



---

**Federal Courts      Recueil des**  
**Reports                décisions des Cours**  
**fédérales**

**2005, Vol. 3, Part 1**

**2005, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2005] 3 F.C.R., 3-238**

**Renvoi [2005] 3 R.C.F., 3-238**

---



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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOVIN, B.Soc.Sc., LL.B.  
SOPHIE DEBANNÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2005.

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOVIN, B.Sc.Soc., LL.B.  
SOPHIE DEBANNÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

*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'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.*

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports may be purchased from: Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario K1A 0S5; Tel: 1-800-635-7943 (Canada & US); Tel: (613) 941-5995 Fax: 1-800-565-7757 (Canada & US); Fax: (613) 954-5779; E-mail: publications@pwgsc.gc.ca <mailto:publications@pwgsc.gc.ca>*

*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: Éditions et services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Direction générale des services d'information du gouvernement, Ottawa (Ontario) K1A 0S5; Téléphone: 1-800-635-7943 (Canada & E.-U.) Téléphone: (613) 941-5995; Télécopieur: 1-800-565-7757 (Canada & E.-U.) Télécopieur: (613) 954-5779 Courriel: publications@tpsgc.gc.ca <mailto:publications@tpsgc.gc.ca>*

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

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

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

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

## CONTENTS

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I
<b>Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) .....</b>	<b>142</b>

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from decision of designated judge denying release from detention under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 84(2)—Refugee detained three years under security certificate—Believed to belong to extremist network supportive of Usama bin Laden—Certificate held reasonable—Ordered deported as member of inadmissible class—Minister admitted initial danger opinion tainted by error—New opinion sought—Whether IRPA, s. 78 in camera, *ex parte* provisions apply to judicial release proceedings—Decision on judicial review of new opinion awaited—Whether right of appeal from decision of designated judge under s. 84(2)—IRPA regime not exempting such decisions from appeal—Important F.C.A. rule on s. 84(2) for uniformity since designated judge not bound by another's decision—Also at

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I
<b>Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.) .....</b>	<b>142</b>

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Appel de la décision du juge désigné rejetant la demande de mise en liberté en application de l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—Le réfugié a été détenu trois ans en vertu d'un certificat de sécurité—Il aurait fait partie d'un réseau de groupes extrémistes soutenant Oussama ben Laden—Le certificat a été jugé raisonnable—Une mesure d'expulsion a été prononcée contre M. Almrei au motif qu'il appartenait à une catégorie non admissible—Le ministre a reconnu que le premier avis de danger était entaché d'erreurs—Un nouvel avis a été demandé—L'art. 78 de la LIPR sur l'examen à huis clos et *ex parte* s'applique-t-il à une demande de mise en liberté?—La décision concernant le contrôle judiciaire de la nouvelle opinion n'avait pas encore été rendue—La décision d'un juge

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

stake: government's obligation not to violate constitutional right—F.C.A. not requiring access to secret evidence before designated judge to decide whether foreign national will be removed within reasonable time—Burden of proof in s. 84(2) application explained—Whether delay due to detainee's seeking judicial remedies considered in determining whether removal to be effected in reasonable time—As to need for continued secrecy upon release application, necessity for safeguarding national security not ending when certificate found reasonable—Legislative drafting oversight in not expressly making s. 84(2) subject to s. 78 procedural regime—Important to ensure foreign sources of confidential security information not "dry up" due to release to public of information at detention hearing—Whether time already detained to be considered longer if conditions harsh—But test on s. 84(2) application future-oriented: past delays, abuses irrelevant if removal imminent, subject to caveat length, conditions of detention could go to credibility of evidence that removal imminent—Major cause of delay: detainee changed story when learned danger opinion sought, admissions demanding careful analysis—Institutional delays due to coming into force of IRPA—Delay also due to government's delays in filling Federal Court judicial vacancies—Detainee could have applied under s. 84(1) to be expelled to country other than Syria—S. 84(2) application inappropriate remedy for harsh detention conditions—That Crown did not file secret evidence herein would have left F.C.A. in dilemma had security issue remained alive—Crown would have been required to produce or renounce reliance on this evidence—Refoulement to torture in context of Canadian obligations under international law—Matters requiring policy reassessment by Parliament.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Judicial release from mandatory detention in national security interest not just, appropriate remedy under s. 24.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

désigné en application de l'art. 84(2) est-elle susceptible d'appel?—La LIPR n'exclut pas l'appel de telles décisions—La C.A.F. doit se prononcer sur l'art. 84(2) à des fins d'uniformité puisque le juge désigné n'est pas lié par la décision d'un autre juge désigné—Également en jeu: l'obligation du gouvernement de ne pas porter atteinte à un droit constitutionnel—Il n'est pas nécessaire que le juge désigné soit saisi d'une preuve secrète pour décider si le renvoi du ressortissant étranger aura lieu dans un délai raisonnable—La charge de la preuve en vertu de l'art. 84(2) est expliquée—La période de temps qui s'est écoulée pendant que le détenu demandait réparation au tribunal doit-elle être calculée pour décider si le renvoi aura lieu dans un délai raisonnable?—Quant à la question de savoir s'il faut préserver le secret lors d'une demande de mise en liberté, la nécessité de protéger la sécurité nationale ne cesse pas lorsqu'on conclut qu'un certificat est raisonnable—Le législateur a omis de dire expressément que les mesures décrites à l'art. 78 s'appliquent à l'art. 84(2)—Il est important de s'assurer que les sources étrangères de renseignements confidentiels relatifs à la sécurité ne sont pas «taries» du fait que des renseignements sont divulgués lors d'une audience sur la détention—Si les conditions de détention sont difficiles, la durée de la détention est-elle présumée plus longue?—Mais le critère applicable dans une demande en vertu de l'art. 84(2) est un critère qui vise l'avenir: les délais antérieurs, les abus ne sont pas pertinents si le renvoi est imminent, sous réserve de la mise en garde selon laquelle la durée et les conditions de la détention peuvent s'avérer pertinentes dans l'évaluation de la crédibilité de la preuve selon laquelle le renvoi est imminent—Cause principale du délai: le détenu a modifié son discours lorsqu'il a été avisé qu'un avis de danger serait demandé, il faut analyser soigneusement ces aveux—Des délais institutionnels ont été occasionnés par l'entrée en vigueur de la LIPR—La lenteur du gouvernement à nommer les nouveaux juges pour pourvoir les postes vacants a également occasionné un délai—Le détenu aurait pu déposer une demande en vertu de l'art. 84(1) pour être renvoyé dans un pays autre que la Syrie—Une demande en vertu de l'art. 84(2) n'est pas le recours approprié pour se plaindre des conditions de détention sévères—La Cour aurait fait face à un dilemme si la question de la sécurité s'était posée en l'instance parce que la Couronne n'avait pas déposé de preuve secrète—La Cour aurait demandé à la Couronne de produire la preuve ou d'y renoncer—Le refoulement dans un pays qui pratique la torture dans le contexte des obligations canadiennes en vertu du droit international—Le législateur doit réévaluer la politique se rapportant à ces questions.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—La remise en liberté judiciaire lorsqu'il s'agit d'une détention obligatoire dans l'intérêt de la sécurité nationale n'est pas la réparation juste et convenable prévue par l'art. 24.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

International Law—While Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 115(2)(b) authorizes refoulement to torture in certain circumstances, Parliament has subjected IRPA to international human rights instruments to which Canada is signatory—Deportation to torture perhaps permissible under Charter, ss. 1, 7.

Judges and Courts—Nine-month delay in rendering decision on detainee's leave application disturbing to F.C.A.—Institutional delay due to Federal Court's limited resources, compounded by Government's dilatoriness in filling judicial vacancies.

### **Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 82

Practice—Conversion of judicial review application into action—Additional relief sought: joinder, consolidation, leave to amend pleadings—Federal Courts Act, s. 18.4(2) as exception to rule judicial review applications dealt with in summary way—Review of case law as to when s. 18.4(2) resorted to—*Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)* adopted more expansive approach to s. 18.4(2) as placing no limits on matters considered in deciding whether to allow conversion—Immigration context considered—Whether intention to seek class action certification matter to be considered—Motion granted—Deficiencies in record before Court such that grounds raised by applicant could not be addressed—Conversion, consolidation avoiding multiplicity of proceedings.

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Motion for direction judicial review applications in immigration matters be converted into actions; consolidation, amendment of pleadings—Minister arguing IRPA, s. 74(c) (judge to dispose of application summarily, without delay) precluding conversion of immigration matter—Concerned for integrity of immigration process, considering volume of appeals, delays in immigration enforcement—Also arguing inconsistencies between IRPA, Federal Courts Act to be resolved in former's favour—Arguments rejected—Court incapable of determining, weighing facts due to significant gaps in record such as how Minister handled humanitarian and compassionate applications under IRPA, s. 28(2)(c)—Similar evidentiary problems regarding IMM.1000 record of landing documentation issued under former Act—Without operational, systemic evidence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit international—Même si l'art. 115(2)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) autorise le refoulement vers un pays qui pratique la torture dans certaines circonstances, le législateur a assujéti la LIPR aux instruments internationaux portant sur les droits de la personne dont le Canada est signataire—L'expulsion dans un pays pratiquant la torture pourrait être possible en vertu de l'article premier et de l'art. 7 de la Charte.

Juges et tribunaux—La Cour trouve inquiétante la période de neuf mois qui s'est écoulée avant qu'une décision ne soit prise sur la demande d'autorisation de contrôle judiciaire—Le délai institutionnel causé par les ressources limitées de la Cour fédérale s'ajoute à la lenteur du gouvernement à pourvoir les postes de juge vacants.

### **Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)** ..... 82

Pratique—Conversion d'une demande de contrôle judiciaire en une action—Autres mesures de redressement demandées: jonction, réunion et autorisation de modifier les actes de procédure—L'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales est une exception à la règle prévoyant que les demandes de contrôle judiciaire sont traitées sommairement—Examen de la jurisprudence pour savoir quand il faut recourir à l'art. 18.4(2)—L'arrêt *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* a adopté une approche plus large à l'égard de l'art. 18.4(2) en n'établissant aucune limite quant aux facteurs pris en considération lorsqu'il s'agit de décider si la conversion doit être autorisée—Affaire examinée dans le contexte de l'immigration—L'intention de faire autoriser un recours collectif est-elle une question à prendre en compte?—Requête accueillie—Les failles dans le dossier soumis à la Cour étaient importantes au point que les motifs invoqués par les demandeurs ne pouvaient pas être traités—La conversion et la réunion évitent la multiplicité des procédures.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Requête visant à obtenir la conversion en action des demandes de contrôle judiciaire présentées dans des dossiers d'immigration, ainsi que la réunion d'actions et l'autorisation de modifier les actes de procédure—Le ministre prétendait que l'art. 74(c) de la LIPR (le juge statue à bref délai et selon la procédure sommaire) empêche la conversion dans une affaire d'immigration—Il était préoccupé par l'intégrité du processus d'immigration, compte tenu du volume des appels et des délais d'exécution—Il prétendait également que les incohérences entre la LIPR et la Loi sur les Cours fédérales doivent être résolues en faveur de la LIPR—Prétentions rejetées—La Cour n'a pu établir ou apprécier les faits en raison de vides importants dans le dossier, comme la façon selon laquelle le ministre a traité des demandes fondées sur des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

dangerous to decide whether IMM.1000 treated as mere matter of administrative convenience—Jurisdictional issue: whether document confiscation by overseas officers under IAD jurisdiction or could be brought directly to F.C.

### **Geza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 3

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Whether, under former Immigration Act, IRB had jurisdiction to conduct “lead case”—Due to influx of Hungarian Roma refugee claims in 1998, IRB undertook lead case initiative to establish baseline of current, expert information on country conditions—“Lead case” not meant to be binding on later panels but to be accorded appropriate weight—Applicants herein, through then-counsel, consented to participate—Refugee claims rejected in “lead case”—IRB found applicants’ evidence not credible, adequate state protection—Applicants’ argument: purpose of “lead case” was to develop decision for use to detriment of Hungarian Roma—Minister’s position: at common law, administrative tribunals have jurisdiction over own procedure; “lead case” initiative was matter of procedure—Matter of procedure clearly within Board’s jurisdiction at common law and, by necessary implication, under Immigration Act.

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Refugee claims of Hungarian Roma rejected in “lead case”—IRB initiating “lead case” project due to 1998 influx of claims by Roma—IRB seeking to establish baseline of current knowledge of country conditions, promote consistency of decisions—Applicants’ argument: Board’s true purpose to increase Hungarian Roma rejection rate by creating well-reasoned, documented rejection precedent—Internal e-mail expressing concern over number of Roma on way to Canada—Court holding this argument based on pure speculation—Apprehension of bias allegation not made out—Board had common law, statutory jurisdiction to conduct “lead case”—IRB found applicants may face discrimination in Hungary, but not persecution—Adequate state protection—No reasonable explanation why failed to seek state protection—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

considérations d’ordre humanitaire suivant l’art. 28(2)c) de la LIPR—Des problèmes de preuve similaires ont été soulevés à l’égard de la fiche d’établissement IMM 1000 délivrée suivant l’ancienne Loi—Sans des éléments de preuve opérationnels et systémiques, il est risqué de décider si la fiche d’établissement IMM 1000 était traitée comme une simple question de commodité administrative—Il y a une question de compétence qui consiste à savoir si la question de la confiscation de documents par des agents à l’étranger relève de la compétence de la SAI ou si elle peut être soumise directement à la C.F.

### **Geza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.)** ..... 3

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Il s’agissait de savoir si, dans le cadre de l’ancienne Loi sur l’immigration, la CISR avait compétence pour entendre une «cause type»—En raison de l’afflux des revendications du statut de réfugié des Roms hongrois en 1998, la CISR a entrepris une cause type pour établir une base de renseignements courants et spécialisés sur la situation du pays—«Cause type» ne signifiait pas que cela liait les formations subséquentes mais qu’il fallait accorder à la preuve l’importance qu’elle doit avoir—Les demandeurs en l’espèce, par l’entremise de leur avocat d’alors, avaient consenti à y participer—Les revendications du statut de réfugié ont été rejetées dans la «cause type»—La CISR a conclu que la preuve des demandeurs n’était pas crédible et que la protection de l’État était adéquate—Selon les demandeurs, le but de la «cause type» était d’élaborer une décision devant être utilisée au détriment des Roms de Hongrie—La position du ministre: d’après la common law, les tribunaux administratifs sont maîtres de leur propre procédure; la «cause type» était une question de procédure—Il s’agissait d’une question de procédure qui relevait manifestement de la compétence de la Commission en vertu de la common law et, par implication nécessaire, en vertu de la Loi sur l’immigration.

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Les revendications du statut de réfugié des Roms de Hongrie ont été rejetées dans une «cause type»—La CISR a entrepris le projet de «cause type» en raison de l’afflux des revendications du statut de réfugié des Roms en 1998—La CISR visait à établir une base de connaissances courantes sur la situation du pays et à assurer la cohérence des décisions—Selon les demandeurs, la Commission avait pour objectif d’augmenter le taux de rejet des revendications présentées par les Roms hongrois en créant un précédent de rejet bien argumenté et bien documenté—Courriels internes exprimant des préoccupations concernant le nombre de Roms en route vers le Canada—La Cour a conclu que cet argument était de la pure spéculation—L’allégation relative à la crainte de partialité n’a pas été établie—La Commission avait compétence, en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Record contained information not in typical refugee file—Included immigration bar affidavits expressing concern as to statistical drop in acceptance rates since “lead case”—Court rejecting applicants’ assertion agreed to participate in “lead case” due to incompetent lawyer’s advice even less chance of success if refused—Right to be present at hearing not violated by being sequestered for own protection when Hungarian official testifying.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Refugee claims of Hungarian Roma rejected by IRB in “lead case” to establish baseline of current information on country conditions, promote consistency of decisions—Applicants alleging bias, breach of due process—Application denied—Review, exposition of law on reasonable apprehension of bias—Institutional independence of IRB not compromised by high level policy discussions between IRB, Citizenship and Immigration Canada—IRB had common law, statutory jurisdiction to conduct lead case—Evidence, including internal e-mail expressing concern re: large number of Roma on way to Canada, not demonstrating reasonable apprehension of bias—If later IRB panels apply lead case without independent decision, *certiorari* would lie—Legitimate for administrative tribunal to adopt procedural measures to promote consistency if not binding on decision makers—Right to attend hearing not violated in being sequestered for own safety, when Hungarian official testified.

Practice—Costs—Unsuccessful application for judicial review by failed refugee claimants—Alleging institutional bias in first-ever “lead case” before IRB—Board knew novel procedure would be in limelight, provoke judicial challenge—Applicants ought not to have to finance judicial review to test concept.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

vertu de la common law et de la loi, pour entendre une «cause type»—La CISR a conclu que les demandeurs pouvaient faire l’objet de discrimination en Hongrie, mais non de persécution—La protection de l’État était adéquate—Les demandeurs n’ont fourni aucune explication raisonnable pour ne pas s’être prévalus de la protection de l’État—Le dossier contenait des renseignements qu’on ne trouve pas dans un dossier type de revendication du statut de réfugié—Cela comprenait des affidavits d’avocats spécialisés en droit de l’immigration exprimant leurs inquiétudes quant à la baisse statistique dans les taux d’acceptation depuis la «cause type»—La Cour a rejeté l’affirmation des demandeurs selon laquelle ils avaient consenti à participer à la «cause type» en raison du conseil d’un avocat incompetent selon lequel ils auraient encore moins de chances de gagner s’ils refusaient d’y participer—Leur droit d’être présents à l’audience n’a pas été enfreint du fait qu’ils avaient été séquestrés pour leur propre protection pendant qu’un fonctionnaire hongrois témoignait.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Les revendications du statut de réfugié de Roms hongrois ont été rejetées par la CISR dans une «cause type» qui visait à établir une base de renseignements courants sur la situation du pays et à assurer la cohérence des décisions—Les demandeurs ont allégué la partialité et un manquement à l’application régulière de la loi—Demande rejetée—Examen et exposé du droit concernant la crainte raisonnable de partialité—L’indépendance institutionnelle de la CISR n’a pas été compromise par les discussions relatives aux politiques de haut niveau entre la CISR et Citoyenneté et Immigration Canada—La CISR avait compétence, en vertu de la common law et de la loi, pour entendre une cause type—La preuve, dont les courriels internes exprimant des préoccupations concernant le grand nombre de Roms en route vers le Canada, ne démontrait pas une crainte raisonnable de partialité—Si des formations subséquentes de la CISR appliquaient la cause type sans rendre une décision indépendante, cela pourrait faire l’objet d’un *certiorari*—Il est légitime pour un tribunal administratif d’adopter des mesures procédurales pour assurer la cohérence si cela ne lie pas les décideurs—Le droit des demandeurs d’être présents à l’audience n’a pas été enfreint du fait qu’ils avaient été séquestrés pour leur propre protection pendant qu’un fonctionnaire hongrois témoignait.

Pratique—Frais et dépens—Demande de contrôle judiciaire présentée en vain par des revendicateurs du statut de réfugié déboutés—Ils ont allégué une partialité institutionnelle dans la première «cause type» jamais entendue par la CISR—La Commission savait qu’une procédure nouvelle attirerait l’attention et qu’elle provoquerait une contestation judiciaire—Les demandeurs ne devraient pas avoir à financer un contrôle judiciaire pour mettre le concept à l’épreuve.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Nalliah v. Canada (Solicitor General) (F.C.) . . . . . 210**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Refugee claim denied for membership in alleged terrorist group—Leave to appeal denied—Negative pre-removal risk assessment (PRRA)—Judicial review to enjoin removal—Validity of PRRAs challenged due to PRRA officers' situation within departmental structure—Whether officers lacking independence, impartiality—Consideration of cases in which similar arguments rejected—Problems with applicant's submissions enumerated—Court finding serious issue for trial but irreparable harm not demonstrated—Enormous negative impact on Ministers if injunction granted as redoing 3700 PRRAs would severely disrupt removals system—Balance of convenience in favour of public interest—Court directing counsel to develop protocol for notification of putative class members.

Administrative Law—Judicial Review—Injunctions—Application for leave, judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) for failed refugee claimant—Seeking to enjoin removal of those receiving negative PRRAs during certain period—Validity of PRRAs questioned based upon officers' perceived lack of independence due to situation within departmental structure—Applicant hoping application would evolve into class action—Case law on test for granting interlocutory injunction or stay reviewed—History of organizational structure reviewed—Decisions on stay applications of limited value since argued on hastily prepared basis—Numerous problems with applicant's submissions enumerated—Serious issue for trial but applicant not satisfying second, third prongs of tripartite test: irreparable harm, balance of convenience—Granting injunction would impair object of statute: protection of Canadians, security of society—Redoing 3700 PRRAs would severely disrupt removals system.

### **Reid v. Canada (F.C.) . . . . . 41**

Public Service—Pensions—Meaning of "salary" in Public Service Superannuation Act, s. 47(1)—Whether retroactive pay increase given to "elective participant" in supplementary

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Nalliah c. Canada (Solliciteur général) (C.F.) . . . . . 210**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Revendication du statut de réfugié rejetée pour le motif que le demandeur était membre d'un groupe terroriste présumé—Autorisation d'interjeter appel refusée—L'examen des risques avant renvoi (ERAR) était défavorable—Contrôle judiciaire visant à interdire le renvoi—La validité des ERAR était contestée à cause de la situation des agents chargés des ERAR dans la structure ministérielle—Il s'agissait de savoir si les agents étaient indépendants et impartiaux—Examen de décisions dans lesquelles des arguments similaires avaient été rejetés—Problèmes posés par les arguments du demandeur—La Cour a conclu à l'existence d'une question sérieuse à trancher, mais le préjudice irréparable n'a pas été démontré—L'octroi d'une injonction aurait un effet défavorable sérieux sur les ministres car la reprise des 3 700 ERAR, compromettrait gravement le système des renvois—L'évaluation comparative des incon vénients militait en faveur de l'intérêt public—La Cour a demandé aux avocats d'élaborer un protocole en vue d'aviser les membres de la catégorie présumée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Injonctions—Demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) présentée par un demandeur dont la revendication avait été rejetée—Le demandeur cherchait à faire interdire le renvoi des personnes qui avaient fait l'objet d'ERAR défavorables sur une période donnée—La validité des ERAR a été contestée en raison tenu du manque perçu d'indépendance des agents, et la situation qui existait dans la structure ministérielle—Le demandeur espérait que la demande donnerait lieu à l'exercice d'un recours collectif—Examen de la jurisprudence relative au critère applicable à l'octroi d'une injonction interlocutoire ou d'une suspension—Examen de l'historique de la structure organisationnelle—Les décisions portant sur les demandes de suspension ont une valeur restreinte étant donné qu'elles sont fondées sur des observations préparées à la hâte—Nombreux problèmes posés par les arguments du demandeur—Il existait une question sérieuse à trancher, mais le demandeur n'a pas satisfait aux deuxième et troisième volets du critère tripartite: le préjudice irréparable et l'évaluation comparative des incon vénients—L'octroi d'une injonction porterait atteinte à l'objet de la loi, qui vise à protéger les Canadiens et à garantir leur sécurité—Le système des renvois serait gravement compromis s'il fallait reprendre les 3 700 ERAR.

### **Reid c. Canada (C.F.) . . . . . 41**

Fonction publique—Pensions—Sens du mot «traitement» à l'art. 47(1) de la Loi sur la pension de la fonction publique—L'augmentation de rémunération avec effet

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

death benefit plan post-retirement part of salary in calculating basic benefit payable to beneficiary—Crown motion for summary judgment denied—Reference to definitions in Department of Finance circular, Treasury Board Directive—Crown unsuccessfully arguing Retroactive Remuneration Regulations inoperable as enlarging statutory definition of salary—Applicable statutory construction principles.

### **TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine (F.C.A.) ..... 111**

Judges and Courts—Prothonotaries—Whether prothonotary has jurisdiction to grant Federal Court Rules, 1998, r. 327 application for registration, recognition and enforcement of foreign arbitral award—While prothonotaries' powers have, over time, increased, that has been in relation to pre-trial, post-judgment proceedings—Review, exposition of statutory provisions, Rules and case law on powers of prothonotary—Enforcement of foreign judgment is an “application”, not mere post-judgment proceeding, and outside Prothonotary’s jurisdiction—Making by non-judge of order only judge may make not merely non-compliance with Rules but going to jurisdiction—Reference to cases where Masters’ decisions set aside for want of jurisdiction—Nor had Prothonotary acted under color of authority.

Practice—Judgments and Orders—*Ex parte* order for enforcement of foreign arbitral award—Upon *ex parte* motion, moving party having duty of full, fair disclosure—Must file affidavit knowing of no impediment to enforcement—Applicant must advise Court of any facts, law favouring other side—Necessity for utmost good faith on any *ex parte* application as invoking procedure going against fundamental justice principle that all sides of dispute to be heard—In instant case, non-disclosure of material fact in that description of judgment debtor such as to create confusion as to entity against which recovery sought—Court not alerted State Immunity Act might apply.

## SOMMAIRE (Fin)

rétroactif, versée à un «participant volontaire» après sa retraite, fait-elle partie de son traitement aux fins du calcul de la prestation de base à verser à son bénéficiaire?—Requête de la Couronne pour obtenir un jugement sommaire rejetée—Renvoi aux définitions dans une circulaire du ministère des Finances et une Directive du Conseil du Trésor—La Couronne soutient, sans succès, que le Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif était inopérant, dans la mesure où il visait à élargir la définition de traitement de la Loi—Principes applicables d’interprétation des lois.

### **TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine (C.A.F.) ..... 111**

Juges et tribunaux—Protonotaires—Un protonotaire a-t-il compétence pour faire droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 des Règles de la Cour fédérale (1998) et visant à l’enregistrement, à la reconnaissance et à l’exécution d’une sentence arbitrale étrangère?—Les attributions des protonotaires ont été élargies au fil du temps, mais cet élargissement est circonscrit aux procédures avant procès et aux procédures après jugement—Examen et exposé des dispositions législatives, des Règles et des précédents se rapportant aux attributions des protonotaires—L’exécution d’un jugement étranger est une «demande», non une simple procédure après jugement, et elle dépasse la compétence du protonotaire—Le fait qu’une personne qui n’a pas la qualité de juge rende une ordonnance que seul un juge peut rendre ne saurait être qualifié de simple inobservation des Règles; il s’agit d’un cas d’incompétence—Renvoi à des précédents où des décisions rendues par des protonotaires ont été annulées pour incompétence—Le protonotaire n’avait pas non plus agi sur la foi d’un présumé pouvoir.

Pratique—Jugements et ordonnances—Ordonnance *ex parte* portant exécution d’une sentence arbitrale étrangère—Dans une requête *ex parte*, le requérant a l’obligation de faire une divulgation franche et intégrale—Il doit déposer un affidavit attestant qu’il n’a connaissance d’aucun empêchement à l’exécution du jugement étranger—Il doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont il a connaissance et qui favorisent l’autre partie—Dans une demande *ex parte*, la plus entière bonne foi doit être observée car il s’agit d’une procédure qui va à l’encontre du principe fondamental de justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues—En l’espèce, il y a eu non-divulgation d’un fait important se rapportant à la désignation du débiteur, et il en a résulté une confusion à propos de l’entité contre laquelle un redressement était demandé—La Cour n’a pas été informée de l’application possible de la Loi sur l’immunité des États.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 80 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-614-04, 2005 FCA 56). The reasons for judgment handed down 3/2/05, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Campbell v. Canada*, A-445-04, 2005 FCA 49, Sexton J.A., judgment dated 3/2/05 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 14/7/05.

*Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*, [2005] 2 F.C.R. 654 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 28/7/05.

*Sokolowska v. Canada*, A-496-03, 2005 FCA 29, Nadon J.A., judgment dated 24/1/05 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 28/7/05.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 80 (C.F.), a été confirmée en appel (A-614-04, 2005 CAF 56). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3-2-05, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Campbell c. Canada*, A-445-04, 2005 CAF 49, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 3-2-05 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 14-7-05.

*Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, [2005] 2 R.C.F. 654 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28-7-05.

*Sokolowska c. Canada*, A-496-03, 2005 CAF 29, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 24-1-05 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28-7-05.





**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2005, Vol. 3, Part 1**

**2005, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



2004 FC 1039  
IMM-488-99

2004 CF 1039  
IMM-488-99

**Kozak Geza, Csepregi Attila, Kozak Geza (minor)  
and Csepregi Szilvia (*Applicants*)**

**Kozak Geza, Csepregi Attila, Kozak Geza (mineur)  
et Csepregi Szilvia (*demandeurs*)**

v.

c.

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

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

IMM-491-99

IMM-491-99

**Smajda Sandor, Smajda Zsolt, Gyulavics Timea,  
Smajda Claudia and Smajda Jozef (*Applicants*)**

**Smajda Sandor, Smajda Zsolt, Gyulavics Timea,  
Smajda Claudia et Smajda Jozef (*demandeurs*)**

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Campbell J.—Toronto, June 23, 24, 25;  
Vancouver, July 27, 2004.

Cour fédérale, juge Campbell—Toronto, 23, 24 et 25  
juin; Vancouver, 27 juillet 2004.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Whether, under former Immigration Act, IRB had jurisdiction to conduct “lead case” — Due to influx of Hungarian Roma refugee claims in 1998, IRB undertook lead case initiative to establish baseline of current, expert information on country conditions — “Lead case” not meant to be binding on later panels but to be accorded appropriate weight — Applicants herein, through then-counsel, consented to participate — Refugee claims rejected in “lead case” — IRB found applicants’ evidence not credible, adequate state protection — Applicants’ argument: purpose of “lead case” was to develop decision for use to detriment of Hungarian Roma — Minister’s position: at common law, administrative tribunals have jurisdiction over own procedure; “lead case” initiative was matter of procedure — Matter of procedure clearly within Board’s jurisdiction at common law and, by necessary implication, under Immigration Act.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Il s’agissait de savoir si, dans le cadre de l’ancienne Loi sur l’immigration, la CISR avait compétence pour entendre une «cause type» — En raison de l’afflux des revendications du statut de réfugié des Roms hongrois en 1998, la CISR a entrepris une cause type pour établir une base de renseignements courants et spécialisés sur la situation du pays — «Cause type» ne signifiait pas que cela liait les formations subséquentes mais qu’il fallait accorder à la preuve l’importance qu’elle doit avoir — Les demandeurs en l’espèce, par l’entremise de leur avocat d’alors, avaient consenti à y participer — Les revendications du statut de réfugié ont été rejetées dans la «cause type» — La CISR a conclu que la preuve des demandeurs n’était pas crédible et que la protection de l’État était adéquate — Selon les demandeurs, le but de la «cause type» était d’élaborer une décision devant être utilisée au détriment des Roms de Hongrie — La position du ministre: d’après la common law, les tribunaux administratifs sont maîtres de leur propre procédure; la «cause type» était une question de procédure — Il s’agissait d’une question de procédure qui relevait manifestement de la compétence de la Commission en vertu de la common law et, par implication nécessaire, en vertu de la Loi sur l’immigration.*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Refugee claims of Hungarian Roma rejected in “lead case” — IRB initiating “lead case” project due to 1998 influx of claims by Roma — IRB seeking to establish baseline of current knowledge of country conditions, promote consistency of decisions — Applicants’ argument: Board’s true purpose to increase Hungarian Roma rejection rate by creating well-reasoned, documented rejection precedent — Internal e-mail expressing concern over number of Roma on way to Canada — Court holding this argument based on pure speculation — Apprehension of bias allegation not made out — Board had common law, statutory jurisdiction to conduct “lead case” — IRB found applicants may face discrimination in Hungary, but not persecution — Adequate state protection — No reasonable explanation why failed to seek state protection — Record contained information not in typical refugee file — Included immigration bar affidavits expressing concern as to statistical drop in acceptance rates since “lead case” — Court rejecting applicants’ assertion agreed to participate in “lead case” due to incompetent lawyer’s advice even less chance of success if refused — Right to be present at hearing not violated by being sequestered for own protection when Hungarian official testifying.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Refugee claims of Hungarian Roma rejected by IRB in “lead case” to establish baseline of current information on country conditions, promote consistency of decisions — Applicants alleging bias, breach of due process — Application denied — Review, exposition of law on reasonable apprehension of bias — Institutional independence of IRB not compromised by high level policy discussions between IRB, Citizenship and Immigration Canada — IRB had common law, statutory jurisdiction to conduct lead case — Evidence, including internal e-mail expressing concern re: large number of Roma on way to Canada, not demonstrating reasonable apprehension of bias — If later IRB panels apply lead case without independent decision, certiorari would lie — Legitimate for administrative tribunal to adopt procedural measures to promote consistency if not binding on decision makers — Right to attend hearing not violated in being sequestered for own safety, when Hungarian official testified.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Les revendications du statut de réfugié des Roms de Hongrie ont été rejetées dans une «cause type» — La CISR a entrepris le projet de «cause type» en raison de l’afflux des revendications du statut de réfugié des Roms en 1998 — La CISR visait à établir une base de connaissances courantes sur la situation du pays et à assurer la cohérence des décisions — Selon les demandeurs, la Commission avait pour objectif d’augmenter le taux de rejet des revendications présentées par les Roms hongrois en créant un précédent de rejet bien argumenté et bien documenté — Courriels internes exprimant des préoccupations concernant le nombre de Roms en route vers le Canada — La Cour a conclu que cet argument était de la pure spéculation — L’allégation relative à la crainte de partialité n’a pas été établie — La Commission avait compétence, en vertu de la common law et de la loi, pour entendre une «cause type» — La CISR a conclu que les demandeurs pouvaient faire l’objet de discrimination en Hongrie, mais non de persécution — La protection de l’État était adéquate — Les demandeurs n’ont fourni aucune explication raisonnable pour ne pas s’être prévalus de la protection de l’État — Le dossier contenait des renseignements qu’on ne trouve pas dans un dossier type de revendication du statut de réfugié — Cela comprenait des affidavits d’avocats spécialisés en droit de l’immigration exprimant leurs inquiétudes quant à la baisse statistique dans les taux d’acceptation depuis la «cause type» — La Cour a rejeté l’affirmation des demandeurs selon laquelle ils avaient consenti à participer à la «cause type» en raison du conseil d’un avocat incompetent selon lequel ils auraient encore moins de chances de gagner s’ils refusaient d’y participer — Leur droit d’être présents à l’audience n’a pas été enfreint du fait qu’ils avaient été séquestrés pour leur propre protection pendant qu’un fonctionnaire hongrois témoignait.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Les revendications du statut de réfugié de Roms hongrois ont été rejetées par la CISR dans une «cause type» qui visait à établir une base de renseignements courants sur la situation du pays et à assurer la cohérence des décisions — Les demandeurs ont allégué la partialité et un manquement à l’application régulière de la loi — Demande rejetée — Examen et exposé du droit concernant la crainte raisonnable de partialité — L’indépendance institutionnelle de la CISR n’a pas été compromise par les discussions relatives aux politiques de haut niveau entre la CISR et Citoyenneté et Immigration Canada — La CISR avait compétence, en vertu de la common law et de la loi, pour entendre une cause type — La preuve, dont les courriels internes exprimant des préoccupations concernant le grand nombre de Roms en route vers le Canada, ne démontrait pas une crainte raisonnable de partialité — Si des formations subséquentes de la CISR appliquaient la cause type sans rendre une décision indépendante, cela pourrait faire l’objet d’un certiorari — Il est légitime pour un tribunal administratif d’adopter des mesures procédurales pour assurer la cohérence si cela ne lie pas les décideurs — Le*

*Practice — Costs—Unsuccessful application for judicial review by failed refugee claimants — Alleging institutional bias in first-ever “lead case” before IRB — Board knew novel procedure would be in limelight, provoke judicial challenge— Applicants ought not to have to finance judicial review to test concept.*

These applications for judicial review arose out of a lead case initiative undertaken by the Immigration and Refugee Board (IRB) in response to the increasing number of refugee claims by Roma from Hungary in 1998. The project involved the selection of a representative sample of similar claims and placing as much evidence as possible before an IRB panel to facilitate the writing of comprehensive reasons covering all the key legal and evidentiary issues in typical cases. The objective of lead case is to establish a baseline of current, expert information on country conditions in respect of a country from which there is a sudden shift in the volume or type of refugee claims. It also gives focus to the principal legal issues arising from those facts. Neither the evidence presented in lead cases nor the decisions arrived at are binding on panels dealing with later cases. Still, given the expertise of the witnesses and the quality of the documentation introduced into evidence for a lead case, it could be expected that it would be accorded appropriate weight by subsequent panels. Furthermore, the reasoning of the panel in reaching its decision should be carefully considered. In subsequent cases, it would be open to counsel to adduce further or better evidence or to attempt to distinguish the lead case on its facts.

Applicants' then-counsel was invited to take part in the lead case project since he was the lawyer having the greatest number of Hungarian claims before the Board. He willingly agreed to participate and applicants' cases were chosen and they gave their consent.

Ultimately, the IRB rejected applicants' refugee claims, finding their testimony lacking in credibility and found that, while the applicants may face discrimination if returned to Hungary, it would not amount to persecution. The Board also determined that there was adequate state protection of Roma in Hungary. Applicants had failed to offer a reasonable

*droit des demandeurs d'être présents à l'audience n'a pas été enfreint du fait qu'ils avaient été séquestrés pour leur propre protection pendant qu'un fonctionnaire hongrois témoignait.*

*Pratique — Frais et dépens — Demande de contrôle judiciaire présentée en vain par des revendicateurs du statut de réfugié déboutés — Ils ont allégué une partialité institutionnelle dans la première «cause type» jamais entendue par la CISR — La Commission savait qu'une procédure nouvelle attirerait l'attention et qu'elle provoquerait une contestation judiciaire — Les demandeurs ne devraient pas avoir à financer un contrôle judiciaire pour mettre le concept à l'épreuve.*

Ces demandes de contrôle judiciaire découlent d'une cause type engagée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) en réponse au nombre croissant de demandes du statut de réfugié provenant des Roms de Hongrie en 1998. Le projet visait à choisir un échantillon représentatif de revendications similaires et à présenter autant d'éléments de preuve que possible devant une formation de la CISR afin de faciliter la rédaction de motifs exhaustifs couvrant l'ensemble des principales questions juridiques et probatoires dans des causes types. L'objectif d'une cause type est d'établir une base de renseignements courants et spécialisés sur la situation qui règne dans un pays où se produit une augmentation soudaine du nombre ou du type de revendications du statut de réfugié. Cela met également l'accent sur les principales questions juridiques qui découlent de ces faits. Ni la preuve présentée dans les causes types, ni les décisions rendues ne lient les formations traitant des causes ultérieures. Toutefois, étant donné l'expertise des témoins et la qualité de la documentation déposée en preuve dans une cause type, on présume que les formations subséquentes donneront à la preuve l'importance qu'elle doit avoir. De plus, le raisonnement suivi par la formation pour en arriver à sa décision devrait être examiné attentivement. Dans une cause subséquente, l'avocat aurait le droit de déposer d'autres preuves ou une meilleure preuve, ou de tenter de distinguer les faits de la cause type.

