu correspondait à la juste valeur marchande de l'éducation, moins les frais de scolarité payés—La C.C.I. a suivi l'affaire *Detchon c. Canada*, [1996] 1 C.C.I. 2475, où la Cour avait statué que la valeur d'un avantage correspond au coût réel du bien ou du service engagé par l'employeur—L'appelant affirmait que la C.C.I. aurait dû conclure que la valeur des avantages était la juste valeur marchande—L'appel en l'espèce était régi par l'arrêt *Schroter c. Canada*, 2010 CAF 98, où la Cour a établi que le traitement égal des contribuables est facilité par

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

l'évaluation à leur juste valeur marchande des avantages qu'ils reçoivent—La question en l'espèce n'était pas le coût pour l'employeur de l'avantage conféré aux employés, mais plutôt la valeur de l'avantage reçu par ces derniers—Le coût de l'avantage pour l'employeur n'est pas le bon instrument à utiliser pour évaluer la valeur d'un avantage—Les intimés n'ont produit aucun élément de preuve établissant que l'évaluation fondée sur la valeur marchande était inopportune—L'évaluation de la valeur en fonction du coût engagé par l'employeur est inéquitable—Appels accueillis.

SPENCE C. CANADA (A-363-10, A-364-10, 2011 CAF 200, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13 juin 2011, 10 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision rendue au deuxième palier par un directeur de l'Agence du revenu du Canada (ARC) rejetant la demande présentée au deuxième palier par le demandeur sollicitant l'exercice, en sa faveur, du pouvoir discrétionnaire aux termes de l'art. 152(4.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, en vue d'un recours à l'encontre des délais normaux pour l'établissement de nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu, de manière à réduire l'impôt payable—Le demandeur, un résident de Terre-Neuve-et-Labrador, agissait pour son propre compte et pour le compte de 751 autres pêcheurs—En 1999, le demandeur a touché une somme aux termes du Programme de retrait de permis de pêche du poisson de fond de l'Atlantique (PRPPFFA) du gouvernement du Canada—Le demandeur a traité le paiement intégral à titre de gain en capital, apprenant par la suite que d'autres avaient été imposés à l'égard de seulement la moitié du paiement versé au titre du PRPPFFA—Le directeur n'a pas tenu compte de facteurs pertinents, il a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en traitant l'expiration du délai applicable au dépôt de l'avis d'opposition exposé dans la nouvelle circulaire d'information (IC07-1) en tant que règle générale pour refuser le recours plutôt qu'à titre de ligne directrice—La décision allait à l'encontre des indications énoncées dans la circulaire IC07-1 et de l'esprit de l'art. 152(4.2) de la Loi—Les motifs du directeur étaient insuffisants parce qu'il n'a pas expliqué pourquoi le demandeur a reçu un traitement différent de celui réservé aux autres contribuables—Bien que la décision du directeur rendue en application de l'art. 152(4.2) soit discrétionnaire, elle doit être justifiée en droit—En l'espèce, les motifs du directeur n'étaient pas justifiés, transparents et intelligibles—La conclusion du directeur portant que le demandeur avait produit la déclaration de revenus « correctement » était déraisonnable parce qu'elle faisait abstraction du fait que l'ARC avait donné des conseils différents et contradictoires quant au traitement fiscal réservé au paiement reçu au titre du PRPPFFA—Le directeur a enfreint le droit du demandeur à l'équité procédurale en ne fournissant pas de motifs suffisants et en entravant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Demande accueillie.

WHITE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-348-08, 2011 CF 556, juge Heneghan, jugement en date du 16 mai 2011, 29 p.)

## TRANSPORTS

Requête présentée sur consentement en vue d'obtenir une décision préliminaire sur un point de droit en application de la règle 220 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, quant à la question de savoir si les droits de services de déglacement fixés en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, s'appliquent aux activités de la défenderesse, Detroit-Windsor Truck Ferry Inc. (DWTF)—DWTF fournit un service de traversier pour camions sur la rivière Détroit entre les ports de Windsor, en Ontario, et de Detroit, au Michigan—La demanderesse a intenté une action relativement à des droits de services de déglacement impayés—Le ministre des Pêches et des Océans est habilité, en vertu de l'art. 47, à fixer des droits qui doivent être payés en contrepartie des services de déglacement fournis par la Garde côtière canadienne—L'art. 3 du *Barème des droits pour les services de déglacement* dispose que les droits sont payables, pour des services de déglacement, par un navire pour chaque transit à destination ou en provenance d'un port canadien situé dans la zone des glaces—Le mot « transit » est défini au Barème comme étant un mouvement d'un navire entre un port de départ et un port d'arrivée et sans escale entre les deux—La définition du terme « transit » et des mots employés à l'art. 3(1) ne font pas allusion à la provenance ou à la destination du navire, mais ils excluent le navire qui demeure entièrement dans les limites d'un même port—Parce que la version anglaise du mot « transit » n'est pas ambiguë, la version française n'a pas préséance—L'argument de DWTF selon lequel le transit doit avoir lieu entre deux ports canadiens pour être assujéti aux droits de déglacement a été rejeté—Les droits de services de déglacement s'appliquent aux activités de DWTF parce que le mouvement du remorqueur provient d'un port à l'extérieur de Windsor jusqu'à Windsor, le port d'arrivée canadien—

**TRANSPORTS—Fin**

Le même raisonnement s'applique lorsque le mouvement du remorqueur est en provenance du port de Windsor à destination d'un port à l'extérieur de Windsor—Les mouvements sont à destination ou en provenance d'un port canadien situé dans la zone des glaces—Dans les deux cas, les mouvements du remorqueur de DWTF satisfont à la définition du mot « transit » dans les deux langues.

CANADA C. MCKEIL MARINE INC. (T-1683-05, 2011 CF 531, juge Beaudry, jugement en date du 9 mai 2011, 22 p.)