On avait invité l'avocat qui représentait alors les demandeurs à prendre part au projet de causes types, parce que c'est lui qui défendait le plus grand nombre de revendications du statut de réfugié présentées par des Hongrois devant la CISR. Il avait volontairement consenti à y participer. Les causes des demandeurs ont été choisies et ceux-ci ont accepté.

En fin de compte, la CISR a rejeté les revendications du statut de réfugié des demandeurs, concluant que leur témoignage manquait de crédibilité, et elle a conclu que, même si les demandeurs pouvaient faire l'objet de discrimination en Hongrie, cela n'équivaudrait pas à de la persécution. La Commission a également décidé que la protection de l'État

explanation of why they had not sought state protection. In the decision, it was acknowledged that the Roma in Hungary have faced segregation, forced evictions and even police brutality, but the government has introduced appropriate measures to address the situation.

In these applications for judicial review, applicants contested neither the adverse credibility findings nor the conclusion that they had suffered mere discrimination not amounting to persecution. Their attack on the decisions was based on: (1) bias in developing the lead cases; (2) breach of due process in the uniform procedure adopted in the hearing process; and (3) in its findings on the state protection issue, certain evidence was ignored by the Board. So far as bias was concerned, applicants did not allege actual bias on the part of the participating IRB members, but argued that the whole course of the IRB's conduct was such as to raise an apprehension of bias.

*Held*, the application should be dismissed.

The test for reasonable apprehension of bias was enunciated by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.* An apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. Impartiality, and the appearance thereof, are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. It was not enough for the applicants to demonstrate reasonable grounds for an apprehension of bias. The law is clear that grounds for the apprehension must be substantial: a real likelihood or probability of bias must be demonstrated—mere suspicion is insufficient.

The record from which the allegation of bias arose contained, in addition to the information ordinarily found in a refugee claim, certain unique affidavit evidence. This included an affidavit attesting to a statistical drop in IRB acceptance rates for Hungarian Roma claims after the lead case decision along with two affidavits of immigration bar members expressing concerns regarding the impact of the lead case. Respondent submitted the affidavit of a Director General describing the relationship between Citizenship and Immigration Canada (CIC) and the IRB. The two organizations recognized the necessity for the IRB's institutional independence. A series of agreements between the two related

était adéquate pour les Roms en Hongrie. Les demandeurs n'ont pas offert d'explication raisonnable quant à la raison pour laquelle ils ne s'étaient pas prévalus de la protection de l'État. Dans la décision, il a été reconnu qu'en Hongrie, les Roms avaient fait face à la ségrégation, à des évictions forcées et même à la brutalité policière, mais le gouvernement a adopté des mesures appropriées pour corriger la situation.

Dans les présentes demandes de contrôle judiciaire, les demandeurs n'ont pas contesté les conclusions défavorables quant à la crédibilité ni la conclusion selon laquelle ils avaient simplement été victimes de discrimination n'équivalant pas à de la persécution. Ils ont contesté les décisions en se fondant sur: 1) la partialité dans la conduite des causes types, 2) un manquement à l'application régulière de la loi dans la procédure uniforme adoptée à l'audience et 3) le fait que la Commission n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve dans ses conclusions sur la question de la protection de l'État. En ce qui concerne la partialité, les demandeurs n'ont pas allégué qu'il y a eu véritablement partialité de la part des membres participants de la CISR, mais ils ont fait valoir que la conduite de la CISR dans son ensemble était telle qu'elle soulevait une crainte de partialité.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Le critère applicable à une crainte raisonnable de partialité a été énoncé par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*. La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. L'impartialité et l'apparence d'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance d'un individu comme du public dans l'administration de la justice. Il ne suffisait pas aux demandeurs de démontrer l'existence de motifs raisonnables pour justifier une crainte de partialité. Le droit indique clairement que les motifs de crainte doivent être sérieux: une réelle probabilité de partialité doit être démontrée par opposition à un simple soupçon.

Le dossier dans lequel il y avait allégation de partialité contenait, en plus des renseignements que l'on trouve habituellement dans une revendication du statut de réfugié, une preuve par affidavit particulière. Il incluait un affidavit attestant une baisse statistique dans les taux d'acceptation de la CISR pour les revendications présentées par les Roms hongrois après la décision rendue à l'égard de la cause type, ainsi que deux affidavits d'avocats spécialisés en droit de l'immigration exprimant leurs inquiétudes concernant les répercussions de la cause type. Le défendeur a présenté l'affidavit d'un directeur général décrivant les rapports qui existaient entre Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) et la

to high level policy and administrative matters that did not touch upon specific cases before the IRB. IRB decision makers do not attend meetings between CIC and the Board.

Applicants submitted that the IRB lacked jurisdiction to initiate and conduct a lead case and then use it as a precedent for subsequent decision makers. There was no explicit statutory authority in the *Immigration Act*, then in force. According to applicants, the lead case was designed to assume the status of a guideline to be used to the detriment of Hungarian Roma. Respondent's position was that, at common law, administrative tribunals possess jurisdiction over their own procedures and that the lead case format was a matter of procedure. Respondent further argued that the Board had statutory jurisdiction by implication, pointing to *Immigration Act*, subsection 65(3), which gave the Chairperson power to issue guidelines, subsection 67(1), giving the Refugee Division exclusive jurisdiction to determine all questions of law and fact and paragraph 67(2)(d), empowering the Refugee Division to do anything necessary to allow for a full and proper hearing. Finally, mention was made of section 68 (providing for informal, expeditious proceedings wherein strict rules of evidence had no application and permitting the Refugee Division to take judicial notice of facts, information, opinions within tribunal's specialized knowledge). It was suggested that the fact that the new Act explicitly mentions the power to issue jurisprudential guidelines was nothing more than a clarification of existing law. The Court was of opinion that the IRB did, under the *Immigration Act*, possess jurisdiction to conduct a lead case. A lead case conducted to promote consistency in decision making is a matter of procedure clearly within Board jurisdiction at common law and, by necessary implication, under the *Immigration Act*.

Applicants relied upon segments of internal e-mail correspondence stating "there are 15,000 (yes, fifteen thousand) Hungarian Roma on the way to Canada"; "these stats do not look so good" and "the IRB is going to consolidate its resources in support of a precedential case", for the submission that the motive for organizing the lead case was to increase the Hungarian Roma rejection rate by creating a well-reasoned, well-documented rejection precedent to be followed by other panels. Applicants concluded that the significant decline in the Hungarian Roma acceptance rate was explained by the decision in the lead case. It was further submitted that a reasonable apprehension of bias arose from the fact that the IRB had taken the initiative to liaise with CIC

CISR. Les deux organismes reconnaissaient la nécessité de préserver l'indépendance institutionnelle de la CISR. Une série d'ententes entre les deux portaient sur des politiques de haut niveau et des questions administratives qui ne concernaient pas les causes précises qui se trouvaient devant la CISR. Les décideurs de la CISR n'assistent pas aux réunions entre CIC et la Commission.

Les demandeurs ont soutenu que la CISR n'avait pas compétence pour constituer et entendre une cause type, et pour la proposer à titre de précédent aux décideurs subséquents. La *Loi sur l'immigration* alors en vigueur n'autorisait pas cela. Selon les demandeurs, la cause type avait été conçue pour servir de directive devant être utilisée au détriment des Roms de Hongrie. La position du défendeur était que, d'après la common law, les tribunaux administratifs sont maîtres de leur propre procédure et que la formule de la cause type était une question de procédure. Le défendeur a en outre prétendu que la loi conférait à la Commission une compétence par implication, citant le paragraphe 65(3) de la *Loi sur l'immigration*, qui accordait au président le pouvoir de donner des directives, le paragraphe 67(1) qui accordait à la section du statut une compétence exclusive pour juger sur des questions de droit et de fait et l'alinéa 67(2)d) qui accordait à la section du statut le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire. Enfin, il a été fait mention de l'article 68 (prévoyant que la section du statut pourra fonctionner sans formalisme et avec célérité et sans respecter les règles strictes de preuve et lui permettant d'admettre d'office les faits, renseignements ou opinions relevant de sa spécialisation). On a laissé entendre que le fait que la nouvelle Loi mentionne de façon explicite le pouvoir de donner des directives jurisprudentielles ne constituait rien de plus qu'une clarification du droit existant. La Cour était d'avis que, la *Loi sur l'immigration* habilitait la CISR à entendre une cause type. Une telle cause visant à assurer la cohérence des décisions est une question de procédure relevant manifestement de la compétence de la Commission en vertu de la common law et, par implication nécessaire, en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

Les demandeurs se sont appuyés sur des parties de courriels internes déclarant: «il y a 15 000 [et oui, quinze mille] Roms hongrois en route vers le Canada»; «ces statistiques ne présentent rien de bon» et «la CISR a l'intention de regrouper ses ressources pour créer un précédent» pour prétendre que le motif invoqué pour organiser la cause type était d'augmenter le taux de rejet des revendications des Roms hongrois en créant un précédent de rejet bien argumenté et bien documenté qui serait suivi par d'autres formations. Les demandeurs ont conclu que la baisse importante du taux d'acceptation des revendications des Roms hongrois s'expliquait par la décision dans la cause type. Il a aussi été soutenu qu'une crainte raisonnable de partialité découlait du fait que la CISR avait

concerning the lead case even though the Minister was a party adverse to applicants in the IRB proceedings. Respondent suggested that it was wrong to take out of context excerpts from IRB correspondence and that the declining Roma acceptance rates could perhaps be explained by better information on country conditions or by the fact that Hungarian country conditions had improved.

The evidence did not support any of applicants' allegations of reasonable apprehension of bias. The suggestion as to improper motive for conducting the lead case was pure speculation. And, even if the acceptance rate decline did result from the lead case decision, that would not support the apprehension of bias allegation. Should IRB members apply the lead case without reaching an independent decision based on an analysis of the facts and law in a particular case, that would constitute error and the decision could be set aside upon judicial review. As for contact between the CIC and the IRB, there was no evidence of any senior level discussions other than on policy and administrative matters. The evidence was such as to substantiate the Board's position, that the purpose of conducting a lead case was to promote consistency. It is legitimate to adopt procedural measures to ensure consistency between the decisions of different adjudicators within an administrative body so long as these do not become so formalized as to become binding on decision makers, compromising their independence.

Applicants said that, although they consented to participate in the lead case initiative through their then-counsel, they were not fully apprised as to the nature and effects of the lead case format and that the Board failed to discharge its duty to ensure their personal consent was put on the record. *Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, was cited as supporting the argument that, at common law, consent must be clearly stated on the record. But that Federal Court of Appeal judgment was distinguished, as it dealt with waiver of the statutory right to a two-member panel. The Minister's waiver argument, based on *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, was preferred to those of applicants. Applicants' suggestion, that they agreed to take part in the lead case because they were told by their lawyer that if they did not go along, their chances of winning would be even less as the Board would then think that they had something to hide, was accorded no weight. Applicants even suggested that their then-counsel was incompetent and so it was the Board's duty to go past him and secure their personal consent for the record. There was, however, no evidence on the record that their lawyer was incompetent. Where professional misconduct is alleged, either the lawyer must be given an opportunity to explain the impugned conduct or else evidence

pris l'initiative d'entretenir des rapports avec CIC concernant la cause type, même si le ministre était un adversaire des demandeurs dans l'instance de la CISR. Le défendeur a laissé entendre qu'on aurait tort de prendre hors contexte les extraits tirés de la correspondance de la CISR et que la baisse du taux d'acceptation des Roms pouvait peut-être s'expliquer par de meilleurs renseignements sur la situation du pays ou par le fait que les conditions de vie s'étaient améliorées en Hongrie.

La preuve n'appuyait aucune des allégations faites par les demandeurs quant à la crainte raisonnable de partialité. Le motif illégitime invoqué pour mettre sur pied la cause type était pure spéculation. Et, même si la baisse du taux d'acceptation résultait de la décision sur la cause type, cela n'appuierait pas l'allégation d'une crainte de partialité. Si les membres de la CISR appliquaient la cause type sans rendre une décision indépendante fondée sur une analyse des faits et du droit dans une cause particulière, cela constituerait une erreur et la décision pourrait être annulée au terme d'un contrôle judiciaire. Quant aux rapports entre CIC et la CISR, il n'y avait aucune preuve d'une discussion au niveau supérieur autre que sur des questions de politique et d'administration. La preuve était telle qu'elle appuyait la position de la Commission selon laquelle le but visé dans le fait d'entendre une cause type était de promouvoir la cohérence. Il est légitime d'adopter des mesures procédurales pour assurer la cohérence entre les décisions de différents arbitres faisant partie d'un organisme administratif, tant et aussi longtemps que ces mesures ne deviennent pas formelles au point de lier les décideurs et de compromettre leur indépendance.

Les demandeurs ont affirmé que, bien qu'ils aient consenti à participer à la cause type par l'entremise de leur avocat d'alors, ils n'ont pas été entièrement informés de la nature et des effets de cette forme d'étude de leur cause, et que la Commission a failli à son obligation de s'assurer que leur consentement personnel était inscrit dans le dossier. L'arrêt *Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* a été cité à l'appui de l'argument selon lequel, en common law, le consentement doit être clairement indiqué dans le dossier. Mais une distinction a été faite d'avec ce jugement de la Cour d'appel fédérale, puisqu'il traitait de la renonciation au droit légal de comparaître devant une formation constituée de deux membres. L'argument du ministre concernant la renonciation, fondé sur la décision *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, a été préféré à celui des demandeurs. On n'a accordé aucun poids à la proposition des demandeurs selon laquelle ils avaient accepté de prendre part à la cause type parce que leur avocat leur avait dit que s'ils n'acceptaient pas, ils auraient encore moins de chances de gagner puisque la Commission penserait alors qu'ils avaient quelque chose à cacher. Les demandeurs ont même laissé entendre que leur avocat d'alors était incompetent et que la Commission avait



must be tendered to the effect that the matter has been referred to the appropriate law society for investigation.

The applicants' argument that their right to be present at the hearing was violated by their being sequestered in another room was dismissed. The respondent explained that this was done to protect their identities whilst Hungarian government representatives were testifying. This arrangement had been agreed to by their lawyer.

The finding as to the adequacy of state protection was one of fact, to be reviewed according to the patent unreasonableness standard. A review of the two decisions revealed that the panel was alive to the evidence going both ways on this issue. The conclusions arrived at were reasonably open to the panel.

As to costs, applicants submitted that, in any event of the result, they should be awarded costs because of the unique nature of this litigation: an allegation of institutional bias in the first-ever lead case undertaken by the IRB. In deciding to arrange a lead case, the Board knew what it was getting into: in an internal e-mail communication, it was noted that such a test case might "attract limelight and provoke a debate and/or judicial challenge". Given the novel and recognized contentious nature of the lead case approach, applicants should not have to finance a judicial review to test that concept.

The following question was certified for consideration by the Federal Court of Appeal: Did the IRB have jurisdiction to conduct a "lead case" under the *Immigration Act*?

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13(1)(b), 15(1), 19(1), 21(1)(a),(b), 23, 69.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, Tariff B, Column V.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 65(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55), 67(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (2)(d) (as am. *idem*), 68 (as am. *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 57).

donc l'obligation d'aller plus loin en obtenant leur consentement personnel pour le consigner au dossier. Toutefois, il n'y avait aucune preuve au dossier selon laquelle leur avocat était incompetent. Lorsqu'on allègue une faute professionnelle, ou bien l'avocat doit avoir la possibilité d'expliquer les agissements contestés ou bien une preuve doit être présentée pour démontrer que l'affaire a été soumise au barreau concerné pour enquête.

L'argument des demandeurs selon lequel leur droit d'être présents à l'audience a été enfreint du fait qu'ils ont été séquestrés dans une autre pièce a été rejeté. Le défendeur a expliqué que cela avait été fait pour protéger leur identité pendant que des représentants du gouvernement hongrois témoignaient. Cet arrangement avait été accepté par leur avocat.

La conclusion concernant le caractère adéquat de la protection de l'État en était une de fait et elle est assujettie à la norme de la décision manifestement déraisonnable. Un examen des deux décisions a révélé que la formation avait tenu compte de la preuve éayant les deux points de vue sur cette question. Il était raisonnablement loisible à la formation de parvenir aux conclusions qu'elle a tirées.

En ce qui a trait aux dépens, les demandeurs ont soutenu que, peu importe le résultat, ils devraient avoir droit aux dépens du fait du caractère unique du présent litige: une allégation de partialité institutionnelle dans la première cause type que la CISR ait jamais entreprise. En décidant d'organiser une cause type, la Commission savait dans quoi elle s'engageait: dans un courriel interne, il a été souligné qu'une telle cause type pourrait «attirer l'attention et provoquer un débat ou une contestation judiciaire». Compte tenu de la nature nouvelle et du caractère litigieux reconnu de l'approche de la cause type, les demandeurs ne devraient pas avoir à financer un contrôle judiciaire pour mettre ce concept à l'épreuve.

La question suivante a été certifiée en vue d'être portée à l'attention de la Cour d'appel fédérale: La CISR avait-elle compétence pour entendre une «cause type» en vertu de la *Loi sur l'immigration*?

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13(1)(b), 15(1), 19(1), 21(1)(a),(b), 23, 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 3).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55), 67(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), (2)(d) (mod., *idem*), 68 (mod., *idem*).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 159(h).

2001, ch. 27, art. 159h).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, tarif B, colonne V.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 4 F.C. 85; (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 130; 271 N.R. 91; 2001 FCA 191; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126; *Nunez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 189 F.T.R. 147 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330; 17 Admin. L.R. (2d) 214; 22 Imm. L.R. (2d) 1; 161 N.R. 200 (C.A.); *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; (1994), 133 N.S.R. (2d) 81; 117 D.L.R. (4th) 7; 92 C.C.C. (3d) 218; 32 C.R. (4th) 34.

##### CONSIDERED:

*Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Faghihi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 249; (1999), 173 F.T.R. 193; 2 Imm. L.R. (3d) 196 (T.D.); aff'd (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 358; 2001 FCA 163; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 299; 59 C.C.C. (3d) 321; 80 C.R. (3d) 235; 119 N.R. 321; *Kabir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 2 F.C. 564; (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 252; 2001 FCT 1267.

##### REFERRED TO:

*Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d)

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 4 C.F. 85; (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 130; 271 N.R. 91; 2001 CAF 91; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126; *Nunez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 189 F.T.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISION DISTINCTE:

*Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330; 17 Admin. L.R. (2d) 214; 22 Imm. L.R. (2d) 1; 161 N.R. 200 (C.A.); *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; (1994), 133 N.S.R. (2d) 81; 117 D.L.R. (4th) 7; 92 C.C.C. (3d) 218; 32 C.R. (4th) 34.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Faghihi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 249; (1999), 173 F.T.R. 193; 2 Imm. L.R. (3d) 196 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 358; 2001 CAF 163; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 299; 59 C.C.C. (3d) 321; 80 C.R. (3d) 235; 119 N.R. 321; *Kabir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 2 C.F. 564; (2001), 17 Imm. L.R. (3d) 252; 2001 CFPI 1267.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C.

193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884; (2003), 227 D.L.R. (4th) 193; [2004] 1 W.W.R. 1; 3 Admin. L.R. (4th) 163; 109 C.R.R. (2d) 65; 306 N.R. 34; 2003 SCC 36; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Rezaei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 421; (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 191; 225 F.T.R. 260; 25 Imm. L.R. (3d) 289; 2002 FCT 1259; *Horvath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 583; [2001] F.C.J. No. 901 (QL); *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Bader v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 304; [2002] F.C.J. No. 408 (QL); *Conkova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 300 (T.D.) (QL); *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.).

APPLICATIONS for judicial review of IRB decisions (*A.A.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 1 (QL); *F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 2 (QL)) rejecting refugee claims in which the principal issue was as to whether the Board had jurisdiction to conduct a “lead case” under the former *Immigration Act*. Applications dismissed.

#### APPEARANCES:

*Amina S. Sherazee* for applicants.  
*I. John Loncar* and *Amina Riaz* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Downtown Legal Services*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] CAMPBELL J.: In 1998, the Immigration and Refugee Board (the IRB) decided to produce a

(3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884; (2003), 227 D.L.R. (4th) 193; [2004] 1 W.W.R. 1; 3 Admin. L.R. (4th) 163; 109 C.R.R. (2d) 65; 306 N.R. 34; 2003 CSC 36; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Rezaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 421; (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 191; 225 F.T.R. 260; 25 Imm. L.R. (3d) 289; 2002 CFPI 1259; *Horvath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 583; [2001] A.C.F. n° 901 (QL); *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Bader c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 304; [2002] A.C.F. n° 408 (QL); *Conkova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 300 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.).

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions de la CISR (*A.A.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. n° 1 (QL); *F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. n° 2 (QL)) qui ont rejeté des revendications du statut de réfugié dans lesquelles la principale question en litige était de savoir si la Commission avait compétence pour entendre une «cause type» dans le cadre de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Demandes rejetées.

#### ONT COMPARU:

*Amina S. Sherazee* pour les demandeurs.  
*I. John Loncar* et *Amina Riaz* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Services juridiques du centre-ville*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE CAMPBELL: En 1998, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) a décidé

precedent, coined a “lead case”, out of concern for growing numbers of Roma refugee claimants from Hungary. The stated purpose of the exercise was to establish a base line of legal and factual issues to promote consistency in subsequent claim decisions. While the applicants in the present applications agreed to participate in the test case process on the advice of their counsel, after having their claims rejected, they challenge the jurisdiction of the Board to conduct such an exercise. They also allege that a perception of bias existed on the part of the Board when the lead case idea was conceived and conducted; they allege that the motive was to increase the rejection rate of claims by Hungarian Roma by creating a well-reasoned and well-documented rejection precedent which would be promoted to be followed by other panels of the IRB.

[2] For the reasons which follow, I find that the challenge fails.

### I. Overview

#### A. The applicants

[3] The applicants, all citizens of Hungary, claim refugee status on the basis of a well-founded fear of persecution either because of their Roma ethnicity or because of their mixed Hungarian and Roma background. Several claimants also base their claims on the additional ground of membership in a particular social group, namely that of family. Their claims include allegations that they suffered mistreatment in school, employment and the military, that they were the victims of continued threats and physical attacks by racist groups, and that the police refused to protect them. The applicants say they fear returning to Hungary as they would be subject to a continuation of the maltreatment which they suffered before they left the country.

#### B. The nature of the lead case initiative

[4] As the applicants’ arguments relate to the “lead case” format, it is useful to briefly describe what that entailed. The lead case initiative was the IRB’s response

d’établir un précédent, qu’elle a appelé une «cause type», parce qu’elle se préoccupait du nombre croissant de Roms hongrois qui revendiquaient le statut de réfugié. L’exercice avait pour but avoué d’établir une base de questions juridiques et factuelles afin d’assurer la cohérence des décisions à rendre pour répondre aux revendications. Bien que les demandeurs dans les présentes demandes aient accepté de participer à la cause type sur l’avis de leurs avocats, ils ont décidé, une fois leurs revendications rejetées, de contester la compétence de la CISR de se livrer à un tel exercice. Ils allèguent également qu’il y aurait eu apparence de partialité de la part de la CISR dans la conception et l’audition de la cause type; selon eux, l’objectif était d’augmenter le taux de rejet des revendications présentées par les Roms hongrois en créant un précédent bien argumenté et bien documenté que les autres formations de la CISR seraient invitées à suivre.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la contestation doit être rejetée.

### I. Aperçu

#### A. Les demandeurs

[3] Les demandeurs, tous citoyens hongrois, revendiquent le statut de réfugié au motif qu’ils craignent avec raison d’être persécutés, soit à cause de leur appartenance ethnique au groupe rom ou de leur appartenance mixte à la Hongrie et au groupe rom. Plusieurs demandeurs fondent également leurs revendications sur un autre motif, celui de l’appartenance à un groupe social particulier, soit celui de la famille. Selon les allégations énoncées dans leurs revendications, ils ont été maltraités à l’école, dans leur emploi et dans l’armée, ils ont fait l’objet de menaces répétées et d’attaques physiques par des groupes racistes, et la police refuse de les protéger. Les demandeurs prétendent craindre de retourner en Hongrie parce qu’ils continueraient d’y subir les mauvais traitements dont ils ont été victimes avant de quitter le pays.

#### B. La nature de la cause type

[4] Étant donné que les arguments présentés par les demandeurs ont trait à la formule de la «cause type», il est utile de rappeler brièvement ce que cette formule

to increasing numbers of refugee claims by Roma from Hungary in 1998, claims which were relatively new to the IRB at that time. The IRB decided to select a representative sample of similar claims, and place as much evidence as possible, including expert evidence, before one panel of the IRB to facilitate the writing of comprehensive reasons on all of the key legal and evidentiary points in typical cases involving Roma from Hungary.

[5] The rationale for producing the lead cases was published by the IRB in a March 1999 “Lead Case Backgrounder” which reads as follows (IRB “Lead Cases Backgrounder”, March 1999; Affidavit of Lisa Cirillo dated March 12, 2004, page 1232):

The mission of the Immigration and Refugee Board (IRB), on behalf of Canadians, is to make well-reasoned decisions on immigration and refugee matters efficiently, fairly, and in accordance with the law.

The IRB is an expert tribunal. Knowledge on country conditions is a part of the expertise of the tribunal. The IRB is constantly seeking innovative ways to enhance its specialized knowledge of country conditions and to promote consistency in decision making. This is particularly important given the high volume of claims received each year by the IRB. The Board is therefore continually developing tools, such as the Chairperson’s Guidelines and commentaries on legal and procedural issues, that foster consistency and assist decision makers.

A variable and unpredictable caseload is another characteristic of the immigration and refugee environment. Social and political changes in source countries can generate sudden shifts in the number of claims referred to the Board. Refugee claims from the same country often raise issues that recur in many cases. To facilitate the efficient, in-depth examination of these recurring issues, the IRB may decide to select a representative sample of similar claims to be dealt with as “lead cases”.

A lead case has two objectives. It permits the IRB to establish a baseline of up-to-date and expert information on country

supposait. Cette initiative a été la façon dont la CISR a décidé de répondre à un nombre croissant de demandes du statut de réfugié de la part des Roms de Hongrie en 1998, revendications qui étaient relativement nouvelles à cette époque pour la CISR. Celle-ci a décidé de choisir un échantillon représentatif de revendications similaires et de présenter autant d’éléments de preuve que possible, y compris des témoignages d’experts, devant une formation de la CISR afin de faciliter la rédaction de motifs exhaustifs sur l’ensemble des principaux points juridiques et probatoires dans des causes types faisant intervenir des Roms de Hongrie.

[5] La CISR a publié en mars 1999 une «fiche d’information» dans laquelle elle expliquait la raison d’être des causes types dans les termes suivants (CISR «Fiche d’information sur les cas types», mars 1999; affidavit de Lisa Cirillo en date du 12 mars 2004, page 1232):

[TRADUCTION]

La mission de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (CISR) consiste à rendre, avec efficacité et équité, et au nom de tous les Canadiens, des décisions éclairées sur des questions touchant les immigrants et les réfugiés, conformément à la Loi.

La CISR est un tribunal spécialisé. La connaissance de la situation dans les pays d’origine est un des domaines de spécialisation du tribunal. La CISR cherche continuellement des moyens pour approfondir ses connaissances de la situation dans les pays d’origine et pour promouvoir la cohérence dans le processus décisionnel. Cela est particulièrement important étant donné le nombre élevé de revendications reçues chaque année par la CISR. Par conséquent, la Commission élabore en permanence des outils, notamment les Directives données par la présidente et les observations sur des questions de droit et de procédure, pour favoriser la cohérence et aider les décideurs.

Le caractère variable et imprévisible de la charge de travail est un autre trait caractéristique du milieu de l’immigration et des réfugiés. Les changements sociaux et politiques dans les pays sources peuvent entraîner une variation soudaine du nombre de revendications déferées à la Commission. Les revendications provenant de demandeurs originaires du même pays soulèvent souvent des questions répétitives. En vue de faciliter l’examen en profondeur de questions répétitives, la CISR peut décider de sélectionner un échantillonnage représentatif de revendications qui seront traitées comme des «cas types».

L’objectif du concept des cas types est double. Il permet à la CISR d’établir une documentation de base spécialisée et à jour

conditions in respect of a country from which there is a sudden shift in the volume or type of refugee claim. A lead case also gives focus to the principal legal issues that arise from those facts. This is consistent with the role of the Board's Refugee Division, which acts as an expert tribunal having specialised knowledge of human rights conditions in countries from whose nationals the Board received claims.

The decision to use this concept in dealing with the current influx of Hungarian Roma claimants arose from recent IRB experiences with large influxes of refugee claims from the Czech Republic (also Roma) and Chile.

The use of lead cases does not infringe on the independence of Board decision makers. Neither the evidence presented in lead cases, nor the decisions reached in those cases, are binding on subsequent panels. It is the role of the panel in a subsequent case to assess the evidence presented and examined in a relevant lead case, as well as the reasoning used to arrive at that decision. Given the expertise of the witnesses called by the parties and the quality of the documentary materials introduced in evidence in lead cases, it is expected that the evidence will be given appropriate weight by subsequent panels. It is also expected that subsequent panels will carefully consider the reasoning applied by the panel in arriving at its decision.

A lead case is not, in itself, determinative of other cases. It is the right of counsel in subsequent cases to call further or better evidence, or to bring to light relevant distinctions to be made between the facts of a lead case and those before the subsequent panel. Nothing in the concept of the lead case limits the rights of any party to call evidence or conduct their case in a manner appropriate to the requirements of that case.

As a leading-edge administrative tribunal dedicated to excellence in all its practices and procedures, the IRB will continue to seek innovative ways to enhance its specialized knowledge of country conditions and promote consistency in decision making.

### C. The production of the two cases under consideration

[6] In the spring of 1998, the IRB decided to consolidate its resources behind the Hungarian Roma lead case initiative. A refugee claims officer was selected and the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) was invited to participate in the hearings. The applicants' counsel at that time, Mr. Peter Wuebolt, was asked to participate in the lead cases on the basis that he

sur un pays d'origine pour lequel on enregistre une variation soudaine du nombre ou du genre de revendications du statut de réfugié. Ce concept met également l'accent sur les principales questions de droit soulevées par les faits en question. Cela est conforme au mandat de la Section du statut de réfugié de la CISR, qui est un tribunal spécialisé ayant des connaissances spécialisées de la situation des droits de la personne dans les pays sources de réfugiés.

La décision d'utiliser le concept des cas types pour répondre à l'afflux actuel des Roms de Hongrie a été prise à la suite de l'expérience récente de la CISR, qui avait été saisie de revendications de demandeurs venant en grand nombre de la République tchèque (également des Roms) et du Chili.

L'utilisation du concept des cas types ne porte pas atteinte à l'indépendance des décideurs de la CISR. Ni les éléments de preuve présentés ni les décisions rendues dans ces cas ne sont d'application obligatoire pour les tribunaux ultérieurs. C'est le rôle du tribunal qui entend un cas d'apprécier la preuve présentée et examinée lors de l'audition d'un cas type, de même que le raisonnement suivi pour arriver à la décision. Compte tenu des connaissances spécialisées des témoins cités par les parties et de la qualité des documents présentés en preuve dans les cas types, on s'attend à ce que les tribunaux ultérieurs apprécient à leur juste valeur la preuve présentée. On s'attend également à ce que les tribunaux ultérieurs examinent soigneusement le raisonnement suivi par le tribunal pour rendre sa décision.

Un cas type n'est pas en soi déterminatif des autres cas. Le conseil a le droit, dans des cas présentés ultérieurement, de présenter d'autres preuves ou de meilleures preuves, ou de faire ressortir les éléments qui distinguent les faits d'un cas type de ceux de cas présentés ultérieurement. Le concept des cas types ne limite nullement le droit d'une partie de produire une preuve ou de traiter un cas d'une manière qui convienne aux exigences de ce cas.

En qualité de tribunal administratif d'avant-garde, la CISR vise l'excellence dans toutes ses pratiques et procédures, et en faisant preuve d'innovation, améliorera ses connaissances spécialisées de la situation dans les pays et favorisera la cohérence dans la processus décisionnel.

### C. La production des deux causes à l'étude

[6] Au printemps de 1998, la CISR a décidé de regrouper ses ressources pour l'audition de la cause type concernant les Roms hongrois. Un agent des revendications du statut de réfugié a été choisi et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a été invité à participer aux audiences. On a demandé à l'avocat qui représentait à l'époque les

was the lawyer with the largest inventory of pending Hungarian claims before the IRB. On the evidence in the record of the present applications, there is no doubt that, from that point forward, Mr. Wuebolt became a most willing and active participant. Mr. Wuebolt assisted the IRB in reviewing his inventory of files with a view to determining which claims would be adjudicated as lead cases, such review including the applicants. The final selection of the applicants' cases was made by the Operations Service Manager for the Europe team of the IRB. Counsel spoke to the applicants to explain the lead case format and obtained the applicants' consent to participate.

[7] The panel hearing the lead cases consisted of Ms. Barbara Berger and Mr. Vladimir Bubrin. The panel members were selected based on their familiarity with the relevant country conditions in Hungary and, in an attempt to ensure that a broader national perspective was brought to bear in the claims, the fact that they came from different regions in Canada. Another member of the IRB, Mr. Berzoor Popatia, had initially been selected to sit as the second member on the hearing panel; however, he was subsequently unable to do so. Consequently, Mr. Bubrin, a member of the IRB Europe team who had been involved in case managing the issues related to the Hungarian Roma cases, was selected to sit as the second panel member.

#### D. The hearing of the two cases under consideration

[8] From October to November 1998, a cumulative total of fourteen hearing days were held in which testimony was heard from the two sets of applicants as well as six witnesses called to give expert evidence on the situation of Roma in Hungary; four testified for the respondent and two for the applicants. For convenience, the expert evidence was heard jointly and applied to both refugee claims. However, the unique allegations of persecution made by each set of claimants were heard by the IRB at separate sittings before the panel.

demandeurs, M<sup>e</sup> Peter Wuebolt, de participer aux causes types, parce que c'est lui qui défendait le plus grand nombre de revendications du statut de réfugié présentées par des Hongrois devant la CISR. D'après la preuve qui figure au dossier dans les présentes demandes, il ne fait aucun doute que, à partir de ce moment, M<sup>e</sup> Wuebolt a participé de façon très active et tout à fait volontaire. Il a aidé la CISR à examiner ses dossiers afin de déterminer quelles revendications pourraient être étudiées en tant que causes types, et cet examen incluait les revendications des demandeurs. La sélection finale des causes des demandeurs a été faite par le chef du Service des opérations de l'équipe européenne de la CISR. L'avocat a parlé aux demandeurs pour leur expliquer la formule de la cause type et obtenir d'eux qu'ils acceptent d'y participer.

[7] La formation qui a entendu les causes types se composait de M<sup>me</sup> Barbara Berger et de M. Vladimir Bubrin. Les membres de la formation ont été choisis en fonction de leur connaissance de la situation du pays pertinent, soit la Hongrie, et, dans un effort visant à assurer que l'étude des revendications profite d'une perspective nationale élargie, en raison du fait qu'ils provenaient de régions différentes du Canada. Un autre membre de la CISR, M. Berzoor Popatia, avait d'abord été choisi pour siéger à titre de second membre de la formation, mais il en a été empêché par la suite. Par conséquent, M. Bubrin, membre de l'équipe européenne de la CISR qui avait participé à l'étude des questions ayant trait aux causes des Roms hongrois a été choisi pour le remplacer.

#### D. L'audition des deux causes à l'étude

[8] D'octobre à novembre 1998, on a tenu au total quatorze jours d'audience au cours desquels ont été entendus les témoignages des deux groupes de demandeurs, de même que les dépositions de six témoins appelés à donner une preuve d'expert sur la situation des Roms en Hongrie; quatre personnes ont témoigné pour le compte du défendeur et deux pour le compte des demandeurs. Pour des raisons de commodité, les témoignages d'experts ont été entendus conjointement et ont été appliqués aux deux revendications du statut de réfugié. Toutefois, les allégations particulières de persécution présentées par chaque groupe de demandeurs

ont été entendues par la CISR au cours de séances distinctes devant la formation.

#### E. The result

[9] On January 20, 1999, in two lengthy written decisions, the IRB determined that the applicants were not Convention refugees. The IRB gave little weight to the testimony of the individual applicants as it was found to be lacking in credibility and based on an exaggeration of the severity of the applicants' past problems in Hungary, including attacks by racist groups. The IRB preferred the documentary evidence and expert witness testimony, particularly the testimony of the four expert witnesses called by the Minister, as their evidence was current and emanated from on-the-ground experience. In each case, the IRB found that, although the applicants may face discrimination if they return to Hungary, such discrimination does not amount to persecution. Moreover, the IRB found that there was adequate state protection for Roma in Hungary. At paragraphs 85-87 of the decision involving the principal applicant Geza Kozak and his family (IMM-488-99), the panel made the following critical findings [*A.A.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 1 (QL)]:

Notwithstanding the regrettable situation of the Roma in Hungary, the purpose of Canada's refugee determination process is not to right another country's historical wrongs, nor to provide better employment and educational opportunities and a higher standard of living; all those are Hungary's responsibility. Our role is to determine the need for protection for those individuals who have a well-founded fear of persecution. That is not to say that there are no instances in Hungary today in which the levels of discrimination against Roma would not amount to persecution. In our opinion, however, these would be rare and exceptional. We find that it is certainly not the case in the circumstances of the claimants before us.

Even if we had found that the fear of discrimination which the claimants fear on returning to Hungary was serious, that is, even if we had found that the claimants feared "actions which deny human dignity in any key way" and that they were being "denied core human rights in a sustained or systematic way", we would still find that their fear of persecution is not

#### E. Le résultat

[9] Le 20 janvier 1999, dans deux longues décisions écrites, la CISR a statué que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Elle a accordé peu de poids aux témoignages des demandeurs eux-mêmes, étant donné qu'elle a conclu qu'ils manquaient de crédibilité et qu'ils exagéraient la gravité des difficultés qu'ils avaient connues en Hongrie, y compris les attaques par des groupes racistes. La CISR a préféré la preuve documentaire et les témoignages d'experts, particulièrement le témoignage des quatre experts cités par le ministre, étant donné que ce témoignage était d'actualité et découlait d'une expérience sur le terrain. Dans chaque cas, la CISR a statué que, même si les demandeurs pourraient faire l'objet de discrimination s'ils étaient renvoyés en Hongrie, cette discrimination n'équivalait pas à de la persécution. Qui plus est, la CISR a statué que la protection de l'État était adéquate pour les Roms en Hongrie. Aux paragraphes 85 à 87 de la décision portant sur le demandeur principal, Geza Kozak et sa famille (IMM-488-99), la formation a tiré les conclusions essentielles suivantes [*A.A.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. n° 1 (QL)]:

[TRADUCTION] Malgré la situation regrettable des Roms en Hongrie, le processus de détermination du statut de réfugié au Canada n'a pas pour objectif de réparer les injustices historiques commises dans un autre pays, ni d'offrir de meilleures possibilités d'emploi et d'éducation et un meilleur niveau de vie: ce sont là les responsabilités de la Hongrie. Notre rôle est de déterminer s'il est nécessaire d'assurer une protection aux personnes qui ont une crainte fondée d'être persécutées. Nous ne voulons pas dire qu'il n'y a pas à l'heure actuelle en Hongrie des cas où les niveaux de discrimination contre des Roms n'équivalaient pas à de la persécution. Toutefois, à notre avis, ces cas sont rares et exceptionnels. Et nous concluons que ce n'est certainement pas le cas dans la situation que les demandeurs ont exposée devant nous.

Même si nous avons conclu que la crainte de discrimination qu'ont exprimée les demandeurs s'ils devaient être renvoyés en Hongrie était sérieuse, c'est-à-dire que, même si nous avons conclu que les demandeurs craignaient d'être victimes «de gestes qui portent atteinte à la dignité humaine dans ce qu'elle a de plus essentiel» et qu'on avait enfreint à



well-founded. This is because, in our opinion, they have not rebutted the presumption that the Hungary [*sic*] is able to afford them protection. Nor have they provided a reasonable explanation as to why they are unwilling to seek Hungary's protection and that if they were to seek it that such protection would not be reasonably forthcoming. The principal claimant's statement at the end of the hearing on behalf of all four claimants that they cannot expect assistance from the Hungarian government or the police, was in our opinion, an insufficient explanation to meet the evidentiary test postulated in *Ward*: "clear and convincing confirmation of a state's inability to protect."

From the documentary evidence before us, we have ascertained that the Hungarian government is making a concerted effort to improve the situation of its Roma minority. In terms of the issue of protection, which is of particular importance for an analysis, we find that what the evidence reflects is that the government is making a "serious effort to protect its citizens" as contemplated in *Villafranca*.

[10] Similarly, at paragraphs 62, 118 and 151 of the decision related to the principal claimant Sandor Smajda and his family (IMM-491-99), the panel found as follows [*F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 2 (QL)]:

Based on the existing legal framework, on the panel's appreciation of the claimants' written and oral testimony, we find that the acts of discrimination, which the claimants did undeniably suffer in Hungary, do not amount to persecution, individually nor cumulatively, and therefore they do not justify a well-founded fear of persecution.

...

In depth analysis of the claimants' and witnesses' testimony as well as all the documentary evidence leads us to conclude, that anti-Roma prejudice still exists in Hungary. There are well-documented cases of segregation and different treatment in education, prejudice in housing, including incidents of forced evictions, discrimination in employment, cases of police indifference and even brutality, instances of an unequal treatment by the justice system, incidents of violence, insults and exclusion of Roma in everyday life. Nevertheless we have also concluded that the government introduced into law and

leur égard «des droits de la personne essentiels de façon continue ou systématique», nous en arriverions quand même à la conclusion que leur crainte d'être persécutés n'est pas fondée. À notre avis, la raison en est qu'ils n'ont pas réussi à réfuter la présomption selon laquelle la Hongrie est en mesure de leur accorder sa protection. Ils n'ont pas non plus fourni d'explication raisonnable quant à savoir pourquoi ils ne se sont pas prévalus de la protection de la Hongrie et pourquoi, s'ils le faisaient, cette protection ne leur serait pas assurée d'une façon raisonnable. La déclaration du demandeur principal à la fin de l'audience, au nom des quatre demandeurs, selon laquelle ils ne pouvaient s'attendre à une quelconque aide de la part du gouvernement hongrois ou de la police de ce pays, était, à notre avis, une explication insuffisante pour respecter le critère de preuve énoncé dans l'arrêt *Ward*: «confirmer d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer sa protection».

D'après la preuve documentaire dont nous étions saisis, nous avons pu déterminer que le gouvernement hongrois déploie des efforts concertés pour améliorer la situation de la minorité rome. Pour ce qui est de la question de la protection, qui est d'une importance particulière dans cette analyse, nous estimons que la preuve fait ressortir que le gouvernement fait des «efforts sérieux pour protéger ses citoyens», comme l'exigeait l'arrêt *Villafranca*.

[10] De même, aux paragraphes 62, 118 et 151 de la décision ayant trait au demandeur principal Sandor Smajda et sa famille (IMM-491-99), la formation a tiré les conclusions suivantes [*F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. n° 2 (QL)]:

[TRADUCTION] En nous appuyant sur le cadre juridique existant, et après avoir apprécié les témoignages écrits et verbaux des demandeurs, nous concluons que les gestes de discrimination, dont ont indiscutablement été victimes les demandeurs en Hongrie, n'équivalent pas à des actes de persécution, ni individuels ni cumulatifs, et par conséquent qu'ils ne justifient pas une crainte d'être persécutés.

[. . .]

Une analyse approfondie des dépositions des demandeurs et des témoins, de même que l'ensemble de la preuve documentaire nous amènent à conclure qu'il existe encore en Hongrie un préjugé anti-Rom. Il y a des cas bien documentés de ségrégation et de différences de traitement dans le système d'éducation, des préjugés au niveau du logement, notamment des incidents d'éviction forcée, de la discrimination dans l'emploi, des cas d'indifférence policière et même de brutalité, des inégalités de traitement dans le système judiciaire, des incidents de violence, des insultes et des cas d'exclusion dans

into practice a large array of measures directed towards the *Roma*. While imperfect and maybe insufficient to reverse in a short period all historically accumulated injustices, those measures, in our view, can be considered in general as appropriate in order to address the situation of the *Roma* in Hungary. When acts of discrimination do occur, the State is willing to hold the perpetrators legally responsible, through established mechanisms available to the national and ethnic minorities, including the *Roma*.

...

For all the above reasons, we conclude that the claimants did not discharge the burden of proof in order to establish that they face a reasonable chance or serious possibility of persecution on the grounds of their *Roma* nationality or their membership in a particular social group should they go back to Hungary.

#### F. The present applications

[11] In the present two separate applications under consideration, the applicants seek to set aside the January 20, 1999 IRB decisions rejecting their refugee claims. While the applications are not joined, by agreement, they were heard together and, consequently, these reasons apply to both applications.

[12] It is important to note that, while in each case the IRB made negative credibility findings, these are uncontested; and while in each case the IRB made a finding that the suffering experienced by the applicants was merely a result of discrimination and not persecution, this is also uncontested.

[13] The attack on each decision is limited to three generic prongs: an allegation of bias against the IRB in producing the lead cases; an attack on the uniform procedure adopted in the actual hearing process for each case as a breach of due process; and an attack on the finding of state protection in each case.

la vie de tous les jours. Néanmoins, nous avons également conclu que le gouvernement a adopté des mesures législatives et pratiques qui visent directement les Roms. Bien que ces mesures soient imparfaites et peut-être insuffisantes pour remédier dans un court laps de temps à toutes les injustices accumulées depuis de longues années, à notre avis, elles peuvent être considérées en général comme des mesures appropriées pour corriger la situation des Roms en Hongrie. Quand des gestes de discrimination se produisent, l'État est disposé à tenir les coupables juridiquement responsables, en appliquant des mécanismes bien établis dont peuvent se prévaloir les minorités nationales et ethniques, notamment les Roms.

[...]

Pour les raisons exposées ci-dessus, nous concluons que les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombeait d'établir qu'il y a des risques raisonnables ou sérieux qu'ils puissent être persécutés du fait de leur appartenance à la nationalité rom ou de leur appartenance à un groupe social particulier, s'ils devaient retourner en Hongrie.

#### F. Les demandes en l'espèce

[11] Dans les deux demandes séparées qui sont à l'étude en l'espèce, les demandeurs cherchent à faire infirmer les décisions de la CISR rendues le 20 janvier 1999, et par lesquelles leurs revendications du statut de réfugié ont été rejetées. Bien que les demandes n'aient pas été jointes, elles ont été entendues ensemble sur consentement des parties et, par conséquent, les présents motifs s'appliquent aux deux demandes.

[12] Il est important de noter que, même si dans chacun des cas la CISR en est arrivée à des conclusions négatives sur le plan de la crédibilité, ses conclusions n'ont pas été contestées; et bien que, dans chaque cas, la CISR soit parvenue à la conclusion que les souffrances qu'ont connues les demandeurs étaient simplement le résultat de la discrimination et non pas de la persécution, cette conclusion n'a pas non plus été contestée.

[13] La contestation de chaque décision s'articule sur trois points généraux: une allégation de partialité faite à l'encontre de la CISR dans la conduite des causes types; une contestation de la procédure uniforme adoptée pour l'audition de chaque cause qui constituerait un manquement à l'application régulière de la loi; et une

contestation de la conclusion concernant la protection de l'État dans chaque cas.

## II. The Allegation of Bias

[14] For clarity, in this section of the reasons, since the allegation of bias is the same in each application, and since the record in each application is the same with respect to this issue, the analysis which follows will refer only to a single “lead case”. The conclusion reached applies equally to each of the applications.

[15] The applicants do not allege actual bias on the part of the IRB members who participated in the production of, and the hearing of, the lead case. Rather, they argue that the whole course of the IRB's conduct raises an apprehension of bias.

### A. The test for apprehension of bias

[16] In *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394, de Grandpré J. enunciated the test for reasonable apprehension of bias as follows:

... the apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would a informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly?”

The test recognizes the importance of impartiality which, at common law “refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word ‘impartial’ . . . connotes absence of bias, actual or perceived” (Le Dain J. in *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at page 685, cited in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association.*, [2003] 1 S.C.R. 884, at paragraph 18). Impartiality and the appearance of impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case, but also to individual and

## II. L'allégation de partialité

[14] Pour fins de précision, dans cette partie des motifs, étant donné que l'allégation de partialité est la même dans chacune des demandes, et puisque le dossier de chaque demande est identique sur cette question, l'analyse qui suit ne fera référence qu'à une seule «cause type». La conclusion à laquelle la Cour est parvenue s'applique également à chaque demande.

[15] Les demandeurs n'allèguent pas qu'il y a eu véritablement partialité de la part des membres de la CISR qui ont participé à l'élaboration et à l'audition de la cause type. Ils font plutôt valoir que c'est la conduite de la CISR dans son ensemble qui soulève une crainte de partialité.

### A. Le critère applicable à la crainte de partialité

[16] Dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394, le juge de Grandpré a énoncé le critère applicable à une crainte raisonnable de partialité dans les termes suivants:

[...] la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-on que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Le critère reconnaît l'importance de l'impartialité qui, en common law, «désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme “impartial” [...] connote une absence de préjugé, réel ou apparent» (le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la page 685, cité dans l'arrêt *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, au paragraphe 18). L'impartialité et l'apparence d'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice

public confidence in the administration of justice (*Valente*, at page 689).

[17] The applicants do not challenge the test for a reasonable apprehension of bias; however, they contest the level of proof required to reach a finding that the test has been met. The applicants argue that to succeed on their bias argument, they need only demonstrate reasonable grounds for an apprehension of bias. I do not accept this argument.

[18] The case law is clear that the grounds for the apprehension must be substantial (see *Committee for Justice and Liberty*, at pages 394-395; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraphs 31 and 112). As Cory J. noted in *S. (R.D.)*, at paragraph 112, the jurisprudence supports the contention that a real likelihood or probability of bias must be demonstrated, and that a mere suspicion is not sufficient (see also *Bell Canada*, at paragraphs 17, 18, and 50).

[19] A two-part test was articulated in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at page 144 to assess whether there exists a reasonable apprehension of bias on an institutional level, as opposed to bias that arises from the personal views or interests of a tribunal member. This test was modified in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paragraph 67 for application in the administrative context as follows:

Step One: Having regard for a number of factors including, but not limited to, the potential for conflict between the interests of tribunal members and those of the parties who appear before them, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases?

Step Two: If the answer to that question is no, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis. [Underlining in original].

#### B. The content of the record under consideration

[20] As the allegation of apprehension of bias arises from the record respecting the development of the lead case and its execution, an understanding of its content is important.

dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance d'un individu comme du public dans l'administration de la justice (*Valente*, à la page 689).

[17] Les demandeurs ne contestent pas le critère applicable à une crainte raisonnable de partialité; toutefois, ils contestent le niveau de preuve exigé pour être en mesure de conclure que le critère a été respecté. Ils font valoir que, pour prouver leurs arguments fondés sur la partialité, il leur suffit de démontrer l'existence de motifs raisonnables. Je n'accepte pas cet argument.

[18] La jurisprudence indique clairement que les motifs de crainte doivent être sérieux (voir *Committee for Justice and Liberty*, à la page 395; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, aux paragraphes 31 et 112). Comme le juge Cory le notait au paragraphe 112 dans *S. (R.D.)*, la jurisprudence appuie la prétention selon laquelle une réelle probabilité de partialité doit être démontrée par opposition à un simple soupçon (voir également *Bell Canada*, aux paragraphes 17, 18 et 50).

[19] Un double critère a été énoncé dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la page 144; il s'agit d'évaluer s'il existe une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel par opposition à une crainte de partialité qui s'appuierait sur les opinions ou les intérêts personnels d'un membre d'un tribunal. Ce critère a été modifié dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 67 afin d'être appliqué dans le contexte administratif:

Première étape: Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris, mais sans s'y restreindre, le risque de conflit entre les intérêts des membres des tribunaux et ceux des parties qui comparaissent devant eux, une personne pleinement informée éprouvera-t-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas?

Deuxième étape: Si la réponse à cette question est négative, on ne saurait alléguer qu'il y a crainte de partialité sur le plan institutionnel, et la question doit se régler au cas par cas. [Souligné dans l'original.]

#### B. Le contenu du dossier à l'étude

[20] Étant donné qu'une crainte de partialité a été alléguée dans le dossier concernant l'élaboration de la cause type et son déroulement, il est important d'en comprendre le contenu.

[21] The record includes, as the tribunal record, that which might be found in any refugee claim being the applicants' port-of-entry statements, personal information forms, a transcript of the hearings, and the applicants' affidavits in support of the present applications. However, the record also includes some unique affidavit evidence discussed just below.

### 1. The disclosure

[22] On October 22, 2002, being the first day of the hearing of the applications, the issue of the completeness of the tribunal record was raised by Mr. Rocco Galati, counsel acting for the applicants at that time. Ultimately, in compliance with an *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] request, the IRB disclosed, in their entirety, approximately 425 pages of internal correspondence, and, partially, 50 pages of internal correspondence. Approximately 550 pages were withheld with exemptions being claimed under the following provisions of the *Access to Information Act*: paragraph 13(1)(b) (information obtained in confidence from an international organization of states); subsection 15(1) (information injurious to the conduct of international affairs and the defence of Canada or allied state); subsection 19(1) (personal information); paragraph 21(1)(a) (advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown); paragraph 21(1)(b) (an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown); section 23 (solicitor-client privilege); and section 69 (confidences of the Queen's Privy Council for Canada). A further some 500 pages were not disclosed on the basis that they were considered not to be relevant.

[23] It is important to note that Ms. Amina Shirazee, who succeeded Mr. Galati as counsel for the applicants and who made final argument in the applications, did not contest the disclosure made by the IRB.

[21] Le dossier renferme, sous l'onglet dossier du tribunal, ce qu'on peut trouver dans toute revendication du statut de réfugié c'est-à-dire les déclarations des demandeurs au point d'entrée, les formulaires de renseignements personnels, une transcription des audiences, ainsi que les affidavits des demandeurs à l'appui des présentes. Toutefois, le dossier renferme également une preuve par affidavit qui est discutée ci-dessous.

### 1. La divulgation

[22] Le 22 octobre 2002, qui était le premier jour d'audition des demandes, la question de l'exhaustivité du dossier du tribunal a été soulevée par M. Rocco Galati, qui à cette époque représentait les demandeurs. Au bout du compte, conformément à une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1], la CISR a divulgué, dans leur totalité, environ 425 pages de correspondance interne et, en partie, 50 pages de cette même correspondance. Environ 550 pages n'ont pas été communiquées, des exemptions ayant été réclamées en vertu des dispositions suivantes de la *Loi sur l'accès à l'information*: alinéa 13(1)(b) (renseignements obtenus à titre confidentiel d'une organisation internationale d'États); paragraphe 15(1) (renseignements dont la divulgation porterait préjudice à la conduite des affaires internationales et à la défense du Canada ou d'un État allié); paragraphe 19(1) (renseignements personnels); alinéa 21(1)(a) (avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre); alinéa 21(1)(b) (comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel); article 23 (secret professionnel des avocats); et article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 3] (documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada). Quelque 500 autres pages n'ont pas été communiquées parce qu'elles n'ont pas été jugées pertinentes.

[23] Il est important de noter que M<sup>me</sup> Amina Shirazee, qui a remplacé M. Galati comme avocat des demandeurs et qui a présenté l'argumentation finale, n'a pas contesté les renseignements communiqués par la CISR.

## 2. The unique affidavit evidence

[24] The applicants rely on an affidavit of Mr. Paul St. Clair, dated December 2, 2002, who has a PhD in sociology from the University of Toronto, attesting to a statistical drop in the IRB acceptance rates for Hungarian Roma claims subsequent to the lead case decision in January 1999, as well as two affidavits from members of the immigration bar, and three from members of Roma advocate organizations expressing concerns about the impact of the lead case.

[25] The respondent submitted affidavits, most notably an affidavit of Mr. Robert Orr, the Director General of the Refugees Branch of Citizenship and Immigration Canada (CIC), dated May 28, 2004, describing the ongoing relationship between CIC and the IRB. The exhibits to this affidavit show that this relationship has been regularized in a series of agreements, including the Administrative Framework Agreement dated December 13, 1996, which set out the goal of information sharing and cooperation on administrative measures with full recognition of the need to preserve the institutional independence of the IRB. The agreements clarify the relationship between CIC and IRB headquarters, which concerns high level policy and administrative matters that do not touch upon specific cases before the IRB. Areas of communication and consultation with the IRB include statistical trends that may impact on the IRB's actual or projected workloads, changes in identified resource requirements, and major legislative and regulatory proposals or new administrative procedures that will have a meaningful impact upon either CIC or the IRB. The IRB decision makers and refugee protection officers are not present at meetings between CIC and the IRB.

[26] The respondent also relied on the affidavit of Ms. Joan Steegstra, the Operations Service Manager for the Europe case management team, dated May 28, 2004, which outlines the way in which the lead case participants—including the claimants, refugee claims

## 2. La preuve par affidavit

[24] Les demandeurs s'appuient sur un affidavit de M. Paul St. Clair, daté du 2 décembre 2002, qui a un doctorat en sociologie de l'Université de Toronto, dans lequel il affirme qu'il y a une baisse statistique dans les taux d'acceptation de la CISR pour les revendications présentées par les Roms hongrois à la suite de la décision rendue en janvier 1999 à l'égard de la cause type, de même que sur deux affidavits déposés par des avocats spécialisés en droit de l'immigration, et trois affidavits de membres d'organismes de défense des Roms qui ont exprimé leurs inquiétudes au sujet des répercussions de la cause type.

[25] Le défendeur a aussi présenté des affidavits, notamment de M. Robert Orr, chef de la Direction générale des réfugiés de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), en date du 28 mai 2004, qui décrit les rapports existants entre CIC et la CISR. Les pièces jointes à cet affidavit démontrent que ces rapports ont été régularisés dans une série d'ententes, notamment l'Entente-cadre administrative, du 13 décembre 1996, qui énonce l'objectif visant l'échange de renseignements et la collaboration sur le plan des mesures administratives et qui reconnaît entièrement la nécessité de préserver l'indépendance institutionnelle de la CISR. Ces ententes précisent les rapports qui existent entre les administrations centrales de CIC et de la CISR sur des politiques de haut niveau et des questions administratives qui ne concernent pas les causes précises qui se trouvent devant la CISR. Les domaines de communication et de consultation avec la CISR portent sur des tendances statistiques qui peuvent influencer sur les charges de travail réelles ou projetées de la CISR, sur des modifications dans les besoins reconnus en ressources, et sur de grandes propositions législatives et réglementaires ou de nouvelles formalités administratives qui auront un impact décisif soit sur CIC, soit sur la CISR. Les décideurs de la CISR et les agents chargés de la protection des réfugiés n'assistent pas aux réunions entre CIC et la CISR.

[26] Le défendeur s'est également appuyé sur l'affidavit de M<sup>me</sup> Joan Steegstra, chef du Service des opérations pour l'équipe de gestion des cas de l'Europe, en date du 28 mai 2004, qui énonce la façon dont les participants au cas d'espèce—y compris les demandeurs, l'agent chargé

officer, counsel, interpreter, and panel members—were selected, and explains the involvement of the applicants' former counsel, Mr. Wuebolt, in selecting the applicants' claims to be heard as lead cases.

C. The arguments on apprehension of bias and conclusions reached

1. Jurisdiction to conduct a lead case

a. The applicants' argument

[27] The applicants submit that the IRB lacked the jurisdiction to conduct a Hungarian Roma lead case, and that its actions in so doing demonstrate a predisposition and institutional bias against Hungarian Roma making refugee claims in Canada.

[28] The applicants take the position that the IRB lacked the jurisdiction to initiate and conduct a lead case, and then use it as a precedent for subsequent decision makers, on the ground that there was no explicit statutory provision empowering the IRB to conduct such a case. In support of this position, the applicants argue that while paragraph 159(h) of the current *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] explicitly gives the Chairperson of the IRB the authority to issue jurisprudential guidelines, the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the *Immigration Act*), being the statute that was applied in the lead case, provided no such statutory authority; they submit that this demonstrates that Parliament did not intend to empower the Chairperson with the authority to issue jurisprudential guidelines to assist decision makers under the *Immigration Act*.

[29] The essential point being made in this argument is that the lead case was designed to assume the status of a jurisprudential guideline to be used to the detriment of Hungarian Roma. The issue of jurisdiction to conduct the lead case is discrete from its intended purpose; jurisdiction is addressed here, and the purpose is addressed in the analysis of the evidence immediately following.

des revendications du statut de réfugié, les avocats, l'interprète et les membres de la formation—ont été choisis et explique la participation de l'ancien avocat des demandeurs, M<sup>e</sup> Wuebolt, au processus de sélection des revendications des demandeurs qui ont été entendues à titre de causes types.

C. Les arguments portant sur la crainte de partialité et les conclusions tirées à cet égard

1. La compétence pour entendre une cause type

a. L'argument des demandeurs

[27] Les demandeurs soutiennent que la CISR n'avait pas compétence pour entendre une cause type sur les Roms de Hongrie, et que les mesures qu'elle a prises dans cet exercice démontrent un préjugé et une partialité institutionnelle à l'encontre des Roms hongrois qui revendiquent le statut de réfugié au Canada.

[28] Les demandeurs sont d'avis que la CISR n'avait pas la compétence pour constituer et entendre une cause type, et pour la proposer à titre de précédent aux décideurs subséquents, au motif qu'il n'existait pas de disposition législative explicite donnant à la CISR le pouvoir d'entendre une cause type. À l'appui de cette position, les demandeurs font valoir que, même si l'alinéa 159h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] donne explicitement au président de la CISR le pouvoir de donner des directives jurisprudentielles, l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la *Loi sur l'immigration*), qui était la loi en vigueur au moment de l'étude de la cause type, ne donnait aucun pouvoir d'origine législative de cette espèce; ils soutiennent que cela prouve que le législateur n'avait pas l'intention de donner au président le pouvoir de délivrer des directives jurisprudentielles pour venir en aide aux décideurs en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

[29] Le point essentiel qui ressort de cet argument est que la cause type a été conçue pour servir de directive jurisprudentielle devant être utilisée au détriment des Roms de Hongrie. La question de la compétence pour entendre la cause type est distincte de son objectif prévu; la question de la compétence est discutée ci-dessous et l'objectif est traité dans l'analyse de la preuve qui suit immédiatement.

b. The respondent's argument

[30] The respondent submits that the IRB had the jurisdiction to formulate and execute the lead case at common law, and by necessary implication, by the provisions of the *Immigration Act*. The respondent argues that, at common law, administrative tribunals have jurisdiction over their own procedures, that the lead case format is a matter of procedure, and that, therefore, the IRB has, and did have in 1998, the jurisdiction to conduct such a case. As stated by the majority in *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, at page 569, "In the absence of specific rules laid down by statute or regulation, [administrative tribunals] control their own procedures subject to the proviso that they comply with the rules of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice." More recently, in *Faghihi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 249 (T.D.), at paragraph 11; affd (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 1 (F.C.A.), the Court cited *Prassad* with approval and confirmed that the IRB has implicit jurisdiction over the process by which it discharges its statutory duties (see also *Rezaei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 421 (T.D.), at paragraph 48).

[31] The respondent argues that the IRB's jurisdiction over its own procedures also arose by necessary implication by statute as a result of the wide discretion granted to the tribunal under the *Immigration Act*. In particular, the respondent points to subsection 65(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55] of the *Immigration Act* which granted the Chairperson the power to issue guidelines to assist members in carrying out their duties; subsection 67(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] which gave the Refugee Division sole and exclusive jurisdiction to determine all questions of law and fact, and paragraph 67(2)(d) [as am. *idem*] which empowered the Refugee Division with the authority to do anything necessary to provide a full and proper hearing. To further support this contention, the respondent points to section 68 [as am. *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 57] which provided for informal, expeditious proceedings before

b. L'argument du défendeur

[30] Le défendeur soutient que la CISR avait la compétence pour constituer et entendre la cause type, selon la common law, et, nécessairement, selon les dispositions de la *Loi sur l'immigration*. Le défendeur soutient que, d'après la common law, les tribunaux administratifs sont maîtres de leur propre procédure, que la formule de la cause type est une question de procédure et que, par conséquent, la CISR a, et avait en 1998, compétence pour entendre une telle cause. Comme l'indiquait la majorité dans l'arrêt *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, aux pages 568 et 569: «En l'absence de règles précises établies par loi ou règlement, [les tribunaux administratifs] fixent leur propre procédure à la condition de respecter les règles de l'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, de respecter les règles de justice naturelle». Plus récemment, dans l'arrêt *Faghihi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 249 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 11; confirmé par (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 1 (C.A.F.), la Cour a cité l'arrêt *Prassad* en l'approuvant et a confirmé que la CISR a une compétence implicite sur la procédure au moyen de laquelle elle s'acquitte de ses fonctions d'origine législative (voir également *Rezaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 421 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 48).

[31] Le défendeur prétend que la compétence de la CISR sur sa propre procédure découle également, et par implication nécessaire, de la loi en raison du large pouvoir discrétionnaire qui est accordé au tribunal en vertu de la *Loi sur l'immigration*. En particulier, le défendeur cite le paragraphe 65(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55] de la *Loi sur l'immigration*, qui conférait au président le pouvoir de donner des directives afin d'assister les membres dans l'exécution de leurs fonctions, le paragraphe 67(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28; art. 18] qui donnait à la section du statut compétence exclusive pour juger sur des questions de droit et de fait, et l'alinéa 67(2)d) [mod., *idem*] qui donnait à la section du statut le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire. Pour appuyer davantage cette prétention, le défendeur cite l'article 68 [mod., *idem*] qui permettait à



the Refugee Division in which the strict rules of evidence did not apply, the fact that the Refugee Division could take judicial notice of any facts, information or opinion that was within the specialized knowledge of the tribunal, and that the Refugee Division could take notice of any other facts about which the person who was the subject of the proceedings had a reasonable opportunity to make representations.

[32] In response to the applicants' argument that, under the *Immigration Act*, the Chairperson did not have the authority to issue jurisprudential guidelines, the respondent submits that jurisprudential guidelines and "lead cases" are actually two different mechanisms that may be employed by the Board as a means of achieving consistency in decision making. The respondent further argues that the fact that the *Immigration and Refugee Protection Act* now includes explicit mention of the power to issue jurisprudential guidelines is simply a clarification of the state of the law and does not add or take away from the jurisdiction of the IRB to conduct a lead case under the *Immigration Act*.

### c. Conclusion

[33] I cannot agree with the applicants' argument that, under the *Immigration Act*, the IRB lacked jurisdiction to conduct a lead case. I accept the respondent's arguments, and find that a lead case conducted to promote consistency in decision making is a matter of procedure that was clearly within the jurisdiction of the IRB on the basis of the common law and, by necessary implication, by virtue of the *Immigration Act*.

## 2. Evidence of apprehension of bias

### a. The applicants' argument

[34] The applicants allege that a perception of bias exists as a result of the actions of the IRB when the lead case was conceived and conducted. As stated, they suggest that the IRB's motive was to increase the rejection rate of claims by Hungarian Roma through the creation of a well-reasoned and well-documented rejection precedent that would be followed by other

la section du statut de procéder sans formalisme et avec célérité et sans respecter les règles strictes de preuve, et souligne le fait que la section du statut pouvait admettre d'office tous les faits, renseignements ou opinions qui étaient du ressort de sa spécialisation, et le fait que la section du statut pouvait aussi admettre d'office des faits au sujet desquels la personne visée par la procédure avait une possibilité raisonnable de présenter des observations.

[32] En réponse à l'argument des demandeurs selon lequel, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, le président n'avait pas le pouvoir de donner des directives jurisprudentielles, le défendeur soutient que les directives jurisprudentielles et les «causes types» sont en fait deux mécanismes différents qui peuvent être utilisés par la Commission pour assurer la cohérence de ses décisions. Le défendeur fait de plus valoir que le fait que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* mentionne maintenant de façon explicite le pouvoir de donner des directives jurisprudentielles constitue simplement une précision de l'état du droit et n'ajoute ni n'enlève rien à la compétence de la CISR pour entendre une cause type en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

### c. Conclusion

[33] Je n'accepte pas l'argument des demandeurs selon lequel, en vertu de la *Loi sur l'immigration*, la CISR n'avait pas compétence pour entendre une cause type. J'accepte les arguments du défendeur, et j'estime qu'une cause type entendue pour assurer la cohérence des décisions est une question de procédure qui relève manifestement de la compétence de la CISR d'après la common law et, par implication nécessaire, d'après la *Loi sur l'immigration*.

## 2. La preuve de la crainte de partialité

### a. La prétention des demandeurs

[34] Les demandeurs allèguent qu'une crainte de partialité existe en raison des mesures qu'a prises la CISR quand elle a conçu et entendu la cause type. Ils font valoir que la CISR visait à augmenter le taux de rejet des revendications présentées par les Roms hongrois en créant un précédent de rejet bien argumenté et bien documenté qui serait suivi par d'autres

panels of the IRB. The applicants rely on a number of pieces of internal correspondence provided by the IRB in response to the applicants' *Access to Information Act* request as evidence demonstrating that the IRB was predisposed to reject their refugee claims.

[35] To ground the motive argument, counsel for the applicants splices together segments of internal e-mail correspondence between IRB members which show concern about the growing number of Hungarian Roma claiming refugee status in Canada, including the following statements: "growing intake of Hungarians . . . there are 15,000 (yes, fifteen thousand) Hungarian Roma on the way to Canada"; "these stats do not look so good"; "HQ [IRB Headquarters] is now interested in the ever-growing intake of Hungarian cases"; "public scrutiny will rise"; "there is a perception (which we may have to address) that our system is not credible"; and "the IRB is going to consolidate its resources in support of a precedential case" (affidavit of Lisa Cirillo, respectively, at pages 1036-1037, 1049, 461, 1216, 450 and 455).

[36] Given that the applicants interpret the evidence to argue that the lead case initiative arose from the IRB's concern with the high number of positive refugee claims by Hungarian Roma, and that the motive was to ensure that a rejection precedent would reduce the percentage of successful claims, they submit that the decision in the lead case was the cause of the significant decline in the acceptance rate for Hungarian Roma claimants in subsequent claims. As a result, they take the position that there arises a reasonable apprehension of bias in the production of the lead case and in the disposition of subsequent claims made by Hungarian Roma.

[37] The applicants also argue that there is correspondence showing the IRB took the initiative to liaise with CIC with respect to the lead cases and this, in and of itself, raises a reasonable apprehension of bias on

formations de la CISR. Les demandeurs s'appuient sur une partie de la correspondance interne qui leur a été remise par la CISR en réponse à une de leurs demandes fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* pour démontrer que la CISR était prédisposée à rejeter leurs revendications du statut de réfugié.

[35] Pour étayer l'argument relatif au motif de la CISR, l'avocat des demandeurs a regroupé des parties de courriels internes entre les membres de la CISR qui démontrent leurs préoccupations au sujet du nombre croissant de Roms hongrois qui revendiquent le statut de réfugié au Canada, notamment les déclarations suivantes: [TRADUCTION] «Un nombre croissant de Hongrois [. . .] il y a 15 000 [et oui, quinze mille] Roms hongrois en route vers le Canada»; «ces statistiques ne présagent rien de bon»; «l'AC [l'administration centrale de la CISR] s'intéresse à l'heure actuelle au nombre de plus en plus élevé de cas de Hongrois»; «l'intérêt du public s'accroîtra»; «il y a une perception (que nous devons peut-être aborder) selon laquelle notre système n'est pas digne de foi»; et «la CISR a l'intention de regrouper ses ressources pour créer un précédent» (affidavit de Lisa Cirillo, respectivement aux pages 1036 et 1037, 1049, 461, 1216, 450 et 455).

[36] Étant donné que les demandeurs interprètent la preuve pour faire valoir que l'initiative de la cause type découlait de la préoccupation de la CISR au sujet du nombre élevé de revendications du statut de réfugié présentées par des Roms hongrois qui seraient acceptées, et que le motif qu'elle poursuivait était de s'assurer qu'un précédent négatif réduirait le pourcentage de revendications auxquelles il serait fait droit, ils font valoir que la décision rendue dans la cause type est à l'origine de la baisse importante du taux d'acceptation des revendications des Roms hongrois entendues ultérieurement. Par conséquent, ils sont d'avis qu'il y a une crainte raisonnable de partialité dans la production de la cause type et dans la détermination des revendications ultérieures présentées par des Roms hongrois.

[37] Les demandeurs font également valoir qu'il y a des lettres qui démontrent que la CISR a pris l'initiative d'entretenir des rapports avec CIC concernant les causes types et que cela, en soi, soulève une crainte raisonnable

the part of the IRB. The applicants submit that the IRB should not have liaised with the Minister off the record and to the exclusion of the applicants because the Minister was a party adverse to the applicants in the proceedings before the IRB.

[38] Finally, the applicants submit that the correspondence demonstrates that an apprehension of bias arises on the part of Mr. Bubrin, the case manager of the IRB Europe team who was selected to sit as a panel member in the hearings. They argue that Mr. Bubrin's role in assisting with the coordination of the lead cases prior to the commencement of the hearings gives rise to the perception that he was partial to rejecting the applicants' claims. As the basis for this argument, the applicants allege that Mr. Bubrin: selected the lawyer who would represent the applicants; based on "gaps" in the information which he identified, instructed staff to provide documents that would negative ineffective state protection; and inappropriately requested written reasons from panel members making positive decisions.

**b. The respondent's argument**

[39] The respondent argues that the excerpts of the IRB correspondence cited by the applicants must not be taken out of context, and submits that the references to the increasing volume of Hungarian Roma claims merely illustrates that the IRB was keeping abreast of its intake and planning how to operationally meet the demands in the most fair and informed manner, as it is entitled, and required, to do. The respondent argues that the non-binding precedent in the lead case does not, in and of itself, substantiate an apprehension of bias, so long as subsequent panels engage in an independent analysis of the evidence in the cases before them. Indeed, as pointed out, it has been acknowledged by this Court that a lead case is not, in itself, determinative of other cases and does not limit the right of applicant's counsel to comment on the appropriate weight to be given to the evidence, and to submit his or her own evidence and arguments (see *Horvath v. Canada (Minister of Citizenship and*

de partialité de la part de la CISR. Les demandeurs soutiennent que la CISR n'aurait pas dû entretenir de rapports avec le ministre de façon officieuse et en excluant les demandeurs parce que le ministre était une partie adverse dans l'instance qui mettait les demandeurs en cause devant la CISR.

[38] Finalement, les demandeurs font valoir que la correspondance démontre qu'il y a une crainte de partialité de la part de M. Bubrin, le gestionnaire de cas faisant partie de l'équipe européenne de la CISR qui a été choisi pour siéger à titre de membre de la formation au cours des audiences. Ils font valoir que le rôle de M. Bubrin, qui a aidé à la coordination des causes types avant le début des audiences, laisse supposer qu'il était partial, c'est-à-dire qu'il était en faveur du rejet de leurs revendications. Pour fonder cet argument, les demandeurs allèguent que M. Bubrin a choisi l'avocat qui les représenterait; d'après les «lacunes» dans les renseignements qu'il a identifiés, il a donné instruction au personnel de fournir des documents contredisant l'inefficacité de la protection de l'État; et il a de façon inappropriée demandé des motifs écrits de la part des membres des formations qui rendaient des décisions positives.

**b. La prétention du défendeur**

[39] Le défendeur soutient que les extraits tirés de la correspondance de la CISR et cités par les demandeurs ne doivent pas être pris hors contexte et fait valoir que les références au nombre croissant de revendications présentées par des Roms hongrois illustrent simplement le fait que la CISR se tenait informée du nombre de revendications reçues et s'efforçait de répondre pratiquement aux demandes de la façon la plus équitable et la plus réfléchie possible, comme elle est en droit et tenue de le faire. Le défendeur fait valoir que le précédent non obligatoire créé par la décision de principe ne peut appuyer, en soi, une crainte de partialité, dans la mesure où les formations subséquentes procèdent à une analyse indépendante de la preuve dans les cas dont elles sont saisies. En fait, comme il l'a signalé, la Cour a déjà reconnu qu'une décision de principe n'est pas déterminante, en soi, quant à d'autres cas, qu'elle ne limite pas le droit de l'avocat du demandeur de faire des observations sur l'importance qu'il convient

*Immigration*), 2001 FCT 583, at paragraph 7).

[40] The respondent further argues that acceptance rates for any country do not remain uniform over time, and that the declining acceptance rates for Hungarian Roma after the lead case may be attributable to several factors, perhaps including better information on country conditions before the Refugee Division, and improving country conditions in Hungary.

[41] In response to the applicants' submission that CIC and the IRB inappropriately liaised with one another on the lead case initiative, the respondent points to the affidavit of Robert Orr dated May 28, 2004, referred to above, which demonstrates that, while CIC and the IRB do liaise with one another, the relationship involves high level policy and administrative matters that are not case-specific. The respondent submits that this relationship in no way raises a reasonable apprehension of bias on the part of the IRB regarding the applicants' claims.

[42] With respect to Mr. Bubrin's involvement in the applicants' claims, the respondent submits that Mr. Bubrin's role, as coordinating team member responsible for the operational and case management issues that arose with respect to the IRB's Europe team, meant that he would naturally expect to be involved in the planning stages of the Hungarian Roma lead cases in a purely administrative capacity.

[43] The respondent argues that there is nothing in the evidence that demonstrates objectionable behaviour on the part of Mr. Bubrin or any negative pre-disposition on the Hungarian Roma lead cases. The respondent argues that: the applicants' allegation that Mr. Bubrin sought documents that would "negative ineffective state protection" is not borne out by the evidence, but rather

d'accorder à la preuve, et que ce dernier peut présenter ses propres éléments de preuve et soumettre ses propres arguments (voir *Horvath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 583, au paragraphe 7).

[40] Le défendeur soutient de plus que les taux d'acceptation applicables à quelque pays que ce soit ne demeurent pas uniformes et que la baisse des taux d'acceptation des Roms hongrois après le prononcé de la décision de principe peut être attribuable à plusieurs facteurs, notamment à de meilleurs renseignements sur la situation du pays qui sont soumis à la section du statut, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de vie en Hongrie.

[41] En réponse à la prétention des demandeurs selon laquelle CIC et la CISR ont à tort communiqué entre eux au sujet de la cause type, le défendeur cite l'affidavit de Robert Orr en date du 28 mai 2004, dont il est question ci-dessus, qui démontre que, bien que CIC et la CISR communiquent entre eux, leurs communications portent sur des politiques de haut niveau ou des questions administratives qui ne se rapportent pas à des cas spécifiques. Le défendeur soutient que ces communications ne soulèvent en aucune façon une crainte raisonnable de partialité de la part de la CISR concernant les revendications des demandeurs.

[42] Pour ce qui a trait à la participation de M. Bubrin dans les revendications des demandeurs, le défendeur soutient que le rôle de M. Bubrin, en tant que coordonnateur responsable des questions opérationnelles et de gestion de cas qui se sont posées à l'égard de l'équipe européenne de la CISR, suppose qu'il fallait naturellement s'attendre à ce qu'il participe aux étapes de planification des causes types concernant les Roms hongrois dans un rôle purement administratif.

[43] Le défendeur soutient qu'il n'y a rien dans la preuve qui démontre que M. Bubrin a eu un comportement répréhensible ou qu'il était prédisposé à rendre une décision défavorable à l'égard des causes types mettant en cause les Roms hongrois. Le défendeur soutient ce qui suit: l'allégation des demandeurs selon laquelle M. Bubrin a recherché des documents

the evidence shows that, following discussions by the Europe team, Mr. Bubrin merely requested further information as the evidence before the IRB regarding state protection was contradictory and evidence regarding state protection was required from more objective sources; Mr. Bubrin's request for reasons in positive decisions, whereas reasons are only required by the *Immigration Act* for all negative decisions, is hardly indicative of a reasonable apprehension of bias as nothing in the *Immigration Act* precludes such a request; and Mr. Bubrin's appointment to sit as the second panel member on the lead cases in no way raises a reasonable apprehension of bias because he merely filled a vacancy left when, very close to the date of the hearings, Mr. Popatia, one of the two initially selected panel members, withdrew.

#### c. Conclusion

[44] In my opinion, the applicants simply have insufficient evidence to substantiate their argument of apprehension of bias. I find that the respondent's interpretation of the evidence that exists on the record is entirely fair.

[45] Thus, I find that, when read in its entirety, the evidence on the record does not support any of the allegations made by the applicants that a reasonable apprehension of bias arises concerning the actions of the IRB in respect of the initiation and conduct of the applicants' refugee claims in the lead case format. In my opinion, the applicants' allegation that the IRB's motive in conducting the lead case was to provide a precedential case to increase the rejection rate of Hungarian Roma is pure speculation which is not supported by the evidence; I find that there is no evidence of such a motive.

[46] In my opinion, the evidence does not prove that the perceived decline in acceptance rates for Hungarian

[TRADUCTION] «contredisant l'inefficacité de la protection de l'État» n'est pas appuyée par la preuve, puisque celle-ci démontre plutôt que, à la suite de discussions avec l'équipe européenne, M. Bubrin a simplement demandé d'autres renseignements étant donné que la preuve dont était saisie la CISR concernant la protection de l'État était contradictoire et qu'il fallait obtenir à ce sujet une preuve provenant de sources plus objectives; la demande de M. Bubrin pour que des motifs écrits soient fournis dans les décisions positives, alors que, selon la *Loi sur l'immigration*, des motifs ne sont exigés que pour les décisions négatives, peut difficilement laisser présumer qu'il y a une crainte raisonnable de partialité, étant donné qu'il n'y a rien dans la *Loi sur l'immigration* qui empêche une telle demande; et enfin, la nomination de M. Bubrin comme deuxième membre de la formation dans les causes types ne soulève en aucun cas une crainte raisonnable de partialité parce qu'il a tout simplement comblé un poste laissé vacant à un moment où, à l'approche de l'ouverture des audiences, M. Popatia, l'un des deux membres qui avaient d'abord été choisis, s'est récusé.

#### c. Conclusion

[44] À mon avis, les demandeurs n'ont tout simplement pas assez d'éléments de preuve pour étayer leur argument portant sur la crainte de partialité. J'estime que l'interprétation que donne le défendeur de la preuve qui existe au dossier est tout à fait juste.

[45] Ainsi donc, j'estime que la preuve déposée au dossier, et lue dans son intégralité, n'appuie aucune des allégations faites par les demandeurs selon lesquelles il y avait une crainte raisonnable de partialité concernant les gestes posés par la CISR à l'égard de l'élaboration et de l'étude des revendications du statut de réfugié présentées par les demandeurs sous forme de causes types. À mon avis, l'allégation des demandeurs selon laquelle la CISR, en mettant sur pied une cause type, avait pour motif de fournir un précédent en vue d'augmenter le taux de rejet des demandes des Roms hongrois est pure spéculation et n'est pas appuyée par la preuve; j'estime qu'il n'y a aucune preuve d'un tel motif.

[46] À mon avis, la preuve ne démontre pas que la baisse perçue dans les taux d'acceptation des Roms

Roma was a direct result of the lead case. However, even if this direct result can be established, it does not act to support the allegation of apprehension of bias. If IRB members appropriately cite the evidence and findings in the lead case in deciding on the merits of a particular refugee claim, there can be no complaint. However, if IRB members choose to apply the lead case without doing the hard work to reach an independent analysis of the evidence and the law in a particular claim in an appropriate way, this does not contribute to a finding of apprehension of bias; it is erroneous decision making which is subject to correction on judicial review.

[47] In my opinion, the evidence does not support the applicants' contention that Mr. Bubrin's involvement in an administrative capacity prior to the commencement of the hearings in any way raised a reasonable apprehension of bias. There is no evidence to show that there was any pre-judgment with respect to the applicants' claim, whether positive or negative, and his involvement in the operational and case-management aspects of the claims does not preclude him from sitting as a panel member. Moreover, the evidence establishes that the formal relationship between CIC and the IRB is designed to address policy and administrative matters at the senior level, and does not deal with substantive cases. There is no evidence of any substantive discussion at the senior level about specific refugee claims, including the applicants'. Therefore, I find no perception of bias is raised with respect to the applicants' claims as a result of this relationship.

[48] Indeed, the evidence on the record only goes to substantiate the IRB's stated rationale for producing the lead case as cited in the overview first provided above. The essential point made for conducting the lead case was to promote consistency. The case law acknowledges the legitimacy of adopting procedural measures to ensure consistency between decisions of different adjudicators or panels within an administrative body so long as those measures do not become so formalized that they become binding on decision makers, and, therefore,

hongrois était un résultat direct de la décision de principe rendue dans la cause type. Toutefois, même si ce résultat direct peut être établi, il ne peut servir à appuyer l'allégation d'une crainte de partialité. Si les membres de la CISR citent à bon droit la preuve et les conclusions auxquelles on est parvenu dans la cause type pour décider du bien-fondé d'une revendication du statut de réfugié particulière, on ne peut s'en plaindre. Toutefois, si les membres de la CISR choisissent d'appliquer la décision de principe sans passer par les étapes cruciales qui supposent une analyse indépendante de la preuve et du droit dans une revendication particulière d'une façon appropriée, cela ne peut nous amener à conclure qu'il y a crainte de partialité; il s'agit d'une décision erronée qui peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[47] À mon avis, la preuve n'appuie pas la prétention des demandeurs selon laquelle la participation de M. Bubrin à titre administratif avant le début des audiences soulève de quelque façon que ce soit une crainte raisonnable de partialité. Il n'y a aucune preuve qui démontre qu'il avait déjà pris sa décision à l'égard de la revendication des demandeurs, que celle-ci soit positive ou négative, et sa participation aux aspects opérationnels et de gestion des cas concernant les revendications ne l'empêchait pas de siéger à titre de membre de la formation. Qui plus est, la preuve établit que les rapports formels entre CIC et la CISR ont pour but de traiter de questions de politique et d'administration à un niveau supérieur, sans que soient abordées des causes réelles. Il n'y a aucune preuve d'une discussion de fond au niveau supérieur au sujet de revendications spécifiques, notamment celles des demandeurs. Par conséquent, je conclus qu'aucune crainte de partialité ne peut être invoquée au sujet des revendications des demandeurs par suite de ces rapports.

[48] En fait, la preuve déposée au dossier ne fait qu'appuyer la raison invoquée par la CISR pour constituer la cause type telle qu'elle est citée dans l'aperçu qui a été donné ci-dessus. Le point essentiel qui a été mentionné pour entendre cette cause type était de promouvoir la cohérence. La jurisprudence reconnaît la légitimité d'adopter des mesures procédurales pour assurer la cohérence entre les décisions de différents arbitres ou formations faisant partie d'un organisme administratif, tant et aussi longtemps que ces mesures ne

compromising their independence (see *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282).

### 3. The applicants' consent

[49] The consent of the applicants to participate in the lead case is intertwined with the apprehension of bias allegation and the conduct of the applicants' counsel.

[50] The single most important fact in play in considering the consent issue, and the applicants' due process complaints addressed below, is that their counsel before the IRB, Mr. Wuebolt, was integrally involved in the planning for, and execution of, the lead case.

#### a. The applicants' argument

[51] The applicants submit that, although they consented to participate in the lead case through Mr. Wuebolt, their consent is vitiated because they were not fully informed of the nature and effects of the lead case format, and the IRB failed to fulfill its obligation to ensure that their personal consent to the process was explicitly put on the record of the proceedings.

[52] In the final argument on the applications, counsel for the applicants cited *Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.) as support for the vitiation argument. In *Weerasinghe* it was held that where a claimant consents to waive his or her statutory right to a two-member panel, it must be clearly put on the record. Based on *Weerasinghe*, the applicants argue that there is a general common law requirement that their consent to have their claims heard as a lead case must be clearly stated on the record of the proceedings. I do not accept that *Weerasinghe* is support for this argument.

[53] *Weerasinghe* involves a statutory right to a two-member panel, except where a claimant consents. In the

deviennent pas formelles au point de lier les décideurs et, par conséquent, de compromettre leur indépendance (voir *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282).

### 3. Le consentement des demandeurs

[49] Le consentement des demandeurs à leur participation à la cause type se mêle à l'allégation de partialité et à la conduite de leur avocat.

[50] Le fait le plus important qui entre en jeu dans l'examen de la question du consentement, et les plaintes des demandeurs concernant l'application régulière de la loi qui seront traitées ci-dessous, est que leur avocat devant la CISR, soit M<sup>e</sup> Wuebolt, a participé intégralement à la planification et au déroulement de la cause type.

#### a. La prétention des demandeurs

[51] Les demandeurs font valoir que, bien qu'ils aient consenti à participer à la cause type par l'entremise de M. Wuebolt, leur consentement est vicié du fait qu'ils n'ont pas été entièrement informés de la nature et des effets de cette forme d'étude de leur cause, et que la CISR a failli à son obligation de s'assurer que leur consentement personnel et explicite à la procédure était inscrit dans le dossier de l'instance.

[52] Dans le dernier argument des demandes, l'avocat des demandeurs a cité l'arrêt *Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.), à l'appui de son argument sur le consentement vicié. Dans l'arrêt *Weerasinghe*, il a été statué que lorsqu'un demandeur consent à renoncer à son droit légal de comparaître devant une formation de deux membres, ce consentement doit figurer clairement au dossier. En s'appuyant sur *Weerasinghe*, les demandeurs font valoir qu'il existe, en common law, une exigence générale selon laquelle leur consentement à ce que leurs revendications soient étudiées dans le cadre d'une cause type doit être clairement indiqué dans le dossier de l'instance. Je n'accepte pas que l'arrêt *Weerasinghe* puisse appuyer cet argument.

[53] L'arrêt *Weerasinghe* porte sur le droit légal de comparaître devant une formation constituée de deux

present case, however, the applicants have no similar statutory right to ground their vitiating argument. As a result, I find *Weerasinghe* does not apply.

[54] The applicants also cite *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 207 to argue that, given the high standard of procedural fairness required for refugee claim hearings, the consent of counsel is not sufficient, and the applicants must personally consent to their participation in a lead case. In addition, the applicants rely on *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at page 997, wherein it was held that, where the accused waives his or her constitutional right to an interpreter, the Crown must show that the waiver was clear and unequivocal and made with a knowledge and understanding of the right, and that it was made personally by the accused or with defence counsel's assurance that the right, and the effect on that right of waiving it, were explained to the accused in language in which the accused is fully conversant. The applicants also refer to the criminal case of *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pages 1319-1320 in which the trial judge neglected to instruct the jury to ignore evidence bearing on the accused's silence and defence counsel failed to object to the omission; the Supreme Court concluded that defence counsel's failure to object was not a bar to directing a new trial where a significant injustice had occurred. The applicants rely on *Chambers* to argue that the failure to object to the conduct of the lead case is not fatal to the vitiating argument made in the present applications.

#### b. The respondent's argument

[55] The respondent argues that the applicants have waived their right on judicial review to complain that a reasonable apprehension of bias existed on the part of the panel. There are two features to this argument: neither the applicants nor their counsel objected to the composition of the panel, nor did they, at any stage in the

membres, sauf dans les cas où un demandeur consent à autre chose. Toutefois, en l'espèce, les demandeurs ne peuvent invoquer aucun droit légal semblable pour motiver leur argument selon lequel leur consentement est vicié. Par conséquent, j'estime que l'arrêt *Weerasinghe* ne s'applique pas à l'espèce.

[54] Les demandeurs citent également l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 207, pour faire valoir que, étant donné la norme élevée d'équité procédurale qu'il faut respecter dans l'audition des revendications de statut de réfugié, le consentement d'un avocat n'est pas suffisant, et les demandeurs doivent consentir personnellement à participer à une cause type. En outre, les demandeurs s'appuient sur l'arrêt *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la page 997, dans lequel il a été statué que, lorsque l'accusé renonce à son droit constitutionnel à un interprète, la Couronne doit démontrer que cette renonciation est claire et sans équivoque et faite par quelqu'un qui connaissait et comprenait ce droit, et aussi qu'elle a été faite personnellement par l'accusé ou avec l'assurance de l'avocat de la défense que le droit et l'effet de la renonciation sur celui-ci ont été expliqués à l'accusé dans une langue qu'il connaît parfaitement. Les demandeurs font également référence à la cause criminelle *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, aux pages 1319 et 1320, dans laquelle le juge de première instance n'a pas jugé bon de donner instruction au jury d'ignorer la preuve concernant le silence de l'accusé et où l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à cette omission; la Cour suprême a conclu que l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer ne l'empêchait pas d'ordonner un nouveau procès si une injustice importante avait été commise. Les demandeurs s'appuient sur l'arrêt *Chambers* pour faire valoir que l'omission de s'opposer à l'audition de la cause type ne fait pas tomber l'argument selon lequel leur consentement était vicié dans les présentes demandes.

#### b. La prétention du défendeur

[55] Le défendeur prétend que les demandeurs ont renoncé à leur droit de demander un contrôle judiciaire pour démontrer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part de la formation. Cette prétention s'articule sur deux points: ni les demandeurs ni leur avocat ne se sont opposés à la composition de la



process, raise any of the other allegations of bias they now argue; and the applicants' post-decision objections cannot be accepted, given the consent communicated by Mr. Wuebolt.

[56] In support of the first feature, the respondent relies on the decision in *Mohammadian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 4 F.C. 85 (C.A.) which specifically distinguishes *Tran* in the immigration context and at paragraph 14 adopts the reasoning in *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.) wherein MacGuigan J. stated:

However, even apart from this express waiver, AECL's whole course of conduct before the Tribunal constituted an implied waiver of any assertion of a reasonable apprehension of bias on the part of the Tribunal. The only reasonable course of conduct for a party reasonably apprehensive of bias would be to allege a violation of natural justice at the earliest practicable opportunity. Here, AECL called witnesses, cross-examined the witnesses called by the Commission, made many submissions to the Tribunal, and took proceedings before both the Trial Division and this Court, all without challenge to the independence of the Commission. In short, it participated fully in the hearing, and must therefore be taken impliedly to have waived its right to object.

### c. Conclusion

[57] I accept the respondent's waiver argument.

[58] In my opinion, the applicants' consent on the record argument only makes sense if it is based on an expectation that Mr. Wuebolt, or someone else, should have advised the applicants that the lead case was designed to work against them and other Hungarian Roma, and further that somehow the panel had the duty to ensure that they were, nevertheless, willing to proceed. There is no evidence that would cause this expectation or the consequent duty to arise.

formation, et ils n'ont pas non plus, à une étape ou à une autre de la procédure, soulevé l'une ou l'autre des autres allégations de partialité qu'ils font maintenant valoir; et les objections des demandeurs ultérieures à la décision de principe ne peuvent être acceptées, étant donné le consentement qui a été communiqué par M<sup>e</sup> Wuebolt.

[56] À l'appui du premier point, le défendeur cite la décision dans *Mohammadian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 4 C.F. 85 (C.A.) qui établit précisément une distinction avec l'arrêt *Tran* dans le contexte de l'immigration et, au paragraphe 14, adopte le raisonnement qui a été énoncé dans *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), dans lequel le juge MacGuigan déclarait ce qui suit:

Toutefois, même si l'on écarte cette renonciation expresse, toute la manière d'agir d'EACL devant le Tribunal constituait une renonciation implicite de toute affirmation d'une crainte raisonnable de partialité de la part du Tribunal. La seule manière d'agir raisonnable pour une partie qui éprouve une crainte raisonnable de partialité serait d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle à la première occasion. En l'espèce, EACL a cité des témoins, a contre-interrogé les témoins cités par la Commission, a présenté un grand nombre d'arguments au Tribunal et a engagé des procédures devant la Division de première instance et cette Cour sans contester l'indépendance de la Commission. Bref, elle a participé d'une manière complète à l'audience et, par conséquent, on doit tenir pour acquis qu'elle a implicitement renoncé à son droit de s'opposer.

### c. Conclusion

[57] J'accepte la prétention du défendeur concernant la renonciation.

[58] À mon avis, l'argument des demandeurs selon lequel leur consentement devait figurer au dossier n'a de sens que s'il est fondé sur l'attente selon laquelle M<sup>e</sup> Wuebolt, ou quelqu'un d'autre, aurait dû les informer que la cause type avait pour but d'être décidée à leur détriment et au détriment d'autres Roms hongrois et, en outre, que, d'une manière ou d'une autre, la formation avait l'obligation de s'assurer qu'ils acceptaient de poursuivre. Il n'y a pas de preuve qui puisse justifier cette attente ou l'obligation qui en découle.

[59] It is undisputed that the applicants, on the advice of their counsel, agreed to participate in the lead case. However, the applicants point to the April 8, 1999 affidavits of Mr. Geza Kozak and Mr. Sandor Smajda, the principal applicants in each application under review, to argue that they agreed to participate in the lead case because their counsel had told them that if they did not agree, they would have had even less of a chance of winning because the IRB would think they were trying to hide something by not agreeing.

[60] The essential point is that, whatever advice Mr. Wuebolt gave the applicants, they apparently accepted it without objection. I find that no weight can be placed on the applicants' post-decision statements of lack of consent, given their pre-decision consent communicated through Mr. Wuebolt.

[61] Specifically with respect to Mr. Bubrin, if Mr. Wuebolt had any objection to his presiding over the hearing based on a perception of bias, he was required to raise it at the earliest opportunity, which would be at the latest, the opening of hearing itself. While counsel in the present applications argues that the former counsel may not have known what he was consenting to with respect to the conduct of the lead case, I find it was incumbent on her to produce the evidence substantiating this assertion. This was not done, and, therefore, I find this argument has no weight.

[62] Finally, I do not accept the applicants' unsubstantiated suggestion that Mr. Wuebolt may have been incompetent, and that the panel had an obligation to go past him to obtain the personal consent of the applicants on the record.

[63] There is absolutely no evidence of incompetence on the record, and, therefore, no reason for the panel to be concerned about consent.

[64] With respect to making incompetence an issue in the present applications, as indicated in *Nunez v. Canada*

[59] Il n'est pas contesté que les demandeurs, sur l'avis de leur avocat, ont accepté de participer à la cause type. Toutefois, les demandeurs citent les affidavits du 8 avril 1999 de M. Geza Kozak et de M. Sandor Smajda, les demandeurs principaux dans chacune des demandes à l'étude, pour faire valoir qu'ils ont accepté de participer à la cause type parce que leur avocat leur avait dit que s'ils n'acceptaient pas, ils auraient encore moins de chances de gagner parce que la CISR penserait qu'ils essaieraient de cacher quelque chose en refusant de participer.

[60] Le point essentiel est que, quel que soit l'avis que M<sup>e</sup> Wuebolt a donné aux demandeurs, ils ont apparemment accepté sans opposition. J'estime qu'aucune importance ne peut être accordée aux déclarations des demandeurs faites après la décision de principe concernant leur absence de consentement, étant donné que leur consentement antérieur à la décision a été communiqué par l'entremise de M<sup>e</sup> Wuebolt.

[61] En ce qui a trait à M. Bubrin, si M<sup>e</sup> Wuebolt avait une objection quelconque à formuler concernant le fait qu'il a présidé l'audience, en raison de la crainte de partialité qu'il entretenait, il était tenu de soulever ce point à la première occasion, c'est-à-dire au plus tard à l'ouverture de l'audience elle-même. Bien que l'avocate dans les présentes demandes fasse valoir que l'ancien avocat ne savait peut-être pas ce à quoi il consentait concernant la tenue de la cause type, j'estime qu'il lui incombait de produire la preuve étayant cette affirmation. Cela n'a pas été fait et, par conséquent, j'estime que cet argument n'a aucun poids.

[62] Finalement, je n'accepte pas la suggestion non fondée des demandeurs selon laquelle M<sup>e</sup> Wuebolt peut avoir été incompétent, que la formation avait l'obligation d'aller plus loin pour obtenir le consentement personnel des demandeurs et de le consigner au dossier.

[63] Il n'y a absolument aucune preuve d'incompétence au dossier et, par conséquent, aucune raison que la formation se préoccupe du consentement des demandeurs.

[64] Pour ce qui est de faire de l'incompétence une question à régler dans les présentes demandes, comme il

(*Minister of Citizenship and Immigration*) (2000), 189 F.T.R. 147 (F.C.T.D.), at paragraph 19, allegations of a solicitor's professional misconduct cannot be found without allowing the solicitor an opportunity to explain the conduct in question or providing evidence that the matter has been referred to the Law Society for investigation (see also *Bader v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 304, at paragraph 8). In the present case, there was ample opportunity for the applicants to take one of these measures. This was not done, and, therefore, I find the incompetence argument has no weight.

### III. Due Process Concerns

#### A. The interpretation

[65] In their April 8, 1999 affidavits, the principal applicants, Mr. Geza Kozak and Mr. Sandor Smajda, allege that: Dr. Holtzl, one of the respondent's expert witnesses, testified in English and the interpreter was sequestered with the applicants in an adjoining hearing room; the interpreter informed the tribunal that he was having difficulty hearing the witness from the television monitor and could not accurately translate the witness' words; the interpreter was told by the panel to continue translating despite the problems; and at one point the interpreter stopped translating altogether for a period of time. The applicants submit that this conduct constitutes a denial of their right to a competent interpreter and is, therefore, a breach of procedural fairness.

[66] The respondent submits that the statements made by the applicants in their affidavits are clearly misleading and directly contradict the tribunal record.

[67] I find that the applicants' statements of what occurred are simply wrong according to the transcripts in the tribunal record; Dr. Holtzl testified almost entirely in Hungarian and the interpreter was in the main hearing room translating Dr. Holtzl's testimony to the panel and counsel (Smajda tribunal record, proceedings of November 17, 1998, at pages 1680-1681). Because of the conflict between the applicants' affidavit evidence

a été mentionné dans la décision *Nunez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 189 F.T.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 19, les allégations de faute professionnelle d'un avocat ne peuvent être faites sans que l'on donne à l'avocat la possibilité d'expliquer les agissements en question ou sans une preuve que l'affaire a été soumise au barreau pour enquête (voir également *Bader c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 304, au paragraphe 8). En l'espèce, les demandeurs ont eu toute la possibilité de prendre l'une de ces mesures. Ils ne l'ont pas fait et, par conséquent, j'estime que l'argument fondé sur l'incompétence n'a aucun poids.

### III. L'application régulière de la loi

#### A. L'interprétation

[65] Dans leurs affidavits du 8 avril 1999, les principaux demandeurs, M. Geza Kozak et M. Sandor Smajda, allèguent ce qui suit: D' Holtzl, l'un des témoins experts du défendeur, a témoigné en anglais et l'interprète a été séquestré avec les demandeurs dans une salle d'audience attenante; l'interprète a informé le tribunal qu'il avait de la difficulté à entendre la voix du témoin provenant du téléviseur et qu'il ne pouvait pas traduire exactement ses mots; la formation a dit à l'interprète de continuer à traduire malgré les problèmes; à un moment donné, l'interprète s'est arrêté de traduire pendant un certain temps. Les demandeurs soutiennent que cette conduite constitue un déni de leur droit à un interprète compétent et, par conséquent, un manquement à l'équité procédurale.

[66] Le défendeur soutient que les déclarations faites par les demandeurs dans leurs affidavits sont manifestement trompeuses et contredisent directement le dossier du tribunal.

[67] J'estime que les déclarations des demandeurs sur ce qui s'est produit sont tout simplement erronées d'après les transcriptions du dossier du tribunal; D' Holtzl a témoigné presque entièrement en hongrois et l'interprète se trouvait dans la salle d'audience principale pour traduire ce témoignage à l'intention de la formation et de l'avocat (dossier du tribunal de Smajda, délibérations du 17 novembre 1998, aux pages 1680 et

and the transcript of the hearing, I can give no weight to the applicants' affidavit evidence on this issue.

#### B. Being sequestered

[68] The applicants submit that they were sequestered in another room away from the decision maker and that their right to be present at their own hearing was violated. The respondent argues that this resulted from a legitimate attempt to protect the applicants' identities while representatives of the Hungarian government were testifying in the main hearing room.

[69] There is nothing in the tribunal record indicating that applicants' counsel raised any objection to this arrangement and, indeed, he apparently agreed to this procedure to protect the identity of his clients from the Hungarian officials who testified. Therefore, this argument is dismissed.

#### IV. The Finding of State Protection

[70] The applicants argue that the IRB erred in ignoring evidence with respect to state protection, including evidence of the inability of the state to protect Hungarian Roma from attacks by racist groups and disadvantages in employment and education.

[71] An analysis of the adequacy of state protection is a finding of fact, and the standard of review for a finding of fact made by a specialized administrative tribunal such as the IRB is patent unreasonableness (*Conkova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 300 (T.D.) (QL), at paragraph 5). In weighing the evidence, the fact that some of the evidence is not mentioned is not necessarily fatal to the decision nor does it mean that such evidence was ignored (*Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.), at page 318).

1681). En raison de la contradiction entre la preuve par affidavit des demandeurs et la transcription de l'audience, je ne peux accorder aucune importance à la preuve par affidavit des demandeurs sur ce point.

#### B. La séquestration

[68] Les demandeurs soutiennent qu'ils ont été séquestrés dans une autre pièce à l'écart du décideur et que leur droit d'être présents à leur propre audience a été enfreint. Le défendeur soutient que cela est attribuable à une tentative légitime de protéger l'identité des demandeurs pendant que des représentants du gouvernement hongrois témoignaient dans la salle d'audience principale.

[69] Il n'y a rien dans le dossier du tribunal qui indique que l'avocat des demandeurs a soulevé une objection relativement à cet arrangement et, en fait, il aurait apparemment accepté cette procédure pour protéger l'identité de ses clients pendant que les fonctionnaires hongrois témoignaient. Par conséquent, cet argument est rejeté.

#### IV. La conclusion relative à la protection de l'État

[70] Les demandeurs soutiennent que la CISR a commis une erreur en ignorant la preuve relative à la protection de l'État, y compris la preuve de l'incapacité de l'État à protéger les Roms hongrois contre les attaques des groupes racistes et les inconvénients qu'ils subissent dans les domaines de l'emploi et de l'éducation.

[71] Une analyse du caractère adéquat de la protection de l'État est une conclusion de fait, et la norme de contrôle applicable à une conclusion de fait tirée par un tribunal administratif spécialisé comme la CISR est la décision manifestement déraisonnable (*Conkova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 300 (1<sup>er</sup> inst.) (QL), au paragraphe 5). Dans la pondération de la preuve, le fait qu'une certaine partie de la preuve ne soit pas mentionnée n'entraîne pas nécessairement l'annulation de la décision, et cela ne signifie pas non plus que cette preuve a été ignorée (*Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.), à la page 318).

[72] While the evidence on state protection was the same with respect to both of the claims before the IRB, and while the decision makers were the same, the content of the decisions are somewhat different. I find that a fair approach to answering the question of whether evidence of the adequacy of state protection was ignored is to read the two decisions together. When the two decisions are read together, it is clear that the panel was alive to both the positive and negative evidence with respect to state protection. In the result, I find that the conclusion reached in each of the decisions with respect to state protection was reasonably open to the panel to reach. Therefore, the applicants' argument on state protection is dismissed.

#### V. Costs

[73] The applicants argue that there are special circumstances which entitle them to costs whether or not they are successful in the present applications. The applicants submit that their cases are unique in that they deal with allegations of institutional bias on the part of the IRB in the conduct of a lead case, the first lead cases ever conducted by the IRB. The applicants also point to the disclosed internal documents of the IRB to establish that, at the inception of the idea of producing a lead case, there was some awareness on the part of employees of the IRB that the concept of a lead case could potentially be the subject of litigation.

[74] In this regard, the applicants point to the following e-mail statement which they say demonstrates that members of the IRB knew that a lead case would be contentious: "a test case could ensure that the law and the process established to support it have been properly followed, which would benefit pending cases; on the contrary, a test case may unnecessarily attract limelight and provoke a debate and/or judicial challenge; these are only examples of possible pros and cons" (affidavit of Lisa Cirillo, at page 451).

[75] Given this fact, the applicants argue that they should be awarded costs in any event of the result,

[72] Bien que la preuve relative à la protection de l'État ait été la même dans les deux revendications qui se trouvaient devant la CISR, et bien que les décideurs aient été les mêmes, le contenu des décisions diffère quelque peu. J'estime qu'il est équitable, pour répondre à la question de savoir si la preuve concernant le caractère adéquat de la protection de l'État a été ignorée, de lire les deux décisions ensemble. Quand on se livre à cet exercice, il est manifeste que la formation a tenu compte tant de la preuve positive que de la preuve négative concernant la protection de l'État. Par conséquent, j'estime qu'il était raisonnablement loisible à la formation de parvenir à la conclusion qu'elle a tirée dans chacune des décisions ayant trait à la protection de l'État. Par conséquent, l'argument des demandeurs concernant la protection de l'État est rejeté.

#### V. Dépens

[73] Les demandeurs soutiennent qu'il y a des circonstances spéciales qui leur donnent droit aux dépens, qu'ils aient ou non gain de cause dans les présentes demandes. Ils font valoir que leur cas est unique en ce sens qu'il traite d'allégations de partialité institutionnelle de la part de la CISR dans la tenue d'une cause type, les premières causes types que la CISR ait jamais entendues. Ils mettent également l'accent sur les documents internes divulgués par la CISR pour établir que, dès que l'idée de produire une cause type a germé, les employés de la CISR étaient conscients que le concept de la cause type pourrait faire l'objet d'une contestation judiciaire.

[74] À cet égard, les demandeurs attirent l'attention de la Cour sur la déclaration suivante tirée d'un courriel qui, à leur avis, démontre que les membres de la CISR savaient qu'une cause type pourrait donner lieu à un litige: [TRADUCTION] «une cause type pourrait assurer que le droit et la procédure établie pour le faire respecter ont été correctement suivis, ce qui pourrait profiter aux causes en instance; par ailleurs, elle pourrait attirer inutilement l'attention et provoquer un débat ou une contestation judiciaire; ce ne sont là que des exemples d'arguments pour et contre» (affidavit de Lisa Cirillo, à la page 451).

[75] Compte tenu de ce fait, les demandeurs soutiennent que les dépens devraient leur être adjugés

because the present litigation was contemplated at the time the decision was made to conduct the lead case.

[76] The respondent submits that issues of bias arise regularly in this Court on judicial review and, therefore, do not constitute special circumstances in the absence of bad faith being demonstrated. The respondent argues that costs should be awarded in favour of the Crown. The respondent relies on *Kabir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 2 F.C. 564 (T.D.), at paragraph 35 wherein the Court awarded costs against the applicant because the applicant had not been truthful and, as such, special reasons arose. The respondent submits that the misstatements of fact found in the applicants' affidavits filed in support of leave give rise to special circumstances such that general costs should be awarded to the Crown.

[77] I agree with the applicants' submission that, given the novel and recognized contentious nature of the lead case at the time it was brought, the applicants should not be responsible to finance a judicial review testing the lead case concept, even if they are unsuccessful in the exercise.

[78] I am unable to find that the applicants were not being forthright when they swore to their due process concerns regarding interpretation. It is quite possible that they understood the facts to be as stated in the affidavits, about which they were not examined as part of the present judicial review applications. As a result, I find that this feature of the case is irrelevant on a determination of the issue of costs.

[79] As a result, in my opinion, the applicants are entitled to an order for costs which will, in large measure, meet their expenses in bringing the applications.

quel que soit le résultat, parce que la contestation actuelle a été envisagée au moment où la décision a été prise d'entendre la cause type.

[76] Le défendeur soutient que des questions de partialité se posent régulièrement devant cette Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire et, par conséquent, qu'elles ne constituent pas des circonstances spéciales en l'absence d'un cas de mauvaise foi dont la preuve doit être faite. Le défendeur soutient que les dépens devraient être adjugés en faveur de la Couronne. Il s'appuie sur la décision *Kabir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 2 C.F. 564 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 35, dans laquelle la Cour a adjugé les dépens à l'encontre du demandeur parce que celui-ci n'avait pas dit toute la vérité, donnant ainsi lieu à des raisons spéciales. Le défendeur soutient que les faux énoncés de fait qui se trouvent dans les affidavits des demandeurs déposés à l'appui de la demande d'autorisation de poursuivre donnent lieu à des circonstances spéciales suffisantes pour que les dépens généraux soient adjugés à la Couronne.

[77] J'accepte la prétention des demandeurs selon laquelle, compte tenu de la nature nouvelle et du caractère litigieux reconnu de la cause type au moment de son audition, ils ne devraient pas être tenus de financer un contrôle judiciaire qui met à l'épreuve le concept de la cause type, même s'ils n'ont pas gain de cause à la fin de cet exercice.

[78] Je suis incapable de conclure que les demandeurs n'ont pas été honnêtes quand ils ont prêté serment relativement à leurs préoccupations sur l'application régulière de la loi concernant l'interprétation. Il est tout à fait possible qu'ils aient interprété les faits tels qu'ils ont été énoncés dans les affidavits, au sujet desquels ils n'ont pas été interrogés dans le cadre des présentes demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, j'estime que cet aspect de la cause n'aide pas à déterminer la question des dépens.

[79] À mon avis, les demandeurs ont droit à une ordonnance leur adjugeant les dépens, ce qui leur permettra dans une large mesure d'acquitter les dépenses qu'ils ont engagées pour présenter les demandes.

## VI. Certified Question

[80] Following the exchange of written submissions respecting potential questions to be certified for consideration by the Federal Court of Appeal, I find that the only question suggested which transcends the interests of the immediate parties to the present litigation and contemplates issues of broad significance and general application, and about which I have made a determination, is as follows:

Did the IRB have jurisdiction to conduct a “lead case” under the *Immigration Act*?

## VI. Question certifiée

[80] À la suite d'un échange d'observations écrites concernant les questions pouvant être certifiées en vue d'être portées à l'attention de la Cour d'appel fédérale, j'estime que la seule question qui transcende les intérêts des parties immédiates au présent litige et qui englobe des questions graves de portée générale, et sur laquelle je me suis prononcé, est la suivante:

La CISR avait-elle compétence pour entendre une «cause type» en vertu de la *Loi sur l'immigration*?

## ORDER

IMM-488-99

For the reasons provided:

1. The application is dismissed.
2. I award costs to the applicants according to Tariff B, Column 5 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106].
3. I certify the following question for consideration by the Federal Court of Appeal:

Did the IRB have jurisdiction to conduct a “lead case” under the *Immigration Act*?

## ORDONNANCE

IMM-488-99

Pour les motifs donnés ci-dessus:

1. La demande est rejetée.
2. J’adjuge les dépens aux demandeurs selon la colonne 5 du tarif B [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106].
3. Je certifie la question suivante qui pourra être examinée par la Cour d’appel fédérale:

La CISR avait-elle compétence pour entendre une «cause type» en vertu de la *Loi sur l’immigration*?



T-1978-02  
2005 FC 158

T-1978-02  
2005 CF 158

**Andrea Lillian Reid** (*Plaintiff*)

**Andrea Lillian Reid** (*demanderesse*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Defendant*)

**Sa Majesté la Reine** (*défenderesse*)

*INDEXED AS: REID v. CANADA (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: REID c. CANADA (C.F.)*

Federal Court, Gauthier J.—Vancouver, September 14, Ottawa and Toronto (teleconference), September 24, 2004; Montréal, February 1, 2005.

Cour fédérale, juge Gauthier—Vancouver, 14 septembre, Ottawa et Toronto (téléconférence), 24 septembre 2004; Montréal, 1<sup>er</sup> février 2005.

*Public Service — Pensions — Meaning of “salary” in Public Service Superannuation Act, s. 47(1) — Whether retroactive pay increase given to “elective participant” in supplementary death benefit plan post-retirement part of salary in calculating basic benefit payable to beneficiary — Crown motion for summary judgment denied — Reference to definitions in Department of Finance circular, Treasury Board Directive — Crown unsuccessfully arguing Retroactive Remuneration Regulations inoperable as enlarging statutory definition of salary — Applicable statutory construction principles.*

*Fonction publique — Pensions — Sens du mot «traitement» à l’art. 47(1) de la Loi sur la pension de la fonction publique — L’augmentation de rémunération avec effet rétroactif, versée à un «participant volontaire» après sa retraite, fait-elle partie de son traitement aux fins du calcul de la prestation de base à verser à son bénéficiaire? — Requête de la Couronne pour obtenir un jugement sommaire rejetée — Renvoi aux définitions dans une circulaire du ministère des Finances et une Directive du Conseil du Trésor — La Couronne soutient, sans succès, que le Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif était inopérant, dans la mesure où il visait à élargir la définition de traitement de la Loi — Principes applicables d’interprétation des lois.*

The question of law for determination on this motion for summary judgment, brought in the context of a proposed class action, was the interpretation of the word “salary” in *Public Service Superannuation Act* (PSSA), subsection 47(1). The Court had to determine whether a retroactive salary increase paid to an “elective participant” after retirement forms part of salary in calculating the basic benefit payable to a beneficiary.

La question de droit à trancher dans cette requête en jugement sommaire, déposée dans le contexte d’un recours collectif proposé, portait sur l’interprétation à donner au mot «traitement», au paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* (LPFP). La Cour devrait déterminer si une augmentation de rémunération avec effet rétroactif, versée à un «participant volontaire» après sa retraite, fait partie de son traitement aux fins du calcul de la prestation de base à verser à son bénéficiaire.

The plaintiff is the widow of a man who had worked for the Government until he took early retirement on March 31, 1998. He had participated in the Supplementary Death Benefit Plan (SDBP) and, at retirement elected to continue as a Plan participant. At the time of his retirement, Treasury Board and the union were negotiating a new collective bargaining agreement which was concluded at the end of the year and provided for a pay increase retroactive to June 21, 1997. He was paid at the increased rate for the period he had been employed after that date and his pension was adjusted to reflect the wage increase. But, following his death in December, 2000, plaintiff’s supplementary death benefits were based on her late husband’s salary not including the increase.

La demanderesse est la veuve d’un homme qui a été à l’emploi du gouvernement jusqu’au 31 mars 1998, date à laquelle il a pris une retraite anticipée. Il était un participant actif au Régime de prestations supplémentaires de décès (RPSD) et il a choisi de continuer à participer. Lors de sa retraite, le Conseil du Trésor et l’Alliance de la fonction publique du Canada négociaient une nouvelle convention collective, signée à la fin de l’année, qui comportait une augmentation avec effet rétroactif au 21 juin 1997. Il a reçu un versement qui correspondait à l’augmentation de son traitement pour la période en cause et ses prestations de retraite ont été ajustées pour refléter l’augmentation de son salaire. Suite à son décès en décembre 2000, la demanderesse a reçu la

The Crown's position was that the definition of salary in Part II of the PSSA (which establishes the SDBP), applicable to elective participants, does not include retroactive salary increases because the words "at the time he ceased to be employed in the Public Service" limit the expression "salary in the Public Service". It was further argued that case law of the Act was inapplicable as dealing with a different category of participants.

*Held*, the motion should be dismissed.

In *Gruber v. The Queen*, Jaccett C.J. held that "salary" includes retroactive increases even though "authorized or contracted for after the event". But, with respect to elective participants in the SDBP, Parliament had to specify which of the various salaries participants had received whilst employed in the Public Service was to be used for "basic benefit" calculation. Under the *Retroactive Remuneration Regulations*, which apply to the PSSA, Treasury Board was expressly authorized to approve retroactive upward revisions to both employees and persons who ceased to be employees during a retroactive period due to retirement. In 1964, the Department of Finance, Superannuation Branch, issued a circular explaining that SDB coverage under Part II of the PSSA could be altered by retroactive salary increases and that this would require additional contributions if the basic benefit is retroactively increased, in which case the SDB would be payable in the amount of any increase to the basic benefit. This interpretation was confirmed by a Treasury Board Directive which mentioned elective participants' inclusion. The Crown however submitted that these administrative interpretations were mistaken and that the Regulations were inoperable as purporting to enlarge the statutory definition of salary in respect of elective Public Service participants. But, in the Court's view, the definition in the PSSA in 1964 was insufficiently clear to be able to conclude that the Regulations were, on their face, inoperable. The Crown also pointed to certain 1966 statutory amendments as demonstrating that retroactive increases are included in the definition of salary only in the case of active participants under the PSSA while, under the *Canadian Forces Superannuation Act* (CFSA), they are included in the pay of both active and elective participants. This argument was rejected. The presumption of coherence and consistency applies when two statutes (here the PSSA and the CFSA) are enacted to deal with the same subject as if their provisions were part of a single Act. Furthermore, the interpretation given by the Treasury Board Directive was presumably known to the legislator. In 2000, the Regulations were repealed, having become obsolete since the Treasury Board's power to pay retroactive increases was now dealt with

prestation du RPSD calculée sur le salaire de feu son mari, sans qu'il soit tenu de compte de l'augmentation.

La Couronne a soutenu que la définition du mot traitement à la partie II de la LPFP (qui crée le RPSD), qui s'applique aux participants volontaires, ne comprend pas ces augmentations de traitement avec effet rétroactif étant donné que les mots «au moment où il a cessé d[. . .]être employé [dans la fonction publique]» viennent restreindre le sens de l'expression «traitement dans la fonction publique». Elle a aussi soutenu que la jurisprudence au sujet de la Loi ne s'applique pas parce que traitant d'une différente catégorie de participants.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Dans l'arrêt *Gruber c. La Reine*, le juge en chef Jaccett a conclu que le mot «traitement» comprend une augmentation avec effet rétroactif, même «autorisée ou convenue après coup». S'agissant des participants volontaires au RPSD, le législateur devait spécifier lequel des divers traitements reçus par ces participants alors qu'ils étaient à l'emploi de la fonction publique serait utilisé dans le calcul de la «prestation de base». Le *Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif*, qui s'applique à la LPFP, autorise expressément le Conseil du Trésor à approuver un relèvement de la rémunération avec effet rétroactif aux employés ainsi qu'aux personnes qui ont cessé d'être des employés durant la période de rétroactivité pour cause de retraite. En 1964, la Direction des pensions de retraite du ministère des Finances a adopté une circulaire expliquant que les PSD visées par la partie II de la LPFP peuvent être modifiées par suite d'augmentations de traitement avec effet rétroactif, ce qui fait que des contributions additionnelles pour la période rétroactive seraient requises si la prestation de base est augmentée avec effet rétroactif. Dans ce cas, la PSD est ajustée à la hausse d'un montant égal à la prestation de base augmentée. Cette interprétation a été confirmée par l'adoption d'une Directive du Conseil du Trésor qui mentionne que cette règle s'applique aux participants volontaires. La Couronne a soutenu toutefois que ces interprétations administratives étaient erronées et que le Règlement était inopérant, dans la mesure où il visait à élargir la définition de traitement pour participants volontaires de la fonction publique que l'on trouve dans la Loi. Toutefois, la Cour conclut que la définition de la LPFP qui existait en 1964 n'était pas assez claire pour qu'on puisse dire que le Règlement est *prima facie* inopérant. La Couronne a aussi fait état des modifications législatives apportées en 1966 pour démontrer que les augmentations de traitement avec effet rétroactif ne sont comprises dans la définition du mot traitement que lorsque'il s'agit des participants actifs de la LPFP, alors qu'elles sont comprises dans le traitement des participants actifs et volontaires de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (LPRFC). Cet argument n'a pas été retenu. La présomption de cohérence et d'uniformité

by the *Financial Administration Act*.

The PSSA Part II definition of salary in the case of elective participants includes retroactive revisions received as basic pay for work performed prior to retirement.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Public Service Superannuation Act*, S.C. 1953-54, c. 64, s. 2.
- An Act to amend the Public Service Superannuation Act*, S.C. 1960, c. 38, s. 1(3).
- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9, s. 31(1).
- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17, ss. 2(1) "pay", "salary", 60 (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 52; 1999, c. 34, s. 155).
- Canadian Forces Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 21, ss. 2(1)(h) "pay", 44 "salary" (as enacted by S.C. 1966, c. 44, s. 53).
- Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 396, s. 48.
- Canadian Forces Superannuation Regulations*, SOR/67-589, s. 35.
- Civil Service Amendment Act, 1908 (The)*, S.C. 1908, c. 15, s. 41.
- Civil Service Insurance Act*, R.S.C. 1906, c. 18.
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2).
- Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 28, s. 35(4).
- Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34, ss. 98, 115(1).
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 52 (as am. by S.C. 1992, c. 54, ss. 46, 78).
- Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. P-36, s. 2(1) "salary".
- Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, ss. 3(1) "salary", 6 (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 4; 1996, c. 18, s. 22; 1999, c. 34, s. 59), 39 (as am. *idem*, s. 86), 47(1) "basic benefit" (as am. *idem*, s. 98), "salary" (as am. *idem*), 66 (as am. *idem*, s. 109).

s'applique lorsque deux lois différentes (en l'espèce la LPFP et la LPRFC) sont adoptées pour traiter du même sujet, comme si leurs dispositions faisaient partie d'une seule loi. De plus, le législateur connaissait probablement l'existence de l'interprétation que l'on trouve dans la Directive du Conseil du Trésor. Le Règlement a été abrogé en 2000, puisqu'il était devenu caduc étant donné que le pouvoir conféré au Conseil du Trésor de verser des augmentations de traitement avec effet rétroactif avait été inscrit dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

La définition du mot traitement, qui vise les participants volontaires dans la partie II de la LPFP, comprend les augmentations de rémunération avec effet rétroactif comme partie de leur traitement de base pour l'exercice des fonctions régulières avant la date de leur retraite.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi corrective de 1977*, S.C. 1976-77, ch. 28, art. 35(4).
- Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*, S.C. 1908, ch. 15, art. 41.
- Loi de 1966 modifiant le droit statutaire (Pensions)*, S.C. 1966, ch. 44, art. 22, 35, 53.
- Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, ch. 81, art. 2.
- Loi de l'assurance du service civil*, S.R.C. 1906, ch. 18.
- Loi modifiant la Loi sur la pension du service public*, S.C. 1953-54, ch. 64, art. 2.
- Loi modifiant la Loi sur la pension du service public*, S.C. 1960, ch. 38, art. 1(3).
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2).
- Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 3(1) «traitement», 6 (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 4; 1996, ch. 18, art. 22; 1999, ch. 34, art. 59), 39 (mod. *idem*, art. 86), 47(1) «prestation de base» (mod. *idem*, art. 98), «traitement» (mod. *idem*), 66 (mod. *idem*, art. 109).
- Loi sur la pension de la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-36, art. 2(1) «traitement».
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17, art. 2(1) «solde», «traitement», 60 (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 52; 1999, ch. 34, art. 155).
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.C. 1959, ch. 21, art. 2(1)(h) «solde», 44 «traitement» (édicte par S.C. 1966, ch. 44, art. 53).
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9, art. 31(1).
- Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, ch. 47, art. 2) «traitement», 39(1)a) «prestation de base» (édicte par S.C. 1953-54, ch. 64, art. 2), i) «traitement» (édicte,

*Public Service Superannuation Act*, S.C. 1952-53, c. 47, ss. 2(l) “salary”, 39(1)(a) “basic benefit” (as enacted by S.C. 1953-54, c. 64, s. 2), (i) “salary” (as enacted *idem*).  
*Public Service Superannuation Regulations*, SOR/62-70, s. 54A (as enacted by SOR/66-342, s. 3).  
*Retroactive Remuneration Regulations*, SOR/64-371, ss. 2, 3, 4, 5, 8, 9.  
*Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1966*, S.C. 1966, c. 44, ss. 22, 35, 53.  
*Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, s. 2.  
*Supplementary Death Benefit Regulations*, C.R.C., c. 1360, s. 23.  
*Supplementary Death Benefit Regulations*, SOR/73-627, s. 23.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 287 N.R. 248; 2002 SCC 42; *Gruber v. The Queen*, [1975] F.C. 578; (1975), 11 N.R. 216 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84; (1985), 85 CLLC 14,016; 57 N.R. 351 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. Superannuation Branch. Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13, *Retroactive Salary Increases*.  
 Canada. Treasury Board Directive 64-121.  
*House of Commons Debates* (December 20, 1975), at p. 10245.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

MOTION for summary judgment on a question of law as to the interpretation of the word “salary” in *Public Service Superannuation Act*, subsection 47(1). Motion denied.

*idem*).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 52 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 46, 78).  
*Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34, art. 98, 115(1).  
*Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396, art. 48.  
*Règlement sur la pension de retraite des forces canadiennes*, DORS/67-589, art. 35.  
*Règlement sur la pension du service public*, DORS/62-70, art. 54A (édicé par DORS/66-342, art. 3).  
*Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif*, DORS/64-371, art. 2, 3, 4, 5, 8, 9.  
*Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, C.R.C., ch. 1360, art. 23.  
*Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, DORS/73-627, art. 23.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.P.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 287 N.R. 248; 2002 CSC 42; *Gruber c. La Reine*, [1975] C.F. 578; (1975), 11 N.R. 216 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE:

*Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84; (1985), 85 CLLC 14,016; 57 N.R. 351 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Conseil du Trésor. Directive 64-121.  
 Canada. Department of Finance. Superannuation Branch. Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13, *Retroactive Salary Increases*.  
*Débats de la Chambre des communes* (20 décembre 1975), à la p. 10245.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto: Butterworths, 2002.

REQUÊTE en jugement sommaire, sur une question de droit visant l'interprétation à donner au mot «traitement», au paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Requête rejetée.

## APPEARANCES:

*Robert A. Margolis and John C. Kleefeld* for plaintiff

*Dale L. Yurka and Caroline E. M. Engmann* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Giaschi & Margolis*, Vancouver, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada*, Toronto, for defendant.

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

[1] GAUTHIER J.: The defendant seeks summary judgment against Mrs. Reid on the ground that there is no genuine issue for trial because the only matter in dispute is a question of law.

[2] The parties have agreed that if Mrs. Reid succeeds on this motion, damages will be calculated individually for each member of the class that the plaintiff represents assuming that the Court certifies the class. The parties have filed in that respect, a copy of their agreement which contains the formula to calculate the damages applicable to each individual of the class.

[3] The parties have also agreed that the class certification motion will proceed after judgment is rendered on this motion on an uncontested basis.

[4] The question of law to be determined on this motion is the proper interpretation of the word "salary" in subsection 47(1) [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 98] of the *Public Service Superannuation Act* [R.S.C., 1985, c. P-36] (PSSA) for the purpose of calculating the basic benefit payable to beneficiaries of elective participants. Specifically, the Court must determine whether a retroactive salary increase authorized and paid to an elective participant after he or she retires, forms part of his or her salary for the purpose of calculating the basic benefit payable to his or her beneficiary.

## ONT COMPARU:

*Robert A. Margolis et John C. Kleefeld* pour la demanderesse.

*Dale L. Yurka et Caroline E. M. Engmann* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Giaschi & Margolis*, Vancouver, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada*, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER: La défenderesse présente une requête en jugement sommaire contre M<sup>me</sup> Reid, au motif qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse sauf sur un point de droit.

[2] Les parties ont convenu que si M<sup>me</sup> Reid a gain de cause dans cette requête, les dommages-intérêts seront calculés pour chacun des membres du groupe représenté par la demanderesse, à supposer que la Cour autorise l'action. À ce sujet, les parties ont déposé copie de leur entente, où l'on trouve la formule qui servira à calculer les dommages-intérêts à verser à chaque membre du groupe.

[3] Les parties ont aussi convenu que la requête en autorisation de recours collectif procédera sans opposition dès le prononcé du jugement sur la présente requête.

[4] La question de droit à trancher en l'espèce porte sur l'interprétation à donner au mot «traitement», au paragraphe 47(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 98] de la *Loi sur la pension de la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-36] (LPFP), aux fins du calcul de la prestation de base payable aux bénéficiaires des participants volontaires. Plus précisément, la Cour doit déterminer si une augmentation de rémunération avec effet rétroactif, autorisée et versée à un participant volontaire après sa retraite, fait partie de son traitement aux fins du calcul de la prestation de base à verser à son bénéficiaire.

[5] In addition to this proposed class action, the parties are involved in two other class proceedings before the Supreme Court of British Columbia (Vancouver Registry Nos. L0109-10 and No. L0113-56). It has been agreed that for the purpose of this motion, the Court need not decide the nature of the supplementary death benefit provided for in Part II of the PSSA. Thus, nothing in the following reasons should be construed as giving any opinion or having any impact on the nature of the said benefit.

### Background

[6] As indicated, the parties agree that there are no factual issues requiring an assessment and weighing of evidence by the Court. The facts required to determine the legal issue raised in this action are not in dispute and they are as follows.

[7] Mrs. Reid is the widow of Douglas W. Reid, who was an employee of the Government of Canada, from August 26, 1974, until March 31, 1998, when he took early retirement from his position as a senior planning officer with Parks Canada.

[8] While employed by the Government, Mr. Reid was an active participant in the Supplementary Death Benefit Plan (SDBP) established pursuant to Part II of the PSSA. On April 2, 1998, Mr. Reid signed an "election to continue as a participant under the supplementary death benefit plan".<sup>1</sup> This election confirmed that Mr. Reid remained a member of the SDBP as an elective participant. Mrs. Reid was his designated beneficiary under the plan.

[9] When Mr. Reid retired, his salary for that year was \$53,492. However, the Treasury Board and the Public Service Alliance of Canada were in negotiation for a new collective agreement as the previous agreement had expired on June 20, 1997.<sup>2</sup>

[10] The new collective agreement was signed on December 29, 1998, and Mr. Reid's rate of pay was subject to a retroactive increase effective June 21, 1997.<sup>3</sup>

[5] En sus du recours collectif proposé en l'espèce, les parties sont impliquées dans deux autres recours collectifs devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique (dossiers du greffe de Vancouver n<sup>os</sup> L0109-10 et L0113-56). Aux fins de la présente requête, il est convenu que la Cour n'a pas à se prononcer sur la nature de la prestation supplémentaire de décès prévue à la partie II de la LPFP. Par conséquent, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme constituant une opinion qui aurait un impact sur la nature de la prestation en cause.

### Le contexte

[6] Comme je l'ai indiqué, les parties conviennent qu'il n'y a pas de questions de fait à soumettre à la Cour, celle-ci n'ayant donc pas à évaluer et soupeser une preuve. Les faits nécessaires à la détermination du point de droit soulevé en l'espèce ne sont pas contestés et on peut les énoncer comme suit.

[7] M<sup>me</sup> Reid est la veuve de Douglas W. Reid, qui a été à l'emploi du gouvernement du Canada du 26 août 1974 au 31 mars 1998, date à laquelle il a pris une retraite anticipée de son poste d'agent principal de planification à Parcs Canada.

[8] Alors qu'il était à l'emploi du gouvernement, M. Reid était un participant actif au Régime de prestations supplémentaires de décès (RPSD) créé en vertu de la partie II de la LPFP. Le 2 avril 1998, M. Reid a signé un «document indiquant son choix de continuer à participer au régime de prestations supplémentaires de décès»<sup>1</sup>. Ce choix confirmait que M. Reid demeurait au sein du RPSD en qualité de participant volontaire. M<sup>me</sup> Reid avait été désignée bénéficiaire de son mari dans le cadre du régime.

[9] Lors de sa retraite, le salaire annuel de M. Reid était de 53 492 \$. Toutefois, le Conseil du Trésor et l'Alliance de la fonction publique du Canada négociaient alors une nouvelle convention collective, l'ancienne ayant expiré le 20 juin 1997<sup>2</sup>.

[10] La nouvelle convention collective a été signée le 29 décembre 1998, et le traitement de M. Reid a fait l'objet d'une augmentation avec effet rétroactif au 21

After the new collective agreement was signed, Mr. Reid was paid the increased rate of pay for the period between June 20, 1997, and his retirement date. His pension was also adjusted to reflect this increased salary at the time of his retirement.

[11] Mr. Reid was later diagnosed with leukemia and he died on December 3, 2000. Following his death, Mrs. Reid received the SDBP basic benefit calculated on the basis of Mr. Reid's salary of \$53,492 without taking into account the retroactive increase, that he received. In her proposed class action, she claims that this increase should have been included in the salary used to establish her husband's SDBP basic benefit. She seeks payment of this additional amount for herself and for each member of the proposed class.

[12] The PSSA contains three parts. Part I deals with pension or superannuation, Part II establishes the SDBP applicable to employees in the Public Service (active participants) as well as retired Public Service employees who have elected to continue to participate in the plan (elective participants) and Part III deals with other supplementary benefits. The expression "salary" is defined in Part I and Part II as follows:<sup>4</sup>

*Public Service Superannuation Act* [s. 47(1) "basic benefit" (as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 98)]

#### PART I

##### SUPERANNUATION

###### *Interpretation*

3. (1) In this Part,

...

"salary" means

(a) as applied to the Public Service, the basic pay received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office exclusive of any amount received as

juin 1997<sup>3</sup>. Après la signature de la nouvelle convention collective, M. Reid a reçu un versement qui correspondait à l'augmentation de son traitement pour la période allant du 20 juin 1997 jusqu'à sa retraite. Ses prestations de retraite ont aussi été ajustées pour refléter le fait que son salaire était plus élevé au moment de sa retraite.

[11] Frappé de leucémie par la suite, M. Reid est décédé le 3 décembre 2000. Suite à son décès, M<sup>me</sup> Reid a reçu la prestation de base du RPSD, calculée sur le salaire de 53 492 \$ de M. Reid, sans qu'il soit tenu compte de l'augmentation avec effet rétroactif qu'il avait reçu. Dans le recours collectif qu'elle veut intenter, M<sup>me</sup> Reid soutient que cette augmentation devait être comprise dans le salaire utilisé pour déterminer la prestation de base de son mari en vertu du RPSD. Elle demande le paiement de cette somme additionnelle, pour elle-même ainsi que pour chaque membre du groupe.

[12] La LPPF contient trois parties. La partie I traite de la pension de retraite, la partie II traite du RPSD pour les employés de la fonction publique (les participants actifs) ainsi que pour les employés de la fonction publique qui ont pris leur retraite et choisi de continuer à participer au régime (les participants volontaires) et la partie III traite de prestations additionnelles. Le mot «traitement» est défini comme suit dans la partie I et la partie II<sup>4</sup>:

*Loi sur la pension de la fonction publique* [art. 47(1) «prestation de base» (mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 98)]

#### PARTIE I

##### PENSION DE RETRAITE

###### *Définitions et interprétation*

3. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

[...]

«traitement»

a) La rémunération de base versée pour l'accomplissement des fonctions normales d'un poste dans la fonction publique, y compris les allocations, les rémunérations spéciales ou pour temps supplémentaire ou autres

allowances, special remuneration, payment for overtime or other compensation or as a gratuity unless that amount is deemed to be or to have been included in that person's basic pay pursuant to any regulation made under paragraph 42(1)(e), and

(b) as applied to the regular force or the Force, the pay or pay and allowances, as the case may be, applicable in the case of that person as determined under the *Canadian Forces Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

...

## PART II

### SUPPLEMENTARY DEATH BENEFITS

#### *Interpretation*

47. (1) In this Part,

“basic benefit”, with respect to a participant, means an amount equal to twice the salary of the participant, if that amount is a multiple of one thousand dollars, or an amount equal to the nearest multiple of one thousand dollars above twice the salary of the participant, if the first-mentioned amount is not a multiple of one thousand dollars, subject to a reduction of ten per cent, to be made as of the time that the regulations prescribe, for every year of age in excess of sixty-five attained by the participant, except that

...

“salary” means

(a) in the case of a participant employed in the Public Service, the salary as defined for purposes of Part I, expressed in terms of an annual rate, except that where a retroactive increase is authorized in the salary of that participant, the increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe,

(b) in the case of an elective participant, his salary in the Public Service at the time he ceased to be employed in the Public Service, expressed in terms of an annual rate, and

(c) in the case of a participant who is required to contribute to the Retirement Compensation Arrangements Account by section 8 or 9 of the *Retirement Compensation Arrangements Regulations, No. 1*, the salary referred to in subsections 8(3) or 9(1) of those Regulations.

indemnités et les gratifications qui sont réputées en faire partie en vertu d'un règlement pris en application de l'alinéa 42(1)e);

b) la solde, ainsi que les allocations, payables dans le cadre de la force régulière ou de la Gendarmerie en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* ou de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

[. . .]

## PARTIE II

### PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES DE DÉCÈS

#### *Définitions et interprétation*

47. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«prestation de base» Soit le montant égal au double du traitement du participant si ce montant est un multiple de mille dollars, soit le montant égal au plus petit multiple de mille dollars qui dépasse le double du traitement du participant si le montant mentionné en premier n'est pas un multiple de mille dollars, sous réserve d'une déduction de dix pour cent, faite à compter de la date prévue par les règlements, pour chaque année de l'âge du participant ultérieure à soixante-cinq ans, sauf que:

[. . .]

«traitement»

a) Dans le cas d'un participant employé dans la fonction publique, le traitement défini pour l'application de la partie I, exprimé sous forme de taux annuel, sauf que lorsqu'une augmentation rétroactive est autorisée sur le traitement d'un tel participant, celui-ci est réputé avoir commencé à la percevoir le jour fixé par règlement;

b) dans le cas d'un participant volontaire, son traitement dans la fonction publique au moment où il a cessé d'y être employé, exprimé sous forme de taux annuel;

c) dans le cas d'un participant qui est astreint à contribuer au compte de régimes compensatoires par les articles 8 ou 9 du *Règlement n° 1 sur le régime compensatoire*, le traitement visé aux paragraphes 8(3) ou 9(1) de ce règlement.



(2) In this Part, words and expressions other than those mentioned in subsection (1) have the same meaning as in Part I.

[13] The PSSA was originally adopted in 1953 [S.C. 1952-53, c. 47] and it dealt only with the subject of pension or superannuation. Part II was enacted in 1954 [S.C. 1953-54, c. 64, s. 2] to effectively replace the previous gratuity of two months' salary payable on the death of a public servant under *The Civil Service Amendment Act, 1908*, S.C. 1908, c.15, s. 41.<sup>5</sup>

[14] In 1954, the SDBP applied not only to members of the Public Service but also to members of the Canadian Armed Forces. In 1966, Part III of the *Canadian Forces Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 21 (CFSA) was enacted and the provisions of Part II of PSSA applicable to members of the Armed Forces were deleted [*Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1966*, S.C. 1966, c. 44, s. 53]. (See Annex 1.)

[15] The parties agree that of all the provincial and federal statutes dealing with this subject of supplementary death benefit and superannuation, the CFSA is the only one that can shed some light on the interpretation of subsection 47(1) of the PSSA and that it should therefore be considered by the Court in determining the meaning of salary in subsection 47(1).

[16] The parties are agreed that the Court should apply the principles of statutory interpretation summarized by Justice Iacobucci, in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26-27 as follows:

In Elmer Driedger's definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation

[. . .]

(2) Dans la présente partie, les termes autres que ceux définis au paragraphe (1) s'entendent au sens de la partie I.

[13] Lors de l'adoption du texte original de la LPFP en 1953 [S.C. 1952-53, ch. 47], cette loi ne traitait que des pensions de retraite. La partie II a été promulguée en 1954 [S.C. 1953-54, ch. 64, art. 2], afin de remplacer la somme forfaitaire de deux mois de salaire versée à l'occasion du décès d'un employé de la fonction publique en vertu de la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*, S.C. 1908, ch. 15, art. 41<sup>5</sup>.

[14] En 1954, le RPSD visait non seulement les employés de la fonction publique, mais aussi les membres des Forces canadiennes. En 1966, on a promulgué la partie III de la *Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes*, S.C. 1959, ch. 21 (LPRFC), et les dispositions de la partie II de la LPFP qui s'appliquaient aux membres des Forces canadiennes ont été abrogées [*Loi de 1966 modifiant le droit statutaire (Pensions)*, S.C. 1966, ch. 44, art. 53]. (Voir l'annexe 1.)

[15] Les parties conviennent que de toutes les lois provinciales et fédérales qui traitent de la question d'une prestation supplémentaire de décès, seule la LPRFC peut éclairer l'interprétation du paragraphe 47(1) de la LPFP. Par conséquent, il est convenu que la Cour doit l'examiner afin de déterminer le sens à donner au mot traitement que l'on trouve au paragraphe 47(1).

[16] Les parties conviennent que la Cour doit appliquer les principes d'interprétation des lois, telles que les a résumées le juge Iacobucci dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27:

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans

across a wide range of interpretive settings: . . . I note as well that in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like people take their colour from their surroundings". This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger's principle gives rise to what was described in *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 52, as "the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter".

[17] It is not disputed that the definition of salary in subsection 47(1) of PSSA which applies to active participants includes retroactive salary increases. This is because such increases are included in the definition of salary in Part I. Although this is not readily apparent from a cursory reading of this definition in Part I, it is said that when one considers the legislative evolution and history of this provision and particularly, the decision in *Gruber v. The Queen*, [1975] F.C. 578 (C.A.), it becomes undisputable that such retroactive increases are part of the "basic pay" or "rémunération de base" received for regular services by an employee in the Public Service.

[18] That being said, using the interpretative principles referred to in *Bell ExpressVu*, the defendant argues that the definition of salary in Part II, applicable to elective participants such as Mr. Reid, does not include those retroactive salary increases because the words "at the time he ceased to be employed in the Public Service" limit the expression "salary in the Public Service." Therefore, consideration of any adjustments made after

divers contextes: [. . .] Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte «est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet».

Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé «Statute Interpretation in a Nutshell» (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 6, [TRADUCTION] «des mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l'application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 52, de «principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet».

[17] Personne ne conteste le fait que la définition de traitement qui se trouve au paragraphe 47(1) de la LPFP, qui s'applique aux participants actifs, comprend les augmentations de traitement avec effet rétroactif. Ceci découle du fait que ces augmentations sont comprises dans la définition de traitement que l'on trouve à la partie I. Bien que ce ne soit pas immédiatement apparent lors d'une lecture rapide de cette définition à la partie I, le point de vue est exprimé que lorsqu'on examine l'historique législatif de cette disposition, notamment l'arrêt *Gruber c. La Reine*, [1975] C.F. 578 (C.A.), il devient incontestable que ces augmentations de traitement avec effet rétroactif font partie de la «rémunération de base» ou «basic pay» reçue par un employé de la fonction publique pour l'exercice de ses fonctions régulières.

[18] Ceci étant dit, la défenderesse, utilisant les principes d'interprétation que l'on trouve dans l'arrêt *Bell ExpressVu*, soutient que la définition du mot traitement à la partie II, qui s'applique aux participants volontaires comme M. Reid, ne comprend pas ces augmentations de traitement avec effet rétroactif étant donné que les mots «au moment où il a cessé d' [. . .] être employé [dans la fonction publique]» viennent restreindre

the date of retirement of the elective participants, is necessarily precluded.

[19] The defendant also says that it is not inconsistent or illogical to conclude that different categories of participants would be treated differently. This is especially so when the legislature has clearly dictated a difference in the calculation of the salary for elective participants by adopting different definitions for each type of participant. The Court cannot therefore use the case law dealing with the notion of salary as defined in Part I of the PSSA.

[20] Furthermore, according to the defendant, Parliament made its intention even clearer in that respect when it chose in 1966, not to make the deeming provisions in the *Supplementary Death Benefit Regulations* [C.R.C., c. 1360]<sup>6</sup> applicable to both active and elective participants. It had done so with respect to the SDBP applicable to Canadian Armed Forces when it enacted what is now section 60 [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 52; 1999, c. 34, s. 155] of the CFSA [*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17]. Thus, the Court should give full effect to the maxim *expressio unius est exclusio alterius*.

[21] Using the same interpretative approach, the applicant came to the opposite conclusion. She says that when one considers the scheme of the Act, it is clear that the words “at the time he ceased to be employed in the Public Service” were only added to specify that the basic benefit provided for under the SDBP plan was calculated using the last salary received by an elective participant as a Public Service employee.

[22] According to Mrs. Reid, the wording of section 60 of the CFSA confirms her interpretation rather than the one proposed by the defendant.

[23] Finally, Mrs. Reid argues that three other elements of the legislative history relevant to the

dre le sens de l'expression «traitement dans la fonction publique». Par conséquent, toute prise en compte des ajustements de traitement fait après la date de la retraite des participants volontaires est nécessairement exclue.

[19] La défenderesse déclare aussi que le fait de conclure que différentes catégories de participants sont traitées différemment n'est ni incohérent ni illogique. Ceci est particulièrement vrai lorsque le législateur a clairement établi une différence dans le calcul du traitement des participants volontaires en adoptant des définitions différentes pour chaque type de participant. Par conséquent, la Cour ne peut utiliser la jurisprudence qui traite du mot traitement, tel que défini dans la partie I de la LPPF.

[20] De plus, aux dires de la défenderesse, le législateur a clarifié encore davantage son intention à ce sujet en choisissant, en 1966, de ne pas rendre applicable aux deux catégories de participants, les participants actifs et les participants volontaires, les dispositions habilitantes du *Règlement sur les prestations supplémentaires de décès* [C.R.C., ch. 1360]<sup>6</sup>. Or, il l'avait fait s'agissant du RPSD applicable aux Forces canadiennes, lorsqu'il a promulgué ce qui est constitué maintenant l'article 60 [mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 52; 1999, ch. 34, art. 155] de la LPRFC [*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17]. Par conséquent, la Cour devrait appliquer intégralement la maxime *expressio unius est exclusio alterius*.

[21] La demanderesse utilise la même approche d'interprétation pour arriver à la conclusion opposée. Elle déclare que lorsqu'on examine le régime établi par la Loi, il est clair que les mots «au moment où il a cessé d'... être employé [dans la fonction publique]» n'ont été ajoutés au texte que pour préciser que la prestation de base prévue en vertu du RPSD devait être calculée au vu du dernier salaire que le participant volontaire avait reçu en sa qualité d'employé de la fonction publique.

[22] Selon M<sup>me</sup> Reid, la formulation de l'article 60 de la LPRFC confirme son interprétation et non celle que propose la défenderesse.

[23] Finalement, M<sup>me</sup> Reid soutient que trois autres aspects de l'historique législatif pertinents à l'interpré-

interpretation of subsection 47(1) further support her interpretation. First, the *Retroactive Remuneration Regulations* adopted in 1964 (SOR/64-371) gave authority to the Governor in Council or the Treasury Board to approve and pay retroactive salary increases not only to employees but also to persons who ceased to be employees because of retirement. Then, according to the Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13, *Retroactive Salary Increases* produced by the Department of Finance, Superannuation Branch, dated October 29, 1964, and the Treasury Board Directive 64-121 dated December 9, 1964, these Regulations were construed to apply specifically to the SDBP for elective participants.

[24] Finally, Mrs. Reid says that her interpretation of “salary” is in line with the common law definition of salary discussed in *Gruber*, and in *Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 84 (C.A.).

[25] The evolution and the elements of the legislative history of the relevant sections of the PSSA and of the CFSA referred to by the parties are reproduced in Annex 1.

#### Analysis

[26] Both parties are agreed that despite a few cosmetic amendments to clarify, for example that the definition refers to the annual rate as opposed to the weekly or monthly rate of pay, the definition of salary for elective participants has not changed since its initial adoption in 1954.

[27] It is thus relevant to examine the overall scheme of the PSSA at that time to see if it sheds any light on the intention of the legislator when it enacted the definition in Part II.

[28] Before the SDBP was added, the only definition of “salary” in the Act was the following:

tation du paragraphe 47(1) viennent appuyer son interprétation. Premièrement, le *Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif*, adopté en 1964 (DORS/64-371), autorisait le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor à approuver et verser un relèvement de rémunération avec effet rétroactif aux employés ainsi qu’aux ex-employés à la retraite. Par la suite, si l’on se fonde sur la Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13, *Retroactive Salary Increases* de la Direction des pensions de retraite du ministère des Finances, en date du 29 octobre 1964, et sur la Directive du Conseil du Trésor 64-121, en date du 9 décembre 1964, ce règlement devait être interprété de façon à s’appliquer notamment aux participants volontaires au RPSD.

[24] Finalement, M<sup>me</sup> Reid déclare que son interprétation du mot «traitement» correspond à la définition de ce mot en common law, qui a été abordée dans l’arrêt *Gruber*, ainsi que dans l’arrêt *Association canadienne du contrôle du trafic aérien c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 84 (C.A.).

[25] L’évolution et les éléments de l’historique législatif des articles pertinents de la LPPF et de la LPRFC cités par les parties sont reproduits à l’annexe 1.

#### Analyse

[26] Les deux parties conviennent que, nonobstant certaines modifications de rédaction pour clarifier certains aspects, par exemple le fait que la définition se rapporte au taux annuel de traitement et non au taux hebdomadaire ou mensuel, la définition de traitement pour les participants volontaires n’a pas changé depuis son adoption en 1954.

[27] Il est donc pertinent d’examiner le régime général établi par la LPPF à ce moment-là, afin de voir s’il peut éclairer l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la définition que l’on trouve dans la partie II.

[28] Avant l’ajout du RPSD, la seule définition de «traitement» que l’on trouvait dans la Loi était la suivante:

*Public Service Superannuation Act*, S.C. 1952-53, c. 47

2. . . .

- (l) “salary” means the compensation received for the performance of the regular duties of a position or office.

[29] It is agreed that in so far as employees in the Public Service are concerned, this definition of salary reads essentially like the definition discussed in *Gruber*, that was held to include retroactive increases. As mentioned by Chief Justice Jaccett, speaking for the Court in that case, at page 581:

At the time when the public servant performs the services required of him to discharge the duties of his position, he is paid the salary (compensation) for those services to which he is, by law, entitled. When the wage rates are increased retroactively, he is, in effect, given a duly authorized extra amount or “bonus” in respect of such services. The fact that such bonus is authorized or contracted for after the event does not make it any the less a payment (compensation) for such services even though they have already been rendered. [Emphasis added.]

[30] The definition in paragraph 2(l) above was obviously insufficient to satisfy the requirement of the new SDBP which was intended to cover active participants from the Public Service as well as the Canadian Armed Forces and elective participants from both groups. For example, this last category was no longer receiving any compensation for the performance of the regular duties of a position or office.

[31] With respect to active Public Service participants, the definition in Part II introduced in 1954 was essentially the same as in Part I. By using words such as “his salary in the Public Service” to define the salary of an elective Public Service participant, the legislator appears to be also referring to the compensation that such participants received for the performance of his or her regular services or duties while employed in the Public Service.

[32] The SDBP provides for the payment of a “basic benefit” which is defined by reference to several

*Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, ch. 47

2.

- l) «traitement» signifie la rémunération reçue pour l'exercice des fonctions régulières d'un poste ou d'une charge

[29] Il est convenu que s'agissant des employés de la fonction publique, cette définition de traitement est essentiellement la même que celle qui a été discutée dans l'arrêt *Gruber*, où l'on a conclu qu'elle comprenait les augmentations avec effet rétroactif. Comme l'écrit le juge en chef Jaccett, au nom de la Cour, à la page 581:

Lorsque le fonctionnaire exécute les tâches requises par les fonctions de son poste, on lui paie un traitement (rémunération) qui lui revient de plein droit en contrepartie de ces services. Lorsque les taux de rémunération sont augmentés rétroactivement, il reçoit en fait un montant supplémentaire dûment autorisé ou une «indemnité» à l'égard de ces services. Même si une telle indemnité est autorisée ou convenue après coup, elle n'en constitue pas moins un paiement (rémunération) versé en contrepartie de ces services même si ces derniers ont déjà été rendus. [Non souligné dans l'original.]

[30] Il est clair que la définition que l'on trouve à l'alinéa 2l) précité était tout à fait insuffisante lorsqu'on a introduit le nouveau RPSD, dont l'objectif était d'inclure les participants actifs de la fonction publique ainsi que des Forces canadiennes, ainsi que les participants volontaires de ces deux groupes. Par exemple, cette dernière catégorie ne recevait plus de rémunération pour l'exécution de fonctions régulières d'un poste ou d'une charge.

[31] S'agissant des participants actifs de la fonction publique, la définition de la partie II, introduite en 1954, était essentiellement la même que celle que l'on trouve à la partie I. En utilisant des mots comme «son traitement dans la fonction publique» pour définir le traitement d'un participant volontaire de la fonction publique, le législateur semble renvoyer aussi à la compensation qui leur était versée dans l'exercice de leurs fonctions régulières dans la fonction publique alors qu'ils en étaient les employés.

[32] Le RPSD prévoit le versement d'une «prestation de base», qui est définie selon plusieurs éléments, le plus

elements, the most important being the salary of the participant.<sup>7</sup> With respect to elective participants, this meant that Parliament had to specify which of the various salaries such participants had received while in the employ of the Public Service would be used for this calculation.

[33] In my view, the language of the English and French versions of the definition of salary found at subparagraph 39(1)(i)(iii) (a previous version of subsection 47(1)) clarifies this issue as to which salary of the elective participant is to be used. It does not however, shed any light on whether Parliament intended to exclude from the compensation actually received by an elective participant for the regular duties performed at the time of his retirement, the retroactive increases or any other type of adjustment which were actually authorized and received for that period but after the date of retirement.

[34] The next relevant event in the legislative history is the adoption of the *Retroactive Remuneration Regulations* (the Regulations).

[35] Pursuant to section 2 of the said Regulations, the expression “applicable statutes” includes the PSSA and the CFSA, and “remuneration” includes compensation upon which benefits are based for the purposes of the “applicable statutes”.

[36] As mentioned earlier, section 3 of the Regulations gave express authority to the Treasury Board or the Governor in Council to approve retroactive upward revisions in remuneration with an effective date of July 1, 1963, or after, to employees as well as persons who ceased to be employees during the retroactive period because of retirement.

[37] Section 8 of the Regulations specifically provided for exceptions. That is, instances where the retroactive revisions paid pursuant to these regulations should not be considered as remuneration. The parties are agreed that none of these exceptions are relevant to the present matter.

[38] It is to be noted that the Regulations [at section 9] also expressly provide that “the Treasury Board may

important étant le traitement du participant<sup>7</sup>. S’agissant des participants volontaires, ceci voulait dire que le législateur devait spécifier lequel des divers traitements que ces participants avaient reçus alors qu’ils étaient à l’emploi de la fonction publique serait utilisé dans le calcul.

[33] Selon moi, les termes utilisés dans les versions française et anglaise de la définition de traitement, que l’on trouve au sous-alinéa 39(1)(i)(iii) (une version antérieure du paragraphe 47(1)), viennent clarifier la question de savoir quel traitement d’un participant volontaire on doit utiliser. Toutefois, ils n’éclairent pas la question de savoir si le Parlement avait l’intention d’exclure de la rémunération versée au participant volontaire pour les fonctions régulières qu’il exerçait au moment de sa retraite les augmentations avec effet rétroactif ou tout autre ajustement pour cette période autorisées et versées après la retraite.

[34] L’événement pertinent suivant dans l’historique législatif est l’adoption du *Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif* (le Règlement).

[35] Selon l’article 2 de ce Règlement, l’expression «statuts applicables» comprend la LPPF et la LPRFC, et le mot «rémunération» comprend la rétribution sur laquelle se fondent les prestations aux fins des «statuts applicables».

[36] Comme je l’ai déjà mentionné, l’article 3 du Règlement autorise expressément le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor à approuver un relèvement de rémunération avec effet rétroactif à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1963 ou d’une date ultérieure, aux employés ainsi qu’aux personnes qui ont cessé d’être employés durant la période de rétroactivité pour cause de retraite.

[37] L’article 8 du Règlement prévoit des exceptions à la règle, savoir les cas où les versements avec effet rétroactif effectués en vertu du Règlement ne sont pas considérés comme une rémunération. Les parties conviennent qu’aucune de ces exceptions n’est pertinente en l’espèce.

[38] Il faut noter que le Règlement [à l’article 9] prévoit aussi expressément que «[l]e Conseil du Trésor

direct the manner in which these Regulations apply in any case of doubt”.

[39] On October 29, 1964, the Department of Finance, Superannuation Branch, issued a circular entitled Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13, *Retroactive Salary Increases*. Its stated purpose was to explain the effect of the Regulations on the PSSA.

[40] At paragraph 2 entitled Supplementary Death Benefits, it says:

Supplementary Death Benefit coverage under Part II of the *Public Service Superannuation Act* may also be altered by retroactive salary increases pursuant to the *Retroactive Remuneration Regulations*, if approved on or after September 10, 1964. That is, additional contributions in relation to the retroactive period are required if the basic benefit is retroactively increased. Furthermore, if that occurs during such period, the Supplementary Death Benefit is payable in the amount of any increased basic benefit.

[41] This interpretation was confirmed by the issuance of Treasury Board Directive 64-121 on December 9, 1964 which specifies among other things that:

Because there has apparently been some doubt in some of the paying offices as to the categories of employees to whom, and the circumstances in which, the regulations apply, a general summary of their application is given below, as well as the effects of the changes made by the new regulations effective September 10, 1964. . . .

[42] Then, in subsection 3(iii) “Effect on Benefits Under Applicable Statutes” at paragraph 2 - Supplementary Death Benefit, the Directive states:

Where an upward revision of remuneration is authorized on or after September 10, 1964, and the revised rate to which a participant is entitled has the effect of increasing his basic death benefit under Part II of the *Public Service Superannuation Act*, contributions are to be adjusted on the

peut [. . .] ordonner la façon dont le présent Règlement s’applique en cas de doute».

[39] Le 29 octobre 1964, la Direction des pensions de retraite du ministère des Finances a adopté une circulaire intitulée Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13, *Retroactive Salary Increases*. Son objectif était de préciser l’impact du Règlement sur la LPPF.

[40] Au paragraphe 2, intitulé Supplementary Death Benefits (prestations supplémentaires de décès), on trouve ceci:

[TRADUCTION]

Les prestations supplémentaires de décès visées par la partie II de la *Loi de la pension de la fonction publique* peuvent être modifiées par suite d’augmentations de traitement avec effet rétroactif, par application du *Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif*, si elles ont été approuvées le 10 septembre 1964, ou à une date ultérieure. Des contributions additionnelles pour la période rétroactive seront requises si la prestation de base est augmentée avec effet rétroactif. De plus, si le décès se produit durant cette période, la prestation supplémentaire de décès est ajustée à la hausse d’un montant égal à la prestation augmentée.

[41] Cette interprétation a été confirmée par l’adoption de la Directive du Conseil du Trésor 64-121 le 9 décembre 1964. On y trouve notamment ceci:

[TRADUCTION] Étant donné que certains bureaux payeurs semblent avoir des doutes quant aux catégories d’employés auxquels le Règlement s’applique, et dans quelles circonstances il s’applique, vous trouverez ci-après un résumé général de la situation, ainsi que des effets des changements apportés par le nouveau règlement en date du 10 septembre 1964 [. . .]

[42] On trouve ensuite ceci, dans le paragraphe 3(iii) «Effect on Benefits Under Applicable Statutes» (impact sur les prestations en vertu des statuts applicables), au paragraphe 2 - Supplementary Death Benefit (prestations supplémentaires de décès):

[TRADUCTION] Lorsqu’une augmentation de rémunération est autorisée le 10 septembre 1964, ou à une date ultérieure, et que la rémunération révisée à laquelle un participant a droit a pour effet d’augmenter sa prestation supplémentaire de décès en vertu de la partie II de la *Loi sur la pension de la fonction*

basis of the increased basic benefit for the retroactive period. This applies equally to periods of absence without pay, and to elective participants who became entitled by application.

Where death has occurred, the benefit is increased accordingly. [Emphasis added.]

[43] The defendant submits that these administrative interpretations were wrong and that the Regulations were inoperable in as much as they intended to broaden the definition of salary provided for in Part II of PSSA for elective Public Service participants.

[44] However, as mentioned earlier, the Court finds that the definition in the PSSA in 1964 was not clear enough to say that these Regulations were on their face inoperable. Also, the Regulations themselves do not clearly indicate that they apply to calculate the basic benefit payable to an elective participant. This question had to be clarified through a directive.

[45] Obviously, the Court is not bound by these administrative interpretations. Such documents can be useful but all they do is offer an opinion that is more or less persuasive depending on the circumstances and the overall context.<sup>8</sup>

[46] The Treasury Board Directive 64-121 was not replaced or formally repealed. There was no other directive issued with respect to the impact of the Regulations on the calculation of supplementary death benefits.<sup>9</sup>

[47] In 1966, Parliament amended the definition of salary applicable to active participants (subparagraph (39(1)(i)(i) of PSSA). At the same time, it deleted the provisions dealing with salary of active and elective participants from the Canadian Armed Forces transferring them in an amended version in the new Part III of the CFSA.

[48] The new paragraph 44(1) [as enacted by S.C. 1966, c. 44, s. 53] of the CFSA read as follows:

44. (1) . . .

*publique*, les contributions doivent être ajustées pour se conformer à la prestation de base augmentée pour cette période de rétroactivité. Ceci s'applique aussi aux périodes de congé sans traitement, ainsi qu'aux participants volontaires qui ont fait une demande pour maintenir leur participation.

Lorsque le décès s'est produit, la prestation est augmentée en conséquence. [Non souligné dans l'original.]

[43] La défenderesse soutient que ces interprétations administratives étaient erronées et que le Règlement était inopérant, dans la mesure où il visait à élargir la définition de traitement prévue à la partie II de la LPFP pour les participants volontaires de la fonction publique.

[44] Toutefois, comme je l'ai déjà dit, la Cour conclut que la définition de la LPFP qui existait en 1964 n'était pas assez claire pour qu'on puisse dire que le Règlement est *prima facie* inopérant. De plus, le Règlement lui-même n'indique pas clairement qu'il s'applique au calcul de la prestation de base à verser au participant volontaire, d'où la directive de clarification.

[45] Bien sûr, la Cour n'est pas liée par ces interprétations administratives. Ces documents peuvent être utiles, mais ils ne font qu'offrir un avis qui est plus ou moins convaincant selon les circonstances et le contexte général<sup>8</sup>.

[46] La Directive du Conseil du Trésor 64-121 n'a été ni remplacée ni formellement abrogée. Il n'y a aucune autre directive existante portant sur l'impact du Règlement sur le calcul des prestations supplémentaires de décès<sup>9</sup>.

[47] En 1966, le législateur a modifié la définition de traitement qui s'applique aux participants actifs (sous-alinéa (39(1)(i)(i) de la LPFP). Il a en même temps supprimé les dispositions portant sur le traitement des participants actifs et volontaires des Forces canadiennes, les transférant dans une version modifiée de la nouvelle partie III de la LPRFC.

[48] Le nouveau paragraphe 44(1) [édicte par S.C. 1966, ch. 44, art. 53] de la LPRFC était rédigé comme suit:

44. (1) [ . . . ]



(f) “salary” means

(i) in the case of a participant who is a member of the regular forces, the greater of

- (A) the pay of that participant, expressed in terms of an annual rate, or
- (B) three thousand dollars per annum if his rank is lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, or five thousand dollars per annum if rank is chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, and

(ii) in the case of an elective participant, the greater of

- (A) the pay of that participant at the time he ceased to be a member of the regular forces, expressed in terms of an annual rate, or
- (B) three thousand dollars per annum if his rank at the time he ceased to be a member of the regular forces was lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, or five thousand dollars per annum if his rank at that time was chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy or warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force,

except that where a retroactive increase is authorized in the pay of that participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe. [Emphasis added.]

[49] The same exception that the defendant refers to as the “deeming provisions” starting with “except that” was also added in paragraph 39(1)(i) of PSSA.<sup>10</sup>

[50] As mentioned, the defendant argues that this new wording confirms that retroactive increases are included in the definition of salary only with respect to active participants in the PSSA whereas they are included in the pay of both active and elective participants in the CFSA. The silence of the legislator who chose not to apply this new deeming provision to elective Public Service

f) «traitement» désigne

(i) dans le cas d’un participant qui est membre des forces régulières, le plus grand des deux montants suivants:

- (A) la solde de ce participant, exprimée sous la forme de taux annuel, ou
- (B) trois mille dollars par an s’il a un grade inférieur à celui de premier maître de la Marine royale du Canada ou de sous-officier breveté de l’Armée du Canada ou de l’Aviation royale du Canada, ou cinq mille dollars par an s’il a un grade de premier maître ou un grade supérieur dans la Marine royale du Canada ou un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans l’Armée du Canada ou dans l’Aviation royale du Canada, et

(ii) dans le cas d’un participant par choix, le plus grand des deux montants suivants:

- (A) la solde du participant à la date où il a cessé d’être membre des forces régulières, exprimée sous forme de taux annuel, ou
- (B) trois mille dollars par an s’il avait, à la date où il a cessé d’être membre des forces régulières un grade inférieur à celui de premier maître de la Marine royale du Canada ou de sous-officier breveté de l’Armée du Canada ou de l’Aviation royale du Canada, ou cinq mille dollars par an s’il avait à cette date un grade de premier maître ou un grade supérieur dans la Marine royale du Canada ou un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans l’Armée du Canada ou dans l’Aviation royale du Canada,

sauf que, lorsqu’une augmentation rétroactive de la solde de ce participant est autorisée, cette augmentation est réputée avoir commencé à lui être versée le jour prescrit par les règlements. [Non souligné dans l’original.]

[49] La même exception, qui commence par les mots «sauf que», et que la défenderesse qualifie de «disposition habilitante», a aussi été introduite par l’alinéa 39(1)(i) de la LPPF<sup>10</sup>.

[50] Comme je l’ai mentionné, la défenderesse soutient que cette nouvelle formulation vient confirmer le fait que les augmentations de traitement avec effet rétroactif ne sont comprises dans la définition du mot traitement que lorsqu’il s’agit des participants actifs de la LPPF, alors qu’elles sont comprises dans le traitement des participants actifs et volontaires de la LPRFC. Le fait

participants can only confirm that such retroactive increases are excluded from the salary of such elective participants by the words “at the time he ceased to be employed in the Public Service”.

[51] With all due respect, the Court simply cannot agree with this view.

[52] The legislator is presumed to use language carefully and consistently so that the same words have the same meaning. This presumption of coherence and consistency also applies when two different statutes (here the PSSA and the CFSA) are enacted to deal with the same subject as if their provisions were part of a single Act.

[53] This is even more so when the amendments to both statutes are contained in the same act (*Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1966*, S.C. 1966, c. 44) for this confirms that Parliament had both statutes clearly in mind when it drafted these provisions.

[54] Parliament chose to use the same words “at the time he ceased to be a member of the regular Force”, to define the salary of an elective participant in the CFSA.

[55] The Court agrees with the defendant that it is very clear from the wording of subsection 44(1) of the CFSA (now section 60) that the salary of such elective participants could include retroactive increases to which the deeming provisions will apply.

[56] This result was not achieved by adopting the paragraph starting with “except that” or “*sauf que*” as this sets out an exception or limitation to the wider statement made previously in clause 44(1)(f)(ii)(A).

[57] This element therefore supports Mrs. Reid’s interpretation. It also appears to support the

que le législateur n’a pas voulu inclure cette disposition habilitante dans le texte qui porte sur les participants de la fonction publique ne peut que confirmer que ces augmentations de traitement avec effet rétroactif sont exclues du traitement des participants volontaires par l’application des termes «au moment où il a cessé d’[. . .] être employé [dans la fonction publique]».

[51] En toute déférence, la Cour ne peut se ranger à ce point de vue.

[52] Le législateur est présumé utiliser les mots de façon prudente et cohérente, pour leur accorder le même sens. Cette présomption de cohérence et d’uniformité s’applique aussi lorsque deux lois différentes (en l’espèce la LPFP et la LPRFC) sont adoptées pour traiter du même sujet, comme si leurs dispositions faisaient partie d’une seule loi.

[53] Ceci est encore plus vrai lorsque les modifications aux deux lois sont inscrites dans la même loi (*Loi de 1966 modifiant le droit statutaire (Pensions)*, S.C. 1966, ch. 44), ce qui vient confirmer le fait que le législateur avait clairement à l’esprit les deux lois lorsqu’il a rédigé ces dispositions.

[54] Le législateur a choisi d’utiliser les mêmes mots, savoir «au moment où il a cessé d’être membre des forces régulières», pour définir le traitement d’un participant volontaire en vertu de la LPRFC.

[55] La Cour partage l’avis de la défenderesse voulant que la formulation du paragraphe 44(1) de la LPRFC (maintenant l’article 60) indique clairement que le traitement de ces participants volontaires peut comprendre des augmentations avec effet rétroactif selon les dispositions habilitantes.

[56] Ce résultat n’a pas été atteint par l’adoption du paragraphe qui commence par «sauf que» ou «*except that*», puisque ce dernier prévoit une exception qui vient limiter la déclaration plus large que l’on trouve précédemment dans la division 44(1)(f)(ii)(A).

[57] Cet élément appuie donc l’interprétation de M<sup>me</sup> Reid. Il semble aussi appuyer l’interprétation que l’on

interpretation set out in the Treasury Board Directive which was presumably known to the legislator in 1966.

[58] The parties agree that there is no evidence as to why or when the administrative interpretation or practice changed and that nothing happened after 1966 that could help us construe subsection 47(1) of the PSSA.

[59] We only know that the Regulations were repealed in 2000 because they had become obsolete given that the power of the Treasury Board to authorize and pay retroactive remuneration increases was now embodied in other legislative instruments (*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11).

[60] At the hearing, the parties spent some time explaining their opposite views of how and why the deeming provisions were different in the PSSA and the CFSA. The Court is not satisfied that the motive of the legislator was properly established. In the circumstances, this particular element is not useful in determining the proper interpretation of subsection 47(1).

[61] Considering all of the above, I find, that the definition of salary in Part II of the PSSA for elective participants does not exclude retroactive remuneration revisions received by such participants as basic pay for the regular duties performed before the date of their retirements, such as the one paid to Mr. Reid after he retired.

[62] In view of the foregoing, the defendant's motion for summary judgment is denied.

[63] At the hearing, the parties confirmed that they were not seeking any costs.

#### JUDGMENT

The motion for summary judgment is denied.

---

<sup>1</sup> The election form is included in the defendant's motion record but the parties agreed that it did not create any

trouve dans la Directive du Conseil du Trésor, dont le législateur connaissait probablement l'existence en 1966.

[58] Les parties conviennent qu'il n'y a pas de preuve indiquant quand et pourquoi l'interprétation ou la pratique administrative ont changé, et que rien ne s'est produit après 1966 qui pourrait nous aider à interpréter le paragraphe 47(1) de la LPPF.

[59] Nous savons seulement que le Règlement a été abrogé en 2000, puisqu'il était devenu caduc étant donné que le pouvoir conféré au Conseil du Trésor d'autoriser et de verser des augmentations de traitement avec effet rétroactif avait été inscrit dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

[60] À l'audience, les parties ont consacré une partie de leur temps à expliquer leurs points de vue contraires sur la question de savoir comment et pourquoi les dispositions d'application de la LPPF et de la LPRFC étaient différentes. La Cour n'est pas convaincue qu'on a pu clairement établir la motivation du législateur. Dans les circonstances, cet élément particulier ne nous aide pas à déterminer quelle interprétation il faut donner au paragraphe 47(1).

[61] Au vu de tout ce que je viens d'exposer, je conclus que la définition du mot traitement, qui vise les participants volontaires dans la partie II de la LPPF, n'exclut pas les augmentations de rémunération avec effet rétroactif reçues par ces participants comme partie de leur traitement de base pour l'exercice de fonctions régulières avant la date de leur retraite, comme celui qu'a reçu M. Reid après sa retraite.

[62] En conséquence, la requête de la défenderesse en jugement sommaire est rejetée.

[63] À l'audience, les parties ont confirmé qu'elles ne demandent pas de dépens.

#### JUGEMENT

La requête en jugement sommaire est rejetée.

---

<sup>1</sup> Le formulaire exprimant ce choix est reproduit dans le dossier de requête de la défenderesse, mais les parties

contractual relationship between them nor does it have any impact on the issue raised in this motion.

<sup>2</sup> Pursuant to section 52 [as am. by S.C. 1992, c. 54, ss. 46, 78] of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, Mr. Reid's salary remained the same until completion of the negotiations of the new collective agreement.

<sup>3</sup> Because the SDBP is not a subject open to negotiation, it is not the subject of any specific provision in this collective agreement.

<sup>4</sup> Part III does not contain a definition of "salary". It simply refers at section 66 [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 109] to the salary described in sections 6 [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 4; 1996, c. 18, s. 22; 1999, c. 34, s. 59] and 39 [as am. *idem*, s. 86] of the PSSA.

<sup>5</sup> There was also an insurance program available for public servants under the *Civil Service Insurance Act*, R.S.C. 1906, c. 18.

<sup>6</sup> See note 10, *infra*.

<sup>7</sup> In the case of Mr. Reid, the basic benefit was defined as the nearest multiple of one thousand dollars above twice his salary.

<sup>8</sup> Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at pp. 502-508.

<sup>9</sup> The defendant produced a directive dated September 2003 (page 159 of the motion record) apparently governing the treatment of retroactive remuneration of employees not covered by a collective agreement, but it does not refer specifically to this subject.

<sup>10</sup> The date prescribed by regulations for the taking into account of retroactive salary increases payable under the PSSA is the first day of the month following the month in which the retroactive remuneration increase is authorized (*Supplementary Death Benefits Regulations*, C.R.C., c. 1360, s. 23, and prior to 1973, s. 54A [as enacted by SOR/66-342, s. 3] of the *Public Service Superannuation Regulations*, SOR/62-70). Under the CFSA, the prescribed date is the first day of the month in which the retroactive remuneration increase is authorized (*Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 396, s. 48).

conviennent qu'il ne crée pas de relations contractuelles entre eux et qu'il n'a aucun impact sur la question soulevée dans la présente requête.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 52 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 46, 78] de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, le salaire de M. Reid est resté le même jusqu'à la conclusion de la nouvelle convention collective.

<sup>3</sup> Étant donné que le RPSD n'est pas négociable, il n'est mentionné dans aucune disposition de la convention collective.

<sup>4</sup> On ne trouve pas de définition du mot «traitement» dans la partie III. On trouve simplement dans l'article 66 [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 109] une référence au traitement décrit aux articles 6 [mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 4; 1996, ch. 18, art. 22; 1999, ch. 34, art. 59] et 39 [mod., *idem*, art. 86] de la LPFP.

<sup>5</sup> Il existait aussi un programme d'assurance pour les fonctionnaires, établi en vertu de la *Loi de l'assurance du service civil*, S.R.C. 1906, ch. 18.

<sup>6</sup> Voir la note 10, *infra*.

<sup>7</sup> Dans le cas de M. Reid, la prestation de base était définie comme le montant égal au plus petit multiple de mille dollars qui dépasse le double de son traitement.

<sup>8</sup> Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 2002), aux p. 502 à 508.

<sup>9</sup> La défenderesse a déposé une directive en date de septembre 2003 (page 159 du dossier de requête), qui régirait semble-t-il la façon de traiter la rémunération avec effet rétroactif des employés qui ne sont pas liés par une convention collective. On n'y trouve toutefois rien de spécifique à ce sujet.

<sup>10</sup> Le règlement prévoit que l'on doit prendre en compte les augmentations rétroactives de traitement le premier jour du mois qui suit le mois au cours duquel l'augmentation rétroactive a été approuvée (*Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, C.R.C., ch. 1360, art. 23 et, avant 1973, art. 54A [édicte par DORS/66-342, art. 3] du *Règlement sur la pension du service public*, DORS/62-70). En vertu de la LPRFC, la date prescrite est le premier jour du mois au cours duquel l'augmentation rétroactive a été approuvée (*Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396, art. 48).

## Annex 1

LEGISLATIVE EVOLUTION AND ELEMENTS  
OF THE HISTORY REFERRED TO BY  
THE PARTIES FOR "SALARY"  
PART I *Public Service Superannuation Act*

*Public Service Superannuation Act*, S.C. 1952-53, c. 47 (May 14, 1953)

2. . . .

(1) "salary" means the compensation received for the performance of the regular duties of a position or office.

*An Act to amend the Public Service Superannuation Act*, S.C. 1960, c. 38 (July 14, 1960)

1. . . .

(3) Paragraph (1) of section 2 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

(1) "salary", as applied to the Public Service, means the compensation received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office, and, as applied to the regular forces of the Force, means the pay or pay and allowances, as the case may be, applicable in the case of that person, as determined under the *Canadian Forces Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

*Retroactive Remuneration Regulations*, SOR/64-371, P.C. 1964-1417 (September 10, 1964)

2. In these Regulations,

(a) "applicable statutes" means

. . .

(ii) *Canadian Forces Superannuation Act*,

. . .

## Annexe 1

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE ET ÉLÉMENTS  
HISTORIQUES CITÉS PAR LES PARTIES  
POUR LE MOT «TRAITEMENT»  
PARTIE I *Loi sur la pension de la Fonction publique*

2. [. . .]

1) «traitement» signifie la rémunération reçue pour l'exercice des fonctions régulières d'un poste ou d'une charge.

1. [. . .]

(3) L'alinéa 1) de l'article 2 de ladite loi est abrogé et remplacé par le suivant:

1) l'expression «traitement», appliquée au service public, désigne la rémunération reçue par la personne que vise l'expression pour l'exercice des fonctions régulières d'un poste ou d'une charge, et, appliquée aux forces régulières ou à la Gendarmerie, désigne la solde ou la solde et les allocations, selon le cas, en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes* ou de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*;

2. Dans le présent règlement, l'expression

a) «statuts applicables» désigne les lois suivantes:

[. . .]

(ii) *Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes*,

[. . .]

*Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, ch. 47 (14 mai 1953)

*Loi modifiant la Loi sur la pension du service public*, S.C. 1960, ch. 38 (14 juillet 1960)

*Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif*, DORS/64-371, C.P. 1964-1417 (10 septembre 1964)

(viii) *Public Service Superannuation Act*,

(viii) *Loi sur la pension du service public*,

...

[...]

(e) "remuneration" means compensation payable out of the Consolidated Revenue Fund and includes compensation upon which benefits are based for the purposes of the applicable statutes;

e) «rémunération» signifie une rétribution qui est payable sur le Fonds du revenu consolidé et comprend la rétribution sur laquelle se fondent des prestations aux fins des statuts applicables;

...

[...]

3. The Governor in Council or the Treasury Board may approve a retroactive upward revision in remuneration with an effective date of July 1, 1963 or later, which, subject to these Regulations, shall apply to

3. Le Gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor peut approuver un relèvement de rémunération avec effet rétroactif à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1963 ou d'une date ultérieure, ce qui, sous réserve du présent règlement s'applique

(a) a person who

a) à une personne qui

(i) is an employee on the date of the approval notwithstanding that, during the retroactive period, his employment in a department agency in which he was an employee may have been terminated in order to allow him to accept employment in another department or agency or part thereof, or

(i) est un employé à la date d'approbation même si, durant la période de rétroactivité, il a été mis fin à son emploi auprès d'un ministère ou organisme, où il était employé, pour lui permettre d'accepter un emploi dans un autre ministère ou organisme ou partie d'icelui, ou

(ii) ceased to be an employee during the retroactive period because of

(ii) a cessé d'être un employé durant la période de rétroactivité à cause

(A) lay-off,

(A) de mise en disponibilité,

(B) retirement, or

(B) de retraite, ou

(C) death, or

(C) de décès, ou

(b) the estate of a person referred to in paragraph (a).

b) à la succession d'une personne-mentionnée à l'alinéa a).

4. (1) Where a retroactive upward revision in remuneration is approved pursuant to section 3, remuneration shall, subject to these Regulations, be paid to or in respect of a person referred to in paragraph (a) of section 3 in an

4. (1) Lorsqu'un relèvement de rémunération avec effet rétroactif est approuvé en conformité de l'article 3, la rémunération doit, sous réserve du présent règlement, être versée à ou à l'égard d'une personne mentionnée à

amount equal to that which would have been paid to or in respect of such person had the revision been approved on the effective date.

(2) For the purposes of subsection (1), the calculation of the amount shall not include any period of employment for reasons other than those mentioned in section 3.

5. Subject to section 8, where a retroactive upward revision in remuneration approved pursuant to section 3 is paid to or in respect of a person, the person shall be deemed to have commenced receipt of the remuneration at the beginning of the period in respect of which it is paid.

...

8. Retroactive remuneration paid pursuant to these Regulations shall not be considered as remuneration

- (a) for the purpose of making adjustments in penalties for failing to meet attendance requirements;
- (b) for the purposes of an election made pursuant to clause (A), (AB), (B), or (F) or subparagraph (iii) of paragraph (b) of subsection (1) of section 5 of the *Public Service Superannuation Act*, subsection (7) of section 6 of the *Public Service Superannuation Regulations*, clause (K) of subparagraph (ii) of paragraph (b) of section 5 of the *Canadian Forces Superannuation Act*, or clause (I) of subparagraph (ii) of paragraph (b) of section 5 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*; and
- (c) for any other purposes as may be prescribed by the Treasury Board.

l'alinéa a) de l'article 3 pour un montant égal à celui qui aurait été versé si le relèvement avait été approuvé à la date d'entrée en vigueur.

(2) Aux fins du paragraphe (1), le calcul du montant ne doit pas comprendre de période d'emploi à laquelle il a été mis fin durant une période de rétroactivité pour des motifs autres que ceux qui sont mentionnés à l'article 3.

5. Sous réserve de l'article 8, lorsqu'un relèvement de rémunération avec effet rétroactif approuvé en conformité de l'article 3 est versé à ou à l'égard d'une personne, ladite personne est censée avoir commencé à recevoir la rémunération à partir du début de la période à l'égard de laquelle elle est versée.

[...]

8. Les versements de rémunération avec effet rétroactif effectués en conformité du présent règlement ne sont pas considérés comme rémunération

- a) aux fins de redresser les pénalités imposées pour n'avoir pas satisfait aux exigences en matière de présence;
- b) aux fins d'un choix fait en conformité de l'article 5(1b)(iii)(A), (AB), (B) et (F) de la Loi sur la pension du service public et de l'article 6(7) du Règlement sur la pension du service public, de l'article 5b(ii)(K) de la Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes; et de l'article 5b(ii)(I) de la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada; et
- c) à toute autre fin que peut prescrire le Conseil du Trésor.

Repealed on March 23, 2000, SOR/2000-116.	This submission repeals the <i>Retroactive Remuneration Regulations</i> [C.R.C., c. 344] made by Order in Council P.C. 1964-1417 of September 10, 1964. Under subsection 11(2) of the <i>Financial Administration Act</i> , the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management, authorize the rules governing retroactive payments for public servants under the Act, either in a general directive or as negotiated in group specific collective agreements. As well, members of the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Forces are entitled to retroactive payments in accordance with directives approved by Treasury Board. Consequently, the <i>Retroactive Remuneration Regulations</i> are obsolete and have no effect.	Cette soumission abroge le <i>Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif</i> pris par le décret C.P. 1964-1417 du 10 septembre 1964. En vertu du paragraphe 11(2) de la <i>Loi sur la gestion des finances publiques</i> , le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, approuver les règles qui régissent les paiements avec effet rétroactif aux fonctionnaires au sens de cette loi, sous forme d'une directive générale ou tel que négocié dans les conventions collectives qui sont reliées aux groupes spécifiques. De plus, les membres de la Gendarmerie Royale du Canada et des Forces canadiennes reçoivent les paiements avec effet rétroactif selon des directives approuvées par le Conseil du Trésor. Par conséquent, le <i>Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif</i> est périmé et sans effet.	Abrogé le 23 mars 2000, DORS/2000-116.
Department of Finance, Public Service Superannuation Act Administrative Circular 64-13 (October 29, 1964)			Ministère des Finances, Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13 (29 octobre 1964)
Department of Finance, Treasury Board Directive 62-121 (December 9, 1964)			Ministère des Finances, Directive du Conseil du Trésor 62-121 (9 décembre 1964)
<i>Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1966</i> , S.C. 1966, c. 44, s. 22 (July 11, 1966)	No change to Part I.	Aucune modification à la partie I.	<i>Loi de 1966 modifiant le droit statutaire (Pensions)</i> , S.C. 1966, ch. 44, art. 22 (11 juillet 1966)
<i>Public Service Superannuation Regulations, amended</i> , SOR/66-342, s. 3 (July 21, 1966)			<i>Règlement sur la pension du service public—Modification</i> , DORS/66-342, art. 3 (21 juillet 1966)
S. 54A of the <i>Public Service</i>	54A. For the purposes of Part II of the Act, where a retroactive increase is	54A. Aux fins de la Partie II de la Loi, lorsqu'un relèvement avec effet	Art. 54A du <i>Règlement sur la</i>



*Superannuation Regulations* replaced in 1973 by s. 23 of the *Supplementary Death Benefit Regulations* SOR/73-627 (now cited as C.R.C., c. 1360)

authorized in the salary of a participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on the first day of the month following the month in which:

(a) the Governor in Council of the Treasury Board, as the case may be approves such increase; or

(b) written approval of such increase was duly issued by the appropriate authority in any case where approval of the Governor in Council of the Treasury Board is not required.

rétroactif est autorisé dans le cas du traitement d'un participant, ce traitement sera censé avoir commencé d'être reçu par lui le premier jour du mois qui suit le mois au cours duquel

a) le Gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, selon le cas, a approuvé le relèvement, ou

b) l'approbation écrite du relèvement a été dûment délivrée par l'autorité compétente, lorsque l'approbation du Gouverneur en conseil ou du Conseil du Trésor n'est pas requise.

*pension du service public*, remplacé en 1973 par l'art. 23 du *Règlement sur les prestations supplémentaires de décès* DORS/73-627 (citation: C.R.C., ch. 1360)

*Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. P-36 (December 31, 1969)

2. (1) . . .

“salary”, as applied to the Public Service, means the compensation received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office, and, as applied to the regular force or the Force, means the pay or pay and allowances, as the case may be, applicable in the case of that person, as determined under the *Canadian Forces Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

2. (1) [ . . . ]

«traitement», relativement à la Fonction publique, désigne la rémunération reçue par la personne que vise l'expression pour l'exercice des fonctions régulières d'un poste ou d'une charge, et, relativement à la force régulière ou à la Gendarmerie, désigne la solde ou la solde et les allocations, selon le cas, applicables quant à cette personne, déterminées en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* ou de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

*Loi sur la pension de la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-36 (31 décembre 1969)

*Gruber v. The Queen*, [1975] F.C. 578 (C.A.)

*Gruber c. La Reine*, [1975] C.F. 578 (C.A.)

*House of Commons Debates* (December 20, 1975), at p. 10245 (Mr. Lloyd Francis, Parliamentary Secretary to President of the Treasury Board)

It is agreed that Parliament did not intend to change anything that would impact on the views expressed by the Court in *Gruber*.

Il est convenu que le législateur n'avait pas l'intention de modifier quoique ce soit qui aurait eu un impact sur l'avis exprimé par la Cour dans l'arrêt *Gruber*.

*Débats de la Chambre des communes* (20 décembre 1975), à la p. 10245 (M. Lloyd Francis, secrétaire parlementaire du président du Conseil du Trésor)

*Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 81 (December 20, 1975)*

2. . . .

2.1 The definition "salary" in subsection 2(1) of the said Act is repealed and the following substituted therefore.

"salary" means

(a) as applied to the Public Service, the basic pay received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office exclusive of any amount received as allowances, special remuneration, payment for overtime or other compensation or as a gratuity unless that amount is deemed to be or to have been included in that person's basic pay pursuant to any regulation made under paragraph 32(1)(b.2); and

(b) and as applied to the regular force or the Force, the pay or pay and allowances, as the case may be, applicable in the case of that person, as determined under the *Canadian Forces Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

*Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36 (December 31, 1984)*

3. (1) . . .

"salary" means

(a) as applied to the Public Service, the basic pay received by the person in respect of whom the expression is being applied for the performance of the regular duties of a position or office exclusive of any amount received as allowances, special remuneration, payment for overtime or other compensation or as a gratuity unless that amount is deemed to be or to have been included in that person's basic pay pursuant to any regulation made under paragraph 42(1)(e), and

(b) as applied to the regular force or the Force, the pay or pay and allowances, as the case may be,

2. [. . .]

2.1 La définition de «traitement» au paragraphe 2(1) de ladite loi est abrogée et remplacée par ce qui suit:

«traitement» désigne

a) La rémunération de base versée pour l'accomplissement des fonctions normales d'un poste dans la Fonction publique, ainsi que les indemnités, notamment les allocations, les rétributions spéciales ou la rémunération d'heures supplémentaires, ou les gratifications réputées en faire partie conformément aux règlements établis en vertu de l'alinéa 32(1)b.2);

b) la solde, ainsi que les allocations, payables dans le cadre de la force régulière ou de la Gendarmerie en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* ou de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

3. (1) [. . .]

«traitement»

a) La rémunération de base versée pour l'accomplissement des fonctions normales d'un poste dans la fonction publique, y compris les allocations, les rémunérations spéciales ou pour temps supplémentaire ou autres indemnités et les gratifications qui sont réputées en faire partie en vertu d'un règlement pris en application de l'alinéa 42(1)e);

b) la solde, ainsi que les allocations, payables dans le cadre de la force régulière ou de la Gendarmerie en

*Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite), S.C. 1974-75-76, ch. 81 (20 décembre 1975)*

*Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36 (31 décembre 1984)*

applicable in the case of that person as determined under the *Canadian Forces Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* ou de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

LEGISLATIVE EVOLUTION AND ELEMENTS  
OF THE HISTORY REFERRED TO BY  
THE PARTIES FOR "SALARY"  
PART II *Public Service Superannuation Act*

*An Act to amend the Public Service Superannuation Act*, S.C. 1953-54, c. 64 (June 26, 1954)

2. The said Act is further amended by adding thereto the following Part:

Part II.

...

39. (1) In this Part,

(a) "basic benefit" with respect to a participant means

- (i) five thousand dollars, or
- (ii) the salary of the participant if it is a multiple of two hundred and fifty dollars or the nearest multiple of two hundred and fifty dollars above the salary of the participant if it is not a multiple of two hundred and fifty dollars,

whichever is the lesser amount, subject to a reduction, to be made as of such time as the regulations prescribe, of one tenth of such lesser amount for every year in excess of sixty attained by the participant, except that in the case of a participant employed in the Public Service the basic benefit shall not be less than one-sixth of his salary if such one-sixth is a multiple of two hundred and fifty dollars or the nearest multiple of two hundred and fifty dollars above one-sixth of his salary if such one-sixth is not a multiple of two hundred and fifty dollars;

...

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE ET ÉLÉMENTS  
HISTORIQUES CITÉS PAR LES PARTIES  
POUR LE MOT «TRAITEMENT»  
PARTIE II, *Loi sur la pension de la fonction publique*

2. Ladite loi est en outre modifiée par l'adjonction de la Partie suivante:

Partie II.

[...]

39. (1) Dans la présente Partie,

a) «prestation de base», à l'égard d'un participant, signifie

- (i) cinq mille dollars, ou
- (ii) le traitement du participant, s'il s'agit d'un multiple de deux cent cinquante dollars, ou le plus voisin multiple de deux cent cinquante dollars au-delà du traitement du participant, s'il ne s'agit pas d'un multiple de deux cent cinquante dollars,

en prenant celui des deux montants qui est inférieur à l'autre, sous réserve d'une réduction, à dater de l'époque prescrite par les règlements, du dixième de ce montant inférieur pour chaque année (au-delà de soixante) que le participant a atteinte, sauf que, pour un participant employé dans le service public, la prestation de base ne doit pas être moindre qu'un sixième de son traitement, si ledit sixième est un multiple de deux cent cinquante dollars, ou le plus voisin multiple de deux cent cinquante dollars au-delà du sixième de son traitement quant le sixième en question n'est pas un tel multiple;

[...]

*Loi modifiant la Loi sur la pension du service public*, S.C. 1953-54, ch. 64 (26 juin 1954)

(i) "salary" means

- (i) in the case of a participant employed in the Public Service, the compensation received for the performance of the regular duties of his position or office in the Public Service,
- (ii) in the case of a participant who is a member of the regular forces, three thousand dollars per annum if his rank is lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, and five thousand dollars per annum if his rank is chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy or warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force,
- (iii) in the case of an elective public service participant, his salary in the Public Service at the time he ceased to be employed in the Public Service, and
- (iv) in the case of an elective regular forces participant, three thousand dollars per annum if his rank at the time he ceased to be a member of the regular forces was lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, and five thousand dollars per annum if his rank at that time was chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy or warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force; and

i) «traitement» signifie,

- (i) s'il s'agit d'un participant employé dans le service public, la rémunération reçue pour l'exercice des fonctions régulières de son poste ou de sa charge dans le service public,
- (ii) dans le cas d'un participant qui est membre des forces régulières, trois mille dollars par année si son grade est inférieur à celui de premier maître dans la Marine royale du Canada ou de sous-officier breveté dans l'Armée canadienne ou le Corps d'aviation royal canadien, et cinq mille dollars par année si son grade est celui de premier maître ou supérieur à ce grade dans la Marine royale du Canada, ou celui de sous-officier breveté ou supérieur à ce dernier grade dans l'Armée canadienne ou le Corps d'aviation royal canadien,
- (iii) s'il s'agit d'un participant, par choix, du service public, son traitement dans le service public au moment où il a cessé d'y être employé, et
- (iv) dans le cas d'un participant, par choix, des forces régulières, trois mille dollars par année si son grade, au moment où il a cessé d'être membre des forces régulières, était inférieur à celui de premier maître dans la Marine royale du Canada ou de sous-officier breveté dans l'Armée canadienne ou le Corps d'aviation royal canadien, et cinq mille dollars par année si son grade était alors celui de premier maître ou supérieur à ce grade dans la Marine royale du Canada, ou celui de sous-

		officier breveté ou supérieur à ce dernier grade dans l'Armée canadienne ou le Corps d'aviation royal canadien; et	
	(j) other words and expressions have the same meaning as in Part I.	j) les autres mots et expressions ont le même sens que dans la Partie I.	
<i>Retroactive Remuneration Regulations, SOR/64-371 P.C. 1964-1417, (September 10th, 1964)</i>	2. In these Regulations,	2. Dans le présent règlement,	<i>Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif, DORS/64-371, C.P. 1964-1417 (10 septembre 1964)</i>
	(a) "applicable statutes" means	a) «statuts applicables» désigne les lois suivantes:	
	...	[...]	
	(ii) <i>Canadian Forces Superannuation Act,</i>	(ii) Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes,	
	...	[...]	
	(viii) <i>Public Service Superannuation Act,</i>	(viii) Loi sur la pension du service public,	
	...	[...]	
	(e) "remuneration" means compensation payable out of the Consolidated Revenue Fund and includes compensation upon which benefits are based for the purposes of the applicable statutes;	e) «rémunération» signifie une rétribution qui est payable sur le Fonds du revenu consolidé et comprend la rétribution sur laquelle se fondent des prestations aux fins des statuts applicables;	
	...	[...]	
	3. The Governor in Council or the Treasury Board may approve a retroactive upward revision in remuneration with an effective date of July 1, 1963 or later, which, subject to these Regulations, shall apply to	3. Le Gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor peut approuver un relèvement de rémunération avec effet rétroactif à compter du 1 <sup>er</sup> juillet 1963 ou d'une date ultérieure, ce qui, sous réserve du présent règlement s'applique	
	(a) a person who	a) à une personne qui	
	(i) is an employee on the date of the approval notwithstanding that, during the retroactive period, his employment in a department agency in which he was an employee may have been terminated in order to allow him to accept	(i) est un employé à la date d'approbation même si, durant la période de rétroactivité, il a été mis fin à son emploi auprès d'un ministère ou organisme, où il était employé, pour lui permettre d'accepter un emploi dans un autre ministère ou	

employment in another department or agency or part thereof, or

(ii) ceased to be an employee during the retroactive period because of

(A) lay-off,

(B) retirement, or

(C) death, or

(b) the estate of a person referred to in paragraph (a).

4.(1) Where a retroactive upward revision in remuneration is approved pursuant to section 3, remuneration shall, subject to these Regulations, be paid to or in respect of a person referred to in paragraph (a) of section 3 in an amount equal to that which would have been paid to or in respect of such person had the revision been approved on the effective date.

(2) For the purposes of subsection (1), the calculation of the amount shall not include any period of employment terminated during a retroactive period for reasons other than those mentioned in section 3.

5. Subject to section 8, where a retroactive upward revision in remuneration approved pursuant to section 3 is paid to or in respect of a person, the person shall be deemed to have commenced receipt of the remuneration at the beginning of the period in respect of which it is paid.

...

8. Retroactive remuneration paid pursuant to these Regulations shall not be considered as remuneration

(a) for the purpose of making adjustments in penalties for failing to meet attendance requirements;

organisme ou partie d'icelui, ou

(ii) a cessé d'être un employé durant la période de rétroactivité à cause

(A) de mise en disponibilité,

(B) de retraite, ou

(C) de décès, ou

b) à la succession d'une personne mentionnée à l'alinéa a).

4. (1) Lorsqu'un relèvement de rémunération avec effet rétroactif est approuvé en conformité de l'article 3, la rémunération doit, sous réserve du présent règlement, être versée à ou à l'égard d'une personne mentionnée à l'alinéa a) de l'article 3 pour un montant égal à celui qui aurait été versé si le relèvement avait été approuvé à la date d'entrée en vigueur.

(2) Aux fins du paragraphe (1), le calcul du montant ne doit pas comprendre de période d'emploi à laquelle il a été mis fin durant une période de rétroactivité pour des motifs autres que ceux qui sont mentionnés à l'article 3.

5. Sous réserve de l'article 8, lorsqu'un relèvement de rémunération avec effet rétroactif approuvé en conformité de l'article 3 est versé à ou à l'égard d'une personne, ladite personne est censée avoir commencé à recevoir la rémunération à partir du début de la période à l'égard de laquelle elle est versée.

[...]

8. Les versements de rémunération avec effet rétroactif effectués en conformité du présent règlement ne sont pas considérés comme rémunération

a) aux fins de redresser les pénalités imposées pour n'avoir pas satisfait aux exigences en matière de présence;

- (b) for the purposes of an election made pursuant to clause (A), (AB), (B), or (F) or subparagraph (iii) of paragraph (b) of subsection (1) of section 5 of the *Public Service Superannuation Act*, subsection (7) of section 6 of the *Public Service Superannuation Regulations*, clause (K) of subparagraph (ii) of paragraph (b) of section 5 of the *Canadian Forces Superannuation Act*, or clause (I) of subparagraph (ii) of paragraph (b) of section 5 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*; and
- (c) for any other purposes as may be prescribed by the Treasury Board.
- b) aux fins d'un choix fait en conformité de l'article 5(1)b)(iii)(A), (AB), (B) et (F) de la Loi sur la pension du service public et de l'article 6(7) du Règlement sur la pension du service public, de l'article 5b)(ii)(K) de la Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes; et de l'article 5b)(ii)(I) de la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada; et
- c) à toute autre fin que peut prescrire le Conseil du Trésor.

Repealed on March 23, 2000, SOR/2000-116.

This submission repeals the *Retroactive Remuneration Regulations* [C.R.C., c. 344] made by Order in Council P.C. 1964-1417 of September 10, 1964. Under subsection 11(2) of the *Financial Administration Act*, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management, authorize the rules governing retroactive payments for public servants under the Act, either in a general directive or as negotiated in group specific collective agreements. As well, members of the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Forces are entitled to retroactive payments in accordance with directives approved by Treasury Board. Consequently, the *Retroactive Remuneration Regulations* are obsolete and have no effect.

Cette soumission abroge le *Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif* [C.R.C., ch. 344] pris par le décret C.P. 1964-1417 du 10 septembre 1964. En vertu du paragraphe 11(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, approuver les règles qui régissent les paiements avec effet rétroactif aux fonctionnaires au sens de cette loi, sous forme d'une directive générale ou tel que négocié dans les conventions collectives qui sont reliées aux groupes spécifiques. De plus, les membres de la Gendarmerie Royale du Canada et des Forces canadiennes reçoivent les paiements avec effet rétroactif selon des directives approuvées par le Conseil du Trésor. Par conséquent, le *Règlement sur la rémunération avec effet rétroactif* est périmé et sans effet.

Abrogé le 23 mars 2000, DORS/2000-116.

Department of Finance, Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13 (October 29, 1964)

Ministère des Finances, Public Service Superannuation Act Administrative Circular 1964-13 (29 octobre 1964)

Department of  
Finance, Treasury  
Board Directive  
62-121 (December  
9, 1964)

Ministère des  
Finances, Directive  
du Conseil du  
Trésor 62-121 (9  
décembre 1964)

*Statute Law  
(Superannuation)  
Amendment Act,  
1966*, S.C. 1966, c.  
44, s. 22 (July 11,  
1966)

22. (1) Paragraph (a) of subsection (1) of section 39 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

...

(i) "salary" means

(i) in the case of a participant employed in the Public Service, the compensation received for the performance of the regular duties of his position or office in the Public Service, expressed in terms of an annual rate, except that where a retroactive increase is authorized in the compensation of such participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe, and

(ii) in the case of an elective participant, his salary in the Public Service at the time he ceased to be employed in the Public Service, expressed in terms of an annual rate.

*Public Service  
Superannuation  
Regulations*, amended, SOR/66-342, s. 3 (July 21, 1966)

s. 54A of the *Public Service Superannuation Regulations* replaced in 1973 by s. 23 of the *Supplementary Death Benefit Re-*

54A. For the purposes of Part II of the Act, where a retroactive increase is authorized in the salary of a participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on the first day of the month following the month in which:

22.(1) L'alinéa a) du paragraphe (1) de l'article 39 de ladite loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

[. . .]

i) «traitement» signifie

(i) s'il s'agit d'un participant employé dans le service public, la rémunération reçue pour l'exercice des fonctions régulières de son poste ou de sa charge dans le service public, exprimée sous forme de taux annuel, sauf que lorsqu'une augmentation rétroactive est autorisée sur la rémunération d'un tel participant, une telle augmentation est réputée avoir commencé à être perçue par lui le jour que prescrivent les règlements, et

(ii) dans le cas d'un participant par choix, son traitement dans le service public au moment où il a cessé d'y être employé, exprimé sous forme de taux annuel;

*Loi de 1966  
modifiant le droit  
statutaire (Pen-  
sions)*, S.C. 1966,  
ch. 44, art. 22 (11  
juillet 1966)

*Règlement sur la  
pension du service  
public—Modifica-  
tions* DORS/66-  
342, art. 3 (21  
juillet 1966)

54A. Aux fins de la Partie II de la Loi, lorsqu'un relèvement avec effet rétroactif est autorisé dans le cas du traitement d'un participant, ce traitement sera censé avoir commencé d'être reçu par lui le premier jour du mois qui suit le mois au cours duquel

Art. 54A du *Règlement sur la pension du service public*, remplacé en 1973 par l'art. 23 du *Règlement sur les prestations*



*gulations* SOR/73-627 (now cited as C.R.C., c. 1360)

- (a) the Governor in Council of the Treasury Board, as the case may be approves such increase; or
- (b) written approval of such increase was duly issued by the appropriate authority in any case where approval of the Governor in Council of the Treasury Board is not required.

- a) le Gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, selon le cas, a approuvé le relèvement, ou
- b) l'approbation écrite du relèvement a été dûment délivrée par l'autorité compétente, lorsque l'approbation du Gouverneur en conseil ou du Conseil du Trésor n'est pas requise.

*supplémentaires de décès* DORS/73-627 (citation: C.R.C. 1360)

*Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 28 (June 29, 1977)

35. . . .

(4) All that portion of the definition "salary" in subsection 39(1) of the said Act preceding paragraph (b) thereof is repealed and the following substituted therefor:

"salary" means on or after the 20th day of December 1975

(a) in the case of a participant employed in the Public Service, the salary as defined for purposes of Part I, expressed in terms of an annual rate, except that where a retroactive increase is authorized in the salary of such participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe, and

35. [. . .]

(4) La partie de la définition de «traitement», au paragraphe 39(1) de ladite loi, qui précède l'alinéa b) est abrogée et remplacée par ce qui suit:

«traitement» à compter du 20 décembre 1975, désigne

a) s'il s'agit d'un participant employé dans la Fonction publique, le traitement défini pour l'application de la Partie I, exprimé sous forme de taux annuel, sauf que lorsqu'une augmentation rétroactive est autorisée sur le traitement d'un tel participant, une telle augmentation est réputée avoir commencé à être perçue par lui le jour que prescrivent les règlements, et

*Loi corrective de 1977*, S.C. 1976-77, ch. 28 (29 juin 1977)

In the statute revision of 1985, the Act was renumbered and section 39 became section 47.

Dans la refonte des lois de 1985, la Loi a fait l'objet d'une nouvelle numérotation et l'article 39 est devenu l'article 47.

*Public Sector Pension Investment Board*, S.C. 1999, c. 34 (September 14, 1999)

98. . . .

(3) The definition of "salary" in subsection 47(1) of the Act is amended by striking out the word "and" at the end of paragraph (a), by adding the word "and" at the end paragraph (b) and by adding the following after paragraph (b):

(c) in the case of a participant who is required to contribute to the Retirement Compensation Arrangement Account by section 8 or 9 of

98. [. . .]

(3) La définition de «traitement», au paragraphe 47(1) de la même loi, est modifiée par adjonction, après l'alinéa b), ce qui suit:

c) dans le cas d'un participant qui est astreint à contribuer au compte de régimes compensatoires par les articles 8 ou 9 du *Règlement n° 1* sur

*Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34 (14 septembre 1999)

the *Retirement Compensation Arrangements Regulations, No. 1*, the salary referred to in subsections 8(3) or 9(1) of those Regulations.

le régime compensatoire, le traitement visé aux paragraphes 8(3) ou 9(1) de ce règlement.

LEGISLATIVE EVOLUTION AND ELEMENTS  
OF THE HISTORY REFERRED TO BY  
THE PARTIES FOR "SALARY"

Part I *Canadian Forces Superannuation Act*

*Canadian Forces Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 21 (July 8, 1959)

2. (1) . . .

(h) "pay", as applied to the Canadian Forces, means pay at the rates prescribed by the regulations made under the *National Defence Act* for the rank held by the person in respect of whom the expression is being applied, together with the allowances prescribed by the regulations made under this Act for such rank, and, as applied to the Public Service or the Royal Canadian Mounted Police, means the salary or pay and allowances, as the case may be, applicable in the case of that person, as determined under the *Public Service Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*;

*Statute Law (Superannuation) Amendment Act*, 1966, S.C. 1966, c. 44, s. 22 (July 11, 1966)

Canadian Forces Superannuation Act

35. (1) Subsection (1) of section 2 of the *Canadian Forces Superannuation Act* is amended by striking out the word "and" at the end of paragraph (k) thereof and by adding thereto, immediately after paragraph (k) thereof, the following paragraph:

(ka) "salary" as applied to a member of the Canadian Forces means his income for the year from

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE ET ÉLÉMENTS  
HISTORIQUES CITÉS PAR LES PARTIES  
POUR LE MOT «TRAITEMENT»

Partie I, *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*

2.(1) [. . .]

h) l'expression «solde», appliquée aux forces canadiennes, désigne la solde aux taux prescrits par les règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* pour le grade détenu par la personne qui vise l'expression, ainsi que les allocations prescrites par les règlements établis selon la présente loi pour un semblable grade, et l'expression «traitement», appliquée au service public, ou «solde», appliquée à la Gendarmerie royale du Canada, désigne le traitement ou la solde et les allocations, suivant le cas, applicables quant à cette personne ainsi que le détermine la *Loi sur la pension du service public* ou la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*;

*Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes*, S.C. 1959, ch. 21 (8 juillet 1959)

*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*

35. (1) Le paragraphe (1) de l'article 2 de la *Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes* est modifié par le retranchement du mot «et» à la fin de l'alinéa k) et par l'adjonction, immédiatement après l'alinéa k) de l'alinéa suivant:

ka) l'expression «traitement» appliquée à un membre des forces canadiennes désigne le revenu

*Loi de 1966 modifiant le droit statutaire (Pensions)*, S.C. 1966, ch. 44, art. 22 (11 juillet 1966)

his employment as a member of the Canadian Forces, computed in accordance with the *Income Tax Act*, plus any deductions for the year made in computing that income; and

pour l'année provenant de son emploi en tant que membre des forces canadiennes, calculé en conformité de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, plus toutes déductions pour l'année faites dans le calcul de ce revenu; et

*Canadian Forces Superannuation Regulations*, s. 35, P.C. 1967-2242 (November 30, 1967) SOR/67-589, now cited as (C.R.C., c. 396, s. 48)

48. For the purpose of Part II of the Act, where a retroactive increase is authorized in the pay of a participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on the first day of the month in which

(a) the Governor in Council or the Treasury Board, as appropriate, approved such increase; or

(b) written approval of such increase was duly issued by the appropriate authority in a case where approval of the Governor in Council or the Treasury Board is not required.

48. Aux fins de la partie II de la Loi, lorsqu'une augmentation rétroactive de la solde d'un participant est autorisée, cette augmentation sera censée avoir commencé à être reçue par le participant le premier jour du mois au cours duquel

a) le Gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, selon le cas, a approuvé cette augmentation, ou

b) dans le cas où l'approbation du Gouverneur en conseil ou du Conseil du Trésor n'est pas requise, l'approbation écrite de cette augmentation a été dûment donnée par les autorités compétentes.

*Règlement sur la pension de retraite des forces canadiennes*, DORS/67-589, art. 35, C.P. 1967-2242 (30 novembre 1967) citation: (C.R.C., ch. 396, art. 48)

*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17 (December 31, 1984)

2. (1) . . .

“pay” as applied to the Canadian Forces, means pay at the rates prescribed by the regulations made under the *National Defence Act* for the rank held by that person in respect of whom the expression is being applied, together with the allowances prescribed by the regulations made under this Act for that rank, and, as applied to the Public Service of the Royal Canadian Mounted Police, means the salary or pay and allowances, as the case may be, applicable in the case of that person, as determined under the *Public Service Superannuation Act* or the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*;

2. (1) [. . .]

«solde» Relativement aux Forces canadiennes, la solde aux taux prescrits par les règlements pris en vertu de la *Loi sur la défense nationale* pour le grade détenu par la personne que vise l'expression, ainsi que les allocations prescrites par les règlements pris selon la présente loi pour ce grade. L'expression «traitement» appliquée à la fonction publique, ou «solde» à la Gendarmerie royale du Canada, s'entend du traitement ou de la solde et des allocations selon le cas, applicable à cette personne ainsi que le détermine la *Loi sur la pension de la fonction publique* ou la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17 (31 décembre 1984)

«traitement» Revenu d'un membre des Forces canadiennes pour l'année provenant de son emploi à ce titre, calculé en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*, plus toutes déductions pour l'année faites dans le calcul de ce revenu.

*Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34 (September 14, 1999)

**115. (1) The definitions "contributor" and "salary" in subsection 2(1) of the *Canadian Forces Superannuation Act* are replaced by the following:**

...

"salary" as applied to a member of the Canadian Forces means the pay received by the member from employment as a member of the Canadian Forces;

*Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34 (14 septembre 1999)

**115. (1) Les définitions de «contributeur» et «traitement», au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, sont respectivement remplacées par ce qui suit:**

[...]

«traitement» La solde d'un membre des Forces canadiennes pour l'année provenant de son emploi à ce titre.

LEGISLATIVE EVOLUTION AND ELEMENTS OF THE HISTORY REFERRED TO BY THE PARTIES FOR "SALARY"

Part II *Canadian Forces Superannuation Act*

*Statute Law (Superannuation) Amendment Act*, 1966, S.C. 1966, c. 44, s. 53 (July 11, 1966)

Canadian Forces Superannuation Act

...

53. The said Act is further amended by adding thereto the following Part:

PART III

SUPPLEMENTARY DEATH BENEFITS

44. (1)

(a) "basic benefit" with respect to a participant means the salary of the participant if it is a multiple of two hundred and fifty dollars or the nearest multiple of two hundred and fifty dollars above the salary

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE ET ÉLÉMENTS HISTORIQUES CITÉS PAR LES PARTIES POUR LE MOT «TRAITEMENT»

Partie II *Loi sur la pension retraite des Forces canadiennes*

*Loi de 1966 modifiant le droit statutaire (Pensions)*, S.C. 1966, ch. 44, art. 53 (11 juillet 1966)

Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes

...

[...]

53. Ladite loi est en outre modifiée par l'adjonction de la Partie suivante:

PARTIE III

PRESTATIONS DE DÉCÈS SUPPLÉMENTAIRES

44. (1) [...]

a) «prestation de base» désigne, en ce qui concerne un participant, le traitement du participant si ce traitement est un multiple de deux cent cinquante dollars, ou le multiple de deux cent

of the participant if it is not a multiple of two hundred and fifty dollars, subject to a reduction, to be made as of such time as the regulations prescribe, of one-tenth of that amount for every year of age in excess of sixty attained by the participant, except that in the case of an elective participant who, upon ceasing to be a member of the regular forces or upon ceasing to be employed in the Public Service, was entitled under Part I of under the *Defence Services Pension Continuation Act* to an annuity or pension, the basic benefit shall not be less than five hundred dollars;

cinquante dollars immédiatement supérieur au traitement du participant si ce traitement n'est pas un multiple de deux cent cinquante dollars, sous réserve d'une déduction, qui sera faite à compte de la date prescrite par les règlements, dans la proportion d'un dixième de ce montant multiplié par le nombre d'années par lequel l'âge du participant dépasse soixante ans, sauf que dans le cas d'un participant par choix qui, lorsqu'il a cessé d'être membre des forces régulières ou lorsqu'il a cessé d'être employé dans le service public, avait droit aux termes de la Partie I ou de la *Loi sur la continuation de la pension des services de défense* à une annuité ou à une pension, la prestation de base ne doit pas être inférieure à cinq cents dollars;

...

[...]

(f) "salary" means

f) «traitement» désigne

- (i) in the case of a participant who is a member of the regular forces, the greater of
  - (A) the pay of that participant, expressed in terms of an annual rate, or
  - (B) three thousand dollars per annum if his rank is lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, or five thousand dollars per annum if his rank is chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy or warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, and

- (i) dans le cas d'un participant qui est membre des forces régulières, le plus grand des deux montants suivants
  - (A) la solde de ce participant, exprimée sous la forme de taux annuel, ou
  - (B) trois mille dollars par an s'il a un grade inférieur à celui de premier maître de la Marine royale du Canada ou de sous-officier breveté de l'Armée du Canada ou de l'Aviation royale du Canada, ou cinq mille dollars par an s'il a un grade de premier maître ou un grade supérieur dans la Marine royale du Canada ou un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans l'Armée du

- |  |  |
|--|--|
|  | Canada ou dans l'Aviation royale du Canada, et   |
| (ii) in the case of an elective participant, the greater of  | (ii) dans le cas d'un participant par choix, le plus grand des deux montants suivants:   |
| (A) the pay that the participant at the time he ceased to be a member of the regular forces, expressed in terms of an annual rate, or  | (A) la solde du participant à la date où il a cessé d'être membre des forces régulières, exprimée sous forme de taux annuel, ou  |
| (B) three thousand dollars per annum if his rank at the time he ceased to be a member of the regular forces was lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy or warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, or five thousand dollars per annum if his rank at that time was chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy or warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force, | (B) trois mille dollars par an s'il avait, à la date où il a cessé d'être membre des forces régulières un grade inférieur à celui de premier maître de la Marine royale du Canada ou de sous-officier breveté de l'Armée du Canada ou de l'Aviation royale du Canada, ou cinq mille dollars par an s'il avait à cette date un grade de premier maître ou un grade supérieur dans la Marine royale du Canada ou un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans l'Armée du Canada ou dans l'Aviation royale du Canada, |

except that where a retroactive increase is authorized in the pay of that participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe;

sauf que, lorsqu'une augmentation rétroactive de la solde de ce participant est autorisée, cette augmentation est réputée avoir commencé à lui être versée le jour prescrit par les règlements;

*Canadian Forces Superannuation Regulations*, SOR/67-589, s. 35, P.C. 1967-2242 (November 30, 1967) now cited as (C.R.C., c. 396, s. 48)

48. For the purposes of Part II of the Act, where a retroactive increase is authorized in the pay of a participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on the first day of the month in which

- (a) the Governor in Council or the Treasury Board, as appropriate, approved such increase; or
- (b) written approval of such increase was duly issued by the appropriate authority in a case where approval of

48. Aux fins de la partie II de la Loi, lorsqu'une augmentation rétroactive de la solde d'un participant est autorisée, cette augmentation sera censée avoir commencé à être reçue par le participant le premier jour du mois au cours duquel

- a) le Gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, selon le cas, a approuvé cette augmentation, ou
- b) dans le cas où l'approbation du Gouverneur en conseil ou du Conseil du Trésor n'est pas requise,

*Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, DORS/67-589, art. 35, C.P. 1967-2242 (30 novembre 1967) citation: (C.R.C., ch. 396, art. 48)

the Governor in Council or the Treasury Board is not required.

l'approbation écrite de cette augmentation a été dûment donnée par les autorités compétentes.

*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9 (December 31, 1969)

31. (1) . . .

31. (1) [. . .]

*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9 (31 décembre 1969)

“salary” means

[. . .]

«traitement» désigne

(a) in the case of a participant who is a member of the regular forces, the greater of

a) dans le cas d'un participant qui est un membre de la force régulière, le plus grand des deux montants suivants:

(i) the pay of that participant, expressed in terms of an annual rate, and

(i) la solde de ce participant, exprimée sous forme de taux annuel,

(ii) three thousand dollars per annum if his rank is lower than warrant officer, or five thousand dollars per annum if his rank is warrant officer or higher, and

(ii) trois mille dollars par an, s'il a un grade inférieur à celui de sous-officier breveté, ou cinq mille dollars par an s'il a un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur;

(b) in the case of an elective participant, the greater of

b) dans le cas d'un participant par choix, le plus grand des deux montants suivants:

(i) the pay that the participant at the time he ceased to be a member of the regular forces, expressed in terms of an annual rate, and

(i) la solde du participant à la date où il a cessé d'être membre de la force régulière, exprimée sous forme de taux annuel,

(ii) three thousand dollars per annum if his rank at the time he ceased to be a member of the regular force was lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy, warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force or warrant officer in the Canadian Forces, or five thousand dollars per annum if his rank at that time was chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy, warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force or warrant officer or higher in the Canadian Forces,

(ii) trois mille dollars par an s'il avait, à la date où il a cessé d'être membre de la force régulière, un grade inférieur à celui de premier maître de la Marine royale du Canada, ou de sous-officier breveté de l'Armée du Canada ou de l'Aviation royale du Canada, ou de sous-officier breveté des Forces canadiennes, ou cinq mille dollars s'il avait à cette date un grade de premier maître ou un grade supérieur dans la Marine royale du Canada, un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans l'Armée du Canada ou dans l'Aviation royale du Canada ou un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans les Forces canadiennes,

except that where a retroactive increase is authorized in the pay of that participant, such increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe.

sauf que, lorsqu'une augmentation rétroactive de la solde de ce participant est autorisée, cette augmentation est réputée avoir commencé à lui être versée le jour prescrit par les règlements.

In the statute revision of 1985, the statute was renumbered and section 31 became section 60.

Dans la refonte des lois de 1985, la Loi a fait l'objet d'une nouvelle numérotation et l'article 31 est devenu l'article 60.

*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17 (December 31, 1984)

60. (1) . . .

60. (1) [. . .]

. . .

[. . .]

“salary” means

«traitement»

(a) in the case of a participant who is a member of the regular force or a member of the reserve force described in paragraph (b) of the definition “participant”, the greater of

a) Dans le cas d'un participant qui est un membre de la force régulière ou un membre de la force de réserve visé à l'alinéa b) de la définition de «participant», le plus élevé des montants suivants:

(i) the pay of that participant, expressed in terms of an annual rate, and

(i) la solde de ce participant, exprimée sous forme de taux annuel,

(ii) three thousand dollars per annum if his rank is lower than warrant officer, or five thousand dollars per annum if his rank is warrant officer or higher, and

(ii) trois mille dollars par an, s'il a un grade inférieur à celui de sous-officier breveté, ou cinq mille dollars par an s'il a un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur;

(b) in the case of an elective participant, the greater of

b) dans le cas d'un participant par choix, le plus grand des deux montants suivants:

(i) the pay of that participant at the time he ceased to be a member of the regular force, expressed in terms of an annual rate, and

(i) la solde du participant à la date où il a cessé d'être membre de la force régulière, exprimée sous forme de taux annuel,

(ii) three thousand dollars per annum if his rank at the time he ceased to be a member of the regular force was lower than chief petty officer in the Royal Canadian Navy, warrant officer in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force or warrant officer in the Canadian Forces, or

(ii) trois mille dollars par an s'il avait, à la date où il a cessé d'être membre de la force régulière, un grade inférieur à celui de premier maître de la Marine royale du Canada, ou de sous-officier breveté de l'Armée du Canada ou de l'Aviation royale du Canada, ou de sous-officier breveté des

*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17 (31 décembre 1984)



five thousand dollars per annum if his rank at that time was chief petty officer or higher in the Royal Canadian Navy, warrant officer or higher in the Canadian Army or Royal Canadian Air Force or warrant officer or higher in the Canadian Forces,

except that where a retroactive increase is authorized in the pay of that participant, the increase shall be deemed to have commenced to have been received by him on such day as the regulations prescribe.

Forces canadiennes, ou cinq mille dollars s'il avait à cette date un grade de premier maître ou un grade supérieur dans la Marine royale du Canada, un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans l'Armée du Canada ou dans l'Aviation royale du Canada ou un grade de sous-officier breveté ou un grade supérieur dans les Forces canadiennes,

sauf que, lorsqu'une augmentation rétroactive de la solde de ce participant est autorisée, cette augmentation est réputée avoir commencé à lui être versée le jour prescrit par les règlements.

2004 FC 1573  
IMM-577-04

2004 CF 1573  
IMM-577-04

**CHEN, Tsai-Cheng, PENG, Sheng-Chien, WU, Chin-Chung, LIN, Chin Yuan, KUO, Nai Wei, WANG, Hsiu Shan, HSIEH, Tze-En, HUNG, Mei Ying, KO, Ching Yi, KO, Yu Fan, KO, Yu Chu, HSU, Tase Yen, CHANG, Lien Fang, CHEN, Yuan Hsing, LIN, Cheng-I, CHEN, Ping-Hung, HSIEH, Tsung-Jen, CHEN, Yueh-Yin, FANG CHANG, Shu-Min, PUI, Kwan Kay, LAI, Yung-Liang, CHANG, Ting Hui, CHANG, Fang Ming, LEI, Manuel Joao, LIN, Yung Nien, HUANG HSU, Li-Mei, FANG, Ming-Tau, LIU, Kun Yung, CHEN, Kun-Wen, TSENG, Hung Yu, CHANG, Mao, MENG, Lin Yu, TAI, Yu-Hu, YANG, Cheng-Kang, CHEN, Wen Shing, YU, Chung-Wen, YU, Wei-Chung, LIN, Shih Chun, CHANG, Lei-Fa, CHAO, Lin Shu, HSU, Pao Hua (*Applicants*)**

**CHEN, Tsai-Cheng, PENG, Sheng-Chien, WU, Chin-Chung, LIN, Chin Yuan, KUO, Nai Wei, WANG, Hsiu Shan, HSIEH, Tze-En, HUNG, Mei Ying, KO, Ching Yi, KO, Yu Fan, KO, Yu Chu, HSU, Tase Yen, CHANG, Lien Fang, CHEN, Yuan Hsing, LIN, Cheng-I, CHEN, Ping-Hung, HSIEH, Tsung-Jen, CHEN, Yueh-Yin, FANG CHANG, Shu-Min, PUI, Kwan Kay, LAI, Yung-Liang, CHANG, Ting Hui, CHANG, Fang Ming, LEI, Manuel Joao, LIN, Yung Nien, HUANG HSU, Li-Mei, FANG, Ming-Tau, LIU, Kun Yung, CHEN, Kun-Wen, TSENG, Hung Yu, CHANG, Mao, MENG, Lin Yu, TAI, Yu-Hu, YANG, Cheng-Kang, CHEN, Wen Shing, YU, Chung-Wen, YU, Wei-Chung, LIN, Shih Chun, CHANG, Lei-Fa, CHAO, Lin Shu, HSU, Pao Hua (*demandeurs*)**

v.

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

c.

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

IMM-1467-04

IMM-1467-04

**CHU, Kar Ho and PENG, Jang-Yang Alex  
(*Applicants*)**

**CHU, Kar Ho et PENG, Jang-Yang Alex  
(*demandeurs*)**

v.

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

c.

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

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

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

Federal Court, Russell J.—Vancouver, November 2 and 8, 2004.

Cour fédérale, juge Russell—Vancouver, 2 et 8 novembre 2004.

*Practice — Conversion of judicial review application into action — Additional relief sought: joinder, consolidation, leave to amend pleadings — Federal Courts Act, s. 18.4(2) as exception to rule judicial review applications dealt with in summary way — Review of case law as to when s. 18.4(2) resorted to — Drapeau v. Canada (Minister of National Defence) adopted more expansive approach to s. 18.4(2) as placing no limits on matters considered in deciding whether to*

*Pratique — Conversion d'une demande de contrôle judiciaire en une action — Autres mesures de redressement demandées: jonction, réunion et autorisation de modifier les actes de procédure — L'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales est une exception à la règle prévoyant que les demandes de contrôle judiciaire sont traitées sommairement — Examen de la jurisprudence pour savoir quand il faut recourir à l'art. 18.4(2) — L'arrêt Drapeau c. Canada*

*allow conversion — Immigration context considered — Whether intention to seek class action certification matter to be considered — Motion granted — Deficiencies in record before Court such that grounds raised by applicant could not be addressed — Conversion, consolidation avoiding multiplicity of proceedings.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion for direction judicial review applications in immigration matters be converted into actions; consolidation, amendment of pleadings — Minister arguing IRPA, s. 74(c) (judge to dispose of application summarily, without delay) precluding conversion of immigration matter — Concerned for integrity of immigration process, considering volume of appeals, delays in immigration enforcement — Also arguing inconsistencies between IRPA, Federal Courts Act to be resolved in former's favour — Arguments rejected — Court incapable of determining, weighing facts due to significant gaps in record such as how Minister handled humanitarian and compassionate applications under IRPA, s. 28(2)(c) — Similar evidentiary problems regarding IMM.1000 record of landing documentation issued under former Act — Without operational, systemic evidence dangerous to decide whether IMM.1000 treated as mere matter of administrative convenience — Jurisdictional issue: whether document confiscation by overseas officers under IAD jurisdiction or could be brought directly to F.C.*

The present motion sought a direction that judicial review applications in two immigration files proceed as actions; joinder or consolidation with certain other actions and leave to amend the pleadings of the four consolidated actions to constitute one action.

Discretion to direct that a judicial review application proceed as an action is provided by *Federal Courts Act*, subsection 18.4(2) as an exception to the general rule that such matters be dealt with “without delay and in a summary way”. In *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, Décaré J.A. explained that, in general, it is only where the facts cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2), because Parliament clearly intended that judicial review

*(Ministre de la Défense nationale) a adopté une approche plus large à l'égard de l'art. 18.4(2) en n'établissant aucune limite quant aux facteurs pris en considération lorsqu'il s'agit de décider si la conversion doit être autorisée — Affaire examinée dans le contexte de l'immigration — L'intention de faire autoriser un recours collectif est-elle une question à prendre en compte? — Requête accueillie — Les failles dans le dossier soumis à la Cour étaient importantes au point que les motifs invoqués par les demandeurs ne pouvaient pas être traités — La conversion et la réunion évitent la multiplicité des procédures.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Requête visant à obtenir la conversion en action des demandes de contrôle judiciaire présentées dans des dossiers d'immigration, ainsi que la réunion d'actions et l'autorisation de modifier les actes de procédure — Le ministre prétendait que l'art. 74c) de la LIPR (le juge statue à bref délai et selon la procédure sommaire) empêche la conversion dans une affaire d'immigration — Il était préoccupé par l'intégrité du processus d'immigration, compte tenu du volume des appels et des délais d'exécution — Il prétendait également que les incohérences entre la LIPR et la Loi sur les Cours fédérales doivent être résolues en faveur de la LIPR — Prétentions rejetées — La Cour n'a pu établir ou apprécier les faits en raison de vides importants dans le dossier, comme la façon selon laquelle le ministre a traité des demandes fondées sur des considérations d'ordre humanitaire suivant l'art. 28(2)c) de la LIPR — Des problèmes de preuve similaires ont été soulevés à l'égard de la fiche d'établissement IMM 1000 délivrée suivant l'ancienne Loi — Sans des éléments de preuve opérationnels et systémiques, il est risqué de décider, si la fiche d'établissement IMM 1000 était traitée comme une simple question de commodité administrative — Il y a une question de compétence qui consiste à savoir si la question de la confiscation de documents par des agents à l'étranger relève de la compétence de la SAI ou si elle peut être soumise directement à la C.F.*

La présente requête visait à faire en sorte que les demandes de contrôle judiciaire présentées dans deux dossiers d'immigration soient instruites comme des actions, qu'il y ait jonction ou réunion avec certaines autres actions et qu'on accorde l'autorisation de modifier les actes de procédure dans les quatre actions réunies pour constituer une action.

Le pouvoir discrétionnaire permettant d'ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action est prévu par le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* à titre d'exception à la règle générale prévoyant que de telles questions sont traitées «à bref délai et selon une procédure sommaire». Dans l'arrêt *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, le juge Décaré, J.C.A., a expliqué que, en général, c'est seulement lorsque les faits ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen

applications be determined whenever possible with as much speed and as little encumbrances and delays of the kind associated with trials as are possible. Speculation that hidden evidence will come to light is not a basis for ordering a trial. The principal consideration is whether the factual basis for deciding the issues can be generated by affidavit evidence. But, in *Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)*, the Federal Court of Appeal adopted a more expansive approach to the subsection. Hugessen J.A., writing for the majority, did not read *Macinnis* as limiting a motion judge's discretion where conversion is sought on grounds other than alleged evidentiary requirements. The Court of Appeal having deliberately drawn attention to *Macinnis* in its *Drapeau* decision, the last-mentioned case had to be followed on the point that "subsection 18.4(2) places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be converted into an action". Even so, the Court should not entirely abandon what was taught in *Macinnis* regarding Parliamentary intent that judicial review applications be dealt with expeditiously. However, the following words in *Macinnis* could no longer be taken as meaning what they appear to say: "It is, in general, only where facts of whatever nature cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2) of the Act".

In the immigration context, the Minister, concerned for the integrity of the immigration process, suggested that the IRPA, paragraph 74(c) provision that "the judge shall dispose of the application without delay and in a summary way" might preclude conversion of an immigration matter into an action. Alternatively, a highly restrictive approach should be taken in view of the volume of appeals which cause delays in immigration enforcement. The Minister added that inconsistencies between the IRPA and the *Federal Courts Act* should be resolved in favour of the former. The Court could not, however, detect any real inconsistencies between the IRPA and the *Federal Court Rules, 1998* or any indication of Parliamentary intent that immigration matters are not to be dealt with in accordance with the teaching of *Drapeau*.

The grounds relied upon by applicants in seeking a subsection 18.4(2) direction were: (1) the evidentiary record required for the relief sought could not be furnished by

d'une preuve par affidavit que l'on devrait envisager d'utiliser le paragraphe 18.4(2) parce que l'intention clairement exprimée par le Parlement était que les demandes de contrôle judiciaire, soient tranchées le plus tôt possible, avec célérité, et le moins d'obstacles et de retards possible, comme il arrive dans les procès. Supposer qu'on pourra mettre au jour une preuve cachée n'est pas une raison suffisante pour ordonner la tenue d'un procès. La question principale est de savoir si le fondement factuel nécessaire pour trancher les questions en litige peut être établi à l'aide d'une preuve par affidavit. Mais, dans l'arrêt *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, la Cour d'appel fédérale a adopté une approche plus large à l'égard de ce paragraphe. Le juge Hugessen, J.C.A., s'exprimant au nom de la majorité, n'a pas interprété l'arrêt *Macinnis* comme une limite au pouvoir discrétionnaire d'un juge des requêtes dans les cas où la conversion est demandée pour des motifs autres que de prétendues contraintes de preuve. Puisque la Cour d'appel fédérale a délibérément attiré l'attention sur l'arrêt *Macinnis* dans l'arrêt *Drapeau*, ce dernier arrêt devait être suivi quant à la question selon laquelle «le paragraphe 18.4(2) n'établit aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu'il s'agit de savoir s'il convient ou non de permettre qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action». Néanmoins, la Cour ne devrait pas renoncer entièrement à ce que l'arrêt *Macinnis* a enseigné à propos de l'intention du Parlement que les demandes de contrôle judiciaire soient traitées le plus tôt possible. Cependant, dans l'arrêt *Macinnis*, les mots suivants ne pouvaient plus signifier ce qu'ils semblent dire, à savoir: «[e]n général, c'est seulement lorsque les faits, de quelque nature qu'ils soient, ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d'un affidavit que l'on devrait envisager d'utiliser le paragraphe 18.4(2) de la Loi».

Dans le contexte de l'immigration, le ministre, préoccupé quant à l'intégrité du processus d'immigration, a laissé entendre que l'alinéa 74(c) de la LIPR, prévoyant que «le juge statue à bref délai et selon la procédure sommaire», pourrait empêcher de convertir une affaire d'immigration en une action. Subsidiairement, il faut adopter un point de vue extrêmement restrictif, compte tenu du volume des appels qui cause des délais d'exécution. Le ministre a ajouté que les incohérences entre la LIPR et la *Loi sur les Cours fédérales* devraient être résolues en faveur de la LIPR. Cependant, la Cour n'a pu déceler aucune véritable incohérence entre le régime de la LIPR et les *Règles de la Cour fédérale (1998)* ni aucune preuve de l'intention du Parlement que les dossiers d'immigration ne soient pas traités conformément à ce que nous enseigne l'arrêt *Drapeau*.

Les motifs sur lesquels s'appuyaient les demandeurs pour demander une ordonnance suivant le paragraphe 18.4(2) étaient les suivants: 1) le dossier relatif à la preuve requis pour

affidavit evidence; (2) the legal issues were too complex, and factual issues too detailed to be dealt with satisfactorily upon judicial review; (3) avoidance of a multiplicity of proceedings; (4) the judicial review process provides inadequate procedural safeguards; (5) class action certification would require conversion to an action; and (6) the just, most expeditious, and least expensive resolution of issues herein would be accomplished by conversion to an action, joinder, consolidation and class action certification.

The Minister argued that the desire to seek class action certification under rule 299.11 was not a ground for conversion; the test for conversion had first to be met independently of any intent to seek class action certification. One of the other arguments advanced by the Minister was that, if the Court proceeds with the judicial review application, a decision on the issue of retroactivity contrary to the Charter, and the appropriateness of *mandamus*, would provide the basis for a rule 220 “question of law” motion and assist all parties to narrow the factual and legal issues for purposes of the proposed class action. The Minister was of the view that the evidentiary basis for a meaningful judicial review was already available and that conversion would serve only to delay resolution of the matters in dispute.

*Held*, conversion, joinder and consolidation should be ordered and leave to amend the pleadings granted, but the Court could not even consider prayer for class action certification on this motion.

Considering that much of relief sought herein is declaratory in nature, the ambiguities and evidentiary gaps in the record were such that there could not be a satisfactory consideration of the grounds of complaint and the availability of the remedies sought. Essential facts could not be established or weighed on the present record. There was a significant gap in the evidence as to how many refusals of permanent residence were based on paragraph 28(2)(c), what the reasons for refusals were and whether the best interests of children were taken into account. As pointed out by Snider J. while disposing of a previous injunctive relief application, the Minister need not give an undertaking to produce information upon cross-examination in a judicial review proceeding. The record provides an inadequate picture of how the Minister handled humanitarian and compassionate applications under IRPA, paragraph 28(2)(c). Similar evidentiary problems arose as to the impact and status of IMM.1000 record of landing documentation issued under the former *Immigration Act* and its significance as a status document under IRPA, subsection

les mesures de redressement qu’ils demandaient ne pouvait être établi au moyen d’un affidavit; 2) les questions de droit étaient trop complexes et les questions de fait sont trop précises pour être traitées de façon satisfaisante par un contrôle judiciaire; 3) la prévention d’une multiplicité d’actes de procédure; 4) le processus de contrôle judiciaire n’offre pas les mesures de protection appropriées en matière de procédure; 5) une demande visant à faire autoriser un recours collectif nécessiterait la conversion en une action; et 6) la façon juste, la plus expéditive et la moins coûteuse de trancher les questions en l’espèce serait la conversion en une action, la jonction, la réunion et l’autorisation d’un recours collectif.

Le ministre a prétendu que le désir de faire autoriser un recours collectif suivant la règle 299.11 n’est pas un motif de conversion et qu’il faut d’abord que le critère de conversion soit satisfait indépendamment de toute intention de faire autoriser un recours collectif. Un autre argument avancé par le ministre était que si la Cour instruit la demande de contrôle judiciaire, une décision à l’égard de la question de la rétroactivité, contraire à la Charte, et du caractère approprié du *mandamus* servirait de fondement à une requête sur un «point de droit» suivant la règle 220 et aiderait les parties à préciser les questions de droit et de fait aux fins du recours collectif envisagé. Le ministre était d’avis que le fondement probatoire d’un contrôle judiciaire valable existait déjà et que la conversion ne ferait que retarder la résolution des affaires en litige.

*Jugement*: la conversion, la jonction et la réunion sont ordonnées et l’autorisation de modifier les procédures est accordée, mais la Cour ne peut même pas considérer le souhait des demandeurs de faire autoriser un recours collectif dans la présente requête.

Étant donné que la grande partie des mesures de redressement que les demandeurs tentent d’obtenir en l’espèce est de nature déclaratoire, les ambiguïtés et les vides à l’égard de la preuve dans le dossier étaient importants au point qu’il ne pouvait y avoir un examen satisfaisant des motifs de la plainte et de la disponibilité des mesures de redressement demandées. Les faits essentiels ne pouvaient être établis ou appréciés dans le présent dossier. Il y avait un vide important dans la preuve aux fins de savoir combien de refus de demandes de résidence permanente étaient fondés sur l’alinéa 28(2)(c), quelles étaient les raisons de ces refus et si l’intérêt supérieur des enfants avait été pris en compte. Comme la juge Snider l’a signalé lorsqu’elle a tranché une demande d’injonction antérieure, le ministre n’est pas tenu de s’engager à fournir les renseignements demandés au cours d’un contre-interrogatoire dans une instance de contrôle judiciaire. Le dossier fournit un portrait inadéquat de la façon selon laquelle le ministre a traité des demandes fondées sur des considérations d’ordre humanitaire suivant l’alinéa 28(2)(c) de la LIPR. Des problèmes

31(3). The fact that the Minister's position on IMM.1000 record of landing documentation is stated in various public documents did not provide the Court with the means to address the grounds advanced by applicants. On the disputed question as to whether the IMM.1000 record of landing was treated merely as a matter of administrative convenience prior to enactment of the IRPA, it would be dangerous for the Court to make a decision without the public record being nourished by operational and systemic evidence of how such documentation was actually handled. The differences between the parties on the jurisdictional issue as to whether the matter of the confiscation of documentation by overseas officers can be brought directly to Federal Court or falls under IAD jurisdiction could not be resolved on the record because what actually took place in relation to document seizures and waiver of appeal rights had not been sufficiently canvassed in the evidence gathered to date and could not be adequately addressed under judicial review procedures.

So far as applicants relied on rule 3 (requiring the just, expeditious, and least expensive determination on merits), the Court could not say whether access to justice and cost avoidance were better promoted by an action than by judicial review. But, on the question of avoiding a multiplicity of proceedings, given the evidentiary problems of the record, procedural efficiencies pointed in the direction of conversion and consolidation.

On the issue of class action certification, the Minister having not yet consented to certification, the Court was faced squarely with the question of whether applicants' intention to seek certification is a factor to be considered by the Court when exercising its subsection 18.4(2) discretion. It was noted that, while the Court's Rules Committee had concluded in 2000 that the proposed class proceedings rules should apply to both actions and applications, the scheme incorporated into the Rules in 2002 applied to actions only. This explains the necessity for rule 299.11 whereby an application can be brought within the class action regime if "it is to be treated and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the Act". Rule 299.11 contemplates that a decision to proceed under subsection 18.4(2) must have been made before the rule comes into play. In answering the question, the Court should follow the teaching in *Drapeau*, that subsection 18.4(2) does not limit the considerations that may be taken into account in deciding whether to allow conversion. In all the circumstances, to deprive applicants of an opportunity to seek class action certification by denying conversion would constitute a denial

de preuve similaires ont été soulevés à l'égard des effets et du statut de la fiche d'établissement IMM 1000 délivrée suivant l'ancienne *Loi sur l'immigration* et de son importance à titre d'attestation de statut suivant le paragraphe 31(3) de la LIPR. Le fait que la position du ministre à l'égard des fiches d'établissement IMM 1000 soit énoncée dans divers documents publics ne permettait pas à la Cour de traiter des motifs invoqués par les demandeurs. Quant à savoir si avant la mise en application de la LIPR, la fiche d'établissement IMM 1000 était considérée une simple question de commodité administrative, il serait risqué pour la Cour de rendre une décision sans que des éléments de preuve opérationnels et systémiques quant à la façon selon laquelle de tels documents étaient dans les faits traités deviennent notoires. Les divergences entre les parties à l'égard de la question de compétence quant à savoir si la question de la confiscation de documents par des agents à l'étranger peut être soumise directement à la Cour fédérale ou si elle relève de la compétence de la SAI ne pouvaient pas être résolues au vu du dossier parce que ce qui s'est passé dans les faits à l'égard des documents saisis et de la renonciation aux droits d'appel n'a pas été examiné suffisamment à fond dans la preuve recueillie jusqu'à maintenant et ne pouvait être adéquatement traitée suivant la procédure de contrôle judiciaire.

Dans la mesure où les demandeurs s'appuyaient sur la règle 3 (qui requiert une décision juste, expéditive et la moins coûteuse à l'égard du bien-fondé), la Cour ne pouvait pas dire si l'accès à la justice et la prévention des coûts et des délais étaient mieux garantis par une action que par un contrôle judiciaire. Mais, à l'égard de la question d'éviter une multiplicité de procédures, compte tenu des problèmes de preuve dans le dossier, le bon fonctionnement procédural tendait à la conversion et à la réunion d'actions.

À l'égard de l'autorisation de recours collectif, étant donné que le ministre n'avait pas encore consenti à une telle autorisation, la Cour devait répondre à la question de savoir si l'intention des demandeurs de faire autoriser un recours collectif est un facteur qui doit être pris en compte lorsque la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire suivant le paragraphe 18.4(2). Il a été mentionné que bien que le Comité des règles de la Cour fédérale ait conclu en 2000 que les règles envisagées à l'égard des recours collectifs devraient s'appliquer à la fois aux actions et aux demandes, le régime incorporé aux Règles en 2002 s'appliquait aux actions seulement. Cela explique la nécessité de la règle 299.11 en vertu de laquelle une demande peut être présentée sous le régime de recours collectif pourvu, «en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi, qu'elle soit instruite comme une action». La règle 299.11 prévoit qu'une décision d'instruire une action suivant le paragraphe 18.4(2) doit avoir été rendue avant que la règle s'applique. Pour répondre à la question, la Cour doit suivre ce qu'enseigne l'arrêt *Drapeau*, à savoir que le paragraphe 18.4(2) n'établit aucune limite quant aux facteurs

of the rights of applicants and those they seek to represent. This was a fundamental access to justice issue, something the *Drapeau* decision says is a legitimate consideration.

The case for joinder under rule 102 and consolidation (rule 105) was made by letter from the Minister's counsel to the Court pointing out that both the judicial reviews and actions were based on similar grounds. There was here sufficient commonality to warrant consolidation. Furthermore, the policy of avoiding a multiplicity of proceedings while promoting the less expensive expeditious determination of proceedings would be promoted by consolidation. Nor could the Court see that this would cause the Minister any appreciable prejudice. Leave to amend the pleadings followed inevitably from conversion and consolidation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 28 (as am. *idem*, s. 35).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, RR. 3, 75, 102, 105, 220, 299.1-299.42 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 28(2)(c), 31(3), 72(2)(a), 74(c).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)* (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.); affg (1995), 119 F.T.R. 146 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 25 Admin. L.R. (2d) 294; 47 M.P.L.R. (3d) 162; 166 N.R. 57 (C.A.).

qui peuvent être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider si la conversion doit être autorisée. Dans toutes les circonstances, le fait de priver des demandeurs de la possibilité de faire autoriser un recours collectif en leur refusant la conversion équivaldrait à un déni de leurs droits et de ceux qu'ils tentent de représenter. Il s'agissait d'une question fondamentale d'accès à la justice, ce que l'arrêt *Drapeau* affirme être une considération valable.

La preuve à l'égard de la jonction suivant la règle 102 et de la réunion (règle 105) a été faite par l'avocate du ministre dans une lettre adressée à la Cour qui mentionne que les demandes de contrôle judiciaire et les actions sont fondées sur des motifs similaires. Il y avait en l'espèce suffisamment d'éléments communs pour justifier la réunion. De plus, la réunion favoriserait la politique visant à éviter une multiplicité de procédures et à permettre que des décisions peu coûteuses et expéditives soient rendues dans les instances. La Cour ne pouvait pas non plus voir comment la jonction ou la réunion causerait au ministre un préjudice important. L'autorisation de modifier les actes de procédure suivait inévitablement la conversion et la réunion.

#### 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, 15.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 28 (mod., *idem*, art. 35).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 28(2)c), 31(3), 72(2)a), 74c).
- Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 3, 75, 102, 105, 220, 299.1 à 299.42 (édictees par DORS/2002-417, art. 17).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1995), 179 N.R. 398; [1995] A.C.F. n° 536 (QL) (C.A.F.); conf. (1995), 119 F.T.R. 146; [1996] A.C.F. n° 1120 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 25 Admin. L.R. (2d) 294; 47 M.P.L.R. (3d) 162; 166 N.R. 57 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285; 35 Imm. L.R. (3d) 122 (F.C.); *Sivamoorthy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 307; [2003] F.C.J. No. 437 (QL).

## AUTHORS CITED

Federal Court of Canada Rules Committee. *Class Proceedings in the Federal Court of Canada: A Discussion Paper*, Ottawa: June 9, 2000.  
 «Proposed Regulations», *Can. Gaz.* 2001.I.4400-4401.

MOTION for a direction that certain judicial review applications proceed as actions; joinder, consolidation with certain other actions; and leave to amend the pleadings of the four consolidated actions. Motion allowed.

## APPEARANCES:

*Rocco Galati* for applicants.  
*Brenda Carbonell* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Galati, Rodrigues and Associates*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

RUSSELL J.:

## THE MOTION

[1] The principal relief sought in this motion is: a direction that the judicial review applications in IMM-1467-04 and IMM-577-04 be treated and proceeded with as actions; joinder and/or consolidation of the converted actions with the actions in IMM-10140-03 and IMM-576-04; and leave to amend the pleadings of the four consolidated actions to constitute one action.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285; 35 Imm. L.R. (3d) 122 (C.F.); *Sivamoorthy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 307; [2003] A.C.F. n° 437 (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Comité des Règles de la Cour fédérale du Canada. *Le recours collectif en Cour fédérale du Canada: Document de travail*, Ottawa, 9 juin 2000.  
 «Règlements projetés», *Gaz. Can.* 2001.I.4400-4401.

REQUÊTE visant à obtenir l'instruction de certaines demandes de contrôle judiciaire comme s'il s'agissait d'actions, la jonction et la réunion avec certaines autres actions et l'autorisation de modifier les actes de procédure dans les quatre actions réunies. Requête accueillie.

## ONT COMPARU:

*Rocco Galati*, pour les demandeurs.  
*Brenda Carbonell*, pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Galati, Rodrigues and 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 ordonnance rendus par*

LE JUGE RUSSELL:

## LA REQUÊTE

[1] Les principales mesures de redressement demandées dans la présente requête sont les suivantes: une ordonnance prévoyant que les demandes de contrôle judiciaire présentées dans les dossiers IMM-1467-04 et IMM-577-04 seront instruites comme des actions, la jonction et la réunion des actions converties avec les actions des dossiers IMM-10140-03 et IMM-576-04 et l'autorisation de modifier les actes de procédure dans les quatre actions réunies pour constituer une action.



## BACKGROUND

[2] The background to this matter has already been set out with exemplary economy and precision by Madam Justice Snider in her reasons for order and order of March 26, 2004 [*Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285 (F.C.)], which dealt with an earlier application for injunctive relief against the Minister, and there is no need to repeat that account here.

## CONVERSION

[3] The discretion to direct that the judicial review applications in IMM-1467-04 and IMM-577-04 (leave has been granted) be treated and proceeded with as actions is governed by section 18.4 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]:

**18.4** (1) Subject to subsection (2), an application or reference to the Federal Court under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(2) The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

[4] The case law gloss on these provisions is well-known and is referred to by the applicants and the Minister in their materials. The usual starting point is the judgment of the Federal Court of Appeal in *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464, where Décary J.A., writing for the Court, had the following to say at pages 469-473:

Any attempt to interpret subsection 18.4(2) has to begin with the following statement by Muldoon J. with respect to the approach to be taken when applying it:

Section 18.4 of the Federal Court Act makes it clear that, as a general rule, an application for judicial review or a reference to the Trial Division shall be proceeded with as a motion. The section dictates that such matters be heard and determined “without delay and in a summary way”. As an exception to the general rule, provision is made in s. 18.4(2) for an application for judicial review to be proceeded with as an action. The

## LES FAITS

[2] Les faits de la présente affaire ont déjà été exposés avec une concision et une précision exemplaires par M<sup>me</sup> la juge Snider dans ses motifs d’ordonnance et d’ordonnance en date du 26 mars 2004 [*Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285 (C.F.)] qui traitaient d’une demande antérieure d’injonction contre le ministre et il n’est pas utile de refaire ce récit en l’espèce.

## LA CONVERSION

[3] Le pouvoir discrétionnaire d’ordonner que les demandes de contrôle judiciaire présentées dans les dossiers IMM-1467-04 et IMM-577-04 (l’autorisation a été accordée) soient instruites comme s’il s’agissait d’actions est régi par l’article 18.4 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]:

**18.4** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Cour fédérale statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) Elle peut, si elle l’estime indiqué, ordonner qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action.

[4] La jurisprudence qui interprète ces dispositions est bien connue et les demandeurs et le ministre y renvoient dans leurs documents. Le point de départ habituel est l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464, dans lequel le juge Décary, J.C.A., s’exprimant au nom de la Cour, a dit ce qui suit aux pages 469 à 473:

Toute tentative d’interprétation du paragraphe 18.4(2) doit commencer par la prise en considération de l’affirmation que le juge Muldoon a faite relativement au point de vue qui doit être adopté lorsqu’on veut mettre ce paragraphe en application:

L’article 18.4 de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose clairement qu’en règle générale, une demande de contrôle judiciaire ou un renvoi présenté à la Section de première instance est instruit comme s’il s’agissait d’une requête. En vertu de cet article, ces matières doivent être entendues et jugées «à bref délai et selon une procédure sommaire». Exceptionnellement, le paragraphe 18.4(2) prévoit qu’une demande de contrôle judiciaire peut être

new and preferred course of procedure, however, is by way of motion and that course should not be departed from except in the clearest of circumstances.

Of interest, also, is the reminder by Reed J. that:

. . . on judicial review the role of the court is to review the decision made by the decision-maker but not to supplant that decision-making process.

and the following comments by Strayer J.:

For these reasons I am unsympathetic to the arguments of the respondents that there are difficult technical factual determinations to be made which will require pleadings and a trial and the cross-examination *viva voce* of experts and others. It is not the role of the Court in these proceedings to become an academy of science to arbitrate conflicting scientific predictions, or to act as a kind of legislative upper chamber to weigh expressions of public concern and determine which ones should be respected. Whether society would be well served by the Court performing either of these roles, which I gravely doubt, they are not the roles conferred upon it in the exercise of judicial review under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

I am therefore not going to direct that this matter be tried by way of an action. I think many of the concerns of the respondents can be met if the parties focus on the real issues.

It is, in general, only where facts of whatever nature cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2) of the Act. One should not lose sight of the clear intention of Parliament to have applications for judicial review determined whenever possible with as much speed and as little encumbrances and delays of the kind associated with trials as are possible. The "clearest of circumstances", to use the words of Muldoon J., where that subsection may be used, is where there is a need for *viva voce* evidence, either to assess demeanour and credibility of witnesses or to allow the Court to have a full grasp of the whole of the evidence whenever it feels the case cries out for the full panoply of a trial. The decision of this Court in *Bayer AG and Miles Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare and Apotex Inc.* where Mahoney J.A. to some extent commented adversely on a decision made by Rouleau J. in the same file, is a recent illustration of the reluctance of the Court to proceed by way of

instruite comme s'il s'agissait d'une action. Cependant, c'est dorénavant par voie de requête qu'il est préférable de procéder et il ne faut pas déroger à ce principe en l'absence de motifs très clairs.

Il est intéressant de se rappeler, à l'instar du juge Reed:

[. . .] [qu'] en matière de contrôle judiciaire le rôle du tribunal consiste à examiner la décision contestée, mais non à se substituer à l'instance qui l'a rendue.

Il faut aussi noter les commentaires du juge Strayer:

Pour ces motifs, je ne souscris pas à l'argument des intimés, à savoir qu'il y a des questions de fait techniques difficiles à trancher, lesquelles nécessiteront des plaidoiries et un procès ainsi que le contre-interrogatoire d'experts et d'autres personnes. En l'espèce, il n'incombe pas à la Cour de devenir une académie des sciences se prononçant sur des prévisions scientifiques contradictoires, ou d'agir en quelque sorte à titre de Haute assemblée pesant les préoccupations manifestées par le public et déterminant quelles préoccupations devraient être respectées. Indépendamment de la question de savoir si la société serait bien servie si la Cour assumait l'un ou l'autre de ces rôles, ce dont je doute sérieusement, il ne s'agit pas de rôles qui ont été confiés à la Cour dans l'exercice du contrôle judiciaire prévu par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7].

Par conséquent, je ne vais pas ordonner que cette affaire soit entendue à titre d'action. Je crois qu'il est possible de répondre à de nombreuses préoccupations des intimés si les parties mettent l'accent sur les questions véritables.

En général, c'est seulement lorsque les faits, de quelque nature qu'ils soient, ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d'un affidavit que l'on devrait envisager d'utiliser le paragraphe 18.4(2) de la Loi. Il ne faudrait pas perdre de vue l'intention clairement exprimée par le Parlement, qu'il soit statué le plus tôt possible sur les demandes de contrôle judiciaire, avec toute la célérité possible, et le moins possible d'obstacles et de retards du type de ceux qu'il est fréquent de rencontrer dans les procès. On a des «motifs très clairs» d'avoir recours à ce paragraphe, pour utiliser les mots du juge Muldoon, lorsqu'il faut obtenir une preuve de vive voix soit pour évaluer l'attitude et la crédibilité des témoins ou pour permettre à la Cour de saisir l'ensemble de la preuve lorsqu'elle considère que l'affaire requiert tout l'appareillage d'un procès tenu en bonne et due forme. L'arrêt rendu par la présente Cour dans l'affaire *Bayer AG et Miles Canada Inc. c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Apotex Inc.*, où le juge Mahoney, J.C.A. s'est montré jusqu'à un

an action rather than by way of an application.

Strayer J. in *Vancouver Island Peace Society*, and Reed J. in *Derrickson* have indicated that it is important to remember the true nature of the questions to be answered by the Court in judicial review proceedings and to consider the adequacy of affidavit evidence for answering those questions. Thus, a judge would err in accepting that a party could only introduce the evidence it wants by way of a trial if that evidence was not related to the narrow issues to be answered by the Court. The complexity of the factual issues would be, taken by itself, an irrelevant consideration if the conflicting expert affidavits on which they are based are related to the issues before the tribunal rather than issues before the Court. In the same vein, speculation that hidden evidence will come to light is not a basis for ordering a trial. A judge might be justified in holding otherwise if there were good grounds for believing that such evidence would only come to light in a trial, but the key test is whether the judge can see that affidavit evidence will be inadequate, not that trial evidence might be superior.

We do not think a better factual basis is necessary for determining Charter issues in comparison with other issues. It is true that constitutional facts are unusual in that they are often about social trends, but before a judge concludes that Charter issues require a trial, there must be some reason to believe in the inadequacy of affidavits to establish a factual basis. To proceed by way of motion is not to be equated with proceeding in a “factual vacuum”, since affidavit evidence is fully available. The proposition that Charter issues can be properly decided only following a trial flies in the face of the innumerable decisions of this Court, the Supreme Court of Canada and other courts that have been made on application or following other summary process, or by appeal from such decisions. There is absolutely no reason to grant Charter cases a special status.

The complexity of legal issues is not, in itself, a relevant consideration. These issues would be complex whether they were argued in the course of an application or in the course of an action.

Time is also not in itself a relevant consideration for transforming an application into an action. The volume of the

certain point en désaccord avec la décision rendue par le juge Rouleau dans la même affaire, est un exemple récent de l’hésitation de la Cour à instruire une affaire par voie d’action plutôt qu’au moyen d’une demande.

Le juge Strayer, dans l’arrêt *Vancouver Island Peace Society*, et le juge Reed dans l’arrêt *Derrickson*, ont mentionné qu’il est important de se rappeler la vraie nature des questions auxquelles la Cour doit répondre dans une procédure de contrôle judiciaire, et de considérer la pertinence d’utiliser la preuve déposée par affidavit pour répondre à ces questions. Par conséquent, un juge commettrait une erreur en acceptant qu’une partie puisse seulement présenter la preuve qu’elle veut au moyen d’un procès si cette preuve n’était pas liée aux questions très précises auxquelles la Cour doit répondre. La complexité, comme telle, des questions de faits ne saurait être prise en considération si les affidavits contradictoires des experts qui s’appuient sur ces faits se rapportent aux questions soumises au tribunal plutôt qu’aux questions soumises à la Cour. Par conséquent, supposer qu’on pourra mettre au jour une preuve cachée n’est pas une raison suffisante pour ordonner la tenue d’un procès. Un juge peut être justifié de statuer autrement s’il a de bonnes raisons de croire qu’une telle preuve ne pourrait être mise au jour qu’au moyen d’un procès. Mais le vrai critère que le juge doit appliquer est de se demander si la preuve présentée au moyen d’affidavits sera suffisante, et non de se demander si la preuve qui pourrait être présentée au cours d’un procès pourrait être supérieure.

Nous ne croyons pas que la qualité de la preuve requise varie selon qu’il s’agisse d’une question liée à la Charte ou à d’autres questions. Il est exact que les faits constitutionnels sont inhabituels, en ce qu’ils se rapportent souvent à des tendances sociales. Mais avant qu’un juge conclue que des questions liées à la Charte nécessitent un procès, il faut des raisons de croire que la preuve déposée au moyen d’affidavits sera insuffisante. La présentation d’une requête n’équivaut pas à procéder dans un «vide factuel», puisque la preuve par affidavit est possible. L’affirmation que les questions liées à la Charte ne peuvent être correctement tranchées qu’au moyen d’un procès bat en brèche les arrêts innombrables rendus par la présente Cour, la Cour suprême du Canada et d’autres cours à la suite d’une demande ou d’un autre moyen sommaire, ou lors de l’appel de ces décisions. Il n’y a absolument aucun motif d’accorder un traitement spécial aux litiges où la Charte est invoquée.

La complexité, comme telle, des questions de droit n’est pas un motif suffisant. Cette complexité reste la même, que ces questions soient débattues lors de l’instruction d’une demande ou d’une action.

Le temps, comme tel, n’est pas non plus un motif suffisant pour transformer une demande en action. Le volume de la

affidavit evidence to be filed, the time needed by counsel to submit their case are not related to the way the proceedings are held. We appreciate that applications have taken more and more of the time of the Trial Division and that what used to be for a judge a motions' day has become more often than not a motions' week. The system obviously needs to be adapted to these new requirements of the post-Charter era, but the solution cannot be, because it flies in the face of Parliament's will, to alleviate the burden of a motions judge by converting an application to an action.

A party's subjective reason for desiring *viva voce* evidence would also be an irrelevant consideration. A party's desire to have his day in court is not a good reason for allowing a trial.

In the case at bar, with respect, the learned Motions Judge was too much concerned with the complexity of the issues raised and the fact that there were Charter issues, and not concerned enough with what should have been the main consideration, i.e. whether the factual basis for deciding those issues could be properly generated by affidavit evidence. This is clearly a ground for intervention by this Court.

We have examined the pleadings and the records in two earlier applications in the Trial Division on which the respondent has relied in the present application. There are, indeed, complex issues and facts, but we have not been persuaded that a hearing in a summary way would prevent the parties and the Court from dealing adequately with the application for judicial review. On the contrary, it seems to us that the matters complained of by the respondent are entirely related to the procedure followed by the Board. Procedure being a matter well within the expertise of the Court, the issues are not so complex as to require production of documents, discovery, evidence with cross-examination, and the full panoply of a trial. [Footnotes omitted.]

[5] *Macinnis* represents a narrow approach to subsection 18.4(2) and expresses "the reluctance of the Court to proceed by way of an action rather than by way of an application." The case suggests a general rule that it is "only where facts of whatever nature cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2) of the Act."

preuve qui sera déposée par affidavit et le temps dont les avocats ont besoin pour présenter leur affaire n'ont pas de relation avec la façon dont l'instance est tenue. Nous sommes conscients que les demandes ont pris de plus en plus du temps de la Section de première instance, et que ce qui n'était pour un juge que le jour des requêtes est devenu plus souvent qu'autrement la semaine des requêtes. Le système a clairement besoin d'être adapté aux nouvelles exigences de l'ère post-Charte; mais la solution ne saurait être, parce que l'on battrait alors en brèche la volonté du Parlement, de diminuer le fardeau du juge des requêtes en transformant les demandes en actions.

Les motifs subjectifs qu'une partie pourrait avoir de désirer que la preuve soit présentée de vive voix ne sont pas non plus pertinents. Le désir d'une partie d'avoir son heure de gloire au prétoire n'est pas un motif pour accorder un procès.

En l'espèce, et en toute déférence, le juge des requêtes était, d'une part, trop préoccupé par la complexité des questions soulevées et par le fait qu'il y avait des questions liées à la Charte et, d'autre part, pas assez préoccupé par ce qui aurait dû être la question principale, à savoir si la preuve nécessaire pour trancher le litige pouvait être valablement produite par affidavit. Il y a là clairement matière à intervention de notre Cour.

Nous avons examiné les plaidoiries et les dossiers des deux demandes présentées antérieurement à la Section de première instance et sur lesquelles l'intimé a appuyé sa présente demande. Il y a effectivement des questions et des faits complexes, mais on ne nous a pas convaincus qu'une audience tenue de façon sommaire empêcherait les parties et la Cour d'instruire de façon appropriée la demande de contrôle judiciaire. Au contraire, il nous semble que les motifs de plainte de l'intimé sont entièrement liés à la procédure suivie par la Commission. Les questions de procédure étant très précisément de la compétence de la Cour, elles ne sont pas complexes au point de nécessiter la production de documents ou leur communication, des témoignages faits de vive voix et comportant contre-interrogatoire et, finalement, l'appareillage complet d'un procès. [Notes omises.]

[5] L'arrêt *Macinnis* représente une conception étroite du paragraphe 18.4(2) et exprime «l'hésitation de la Cour à instruire une affaire par voie d'action plutôt qu'au moyen d'une demande». L'affaire propose une règle générale selon laquelle c'est «seulement lorsque les faits, de quelque nature qu'ils soient, ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d'un affidavit que l'on devrait envisager d'utiliser le paragraphe 18.4(2) de la Loi».

[6] In *Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)* (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.), a somewhat differently constituted panel of the Federal Court of Appeal took a much more expansive approach to subsection 18.4(2). Hugessen J.A., writing for the majority, provided the following guidance [at paragraph 1]:

Chevalier, D.J., and I are of the view that a motions judge, seized of a motion to convert an application for judicial review into an action pursuant to subsection 18.4(2), does not err in giving consideration to the desirability of avoiding a multiplicity of proceedings. In the present case the motions judge was dealing with attacks upon a series of decisions, alleged to have been made in bad faith and in breach of natural justice, which were said to have caused damage to the plaintiff. She considered that in those circumstances it was “appropriate” to allow the plaintiff to proceed by way of a single action. We agree with her that this Court’s judgment in *MacInnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; 166 N.R. 57 (F.C.A.), dealt with different circumstances and should not be read as limiting a motions judge’s discretion in cases where conversion is sought on grounds other than alleged evidentiary requirements. In our view, s. 18.4(2) places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be converted into an action. The desirability of facilitating access to justice and avoiding unnecessary cost and delay is certainly one of them. [Footnote omitted.]

[7] Stone J.A., who had sat on *Macinnis*, was clearly worried by this approach because he provided a notable oral dissent, although in his reasons he does not overtly assert the narrow approach of *Macinnis*, but confines himself to the specific issue of whether the avoidance of a multiplicity of proceedings is sufficient justification for the exercise of the discretion embodied in subsection 18.4(2) [at paragraph 6]:

In my view, s. 18.4(2) of the **Federal Court Act** was not intended to allow a person who seeks relief in an application for judicial review to have the application converted to an action simply because the applicant subsequently decides to assert an action in tort for damages arising out of the same

[6] Dans l’arrêt *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1995), 179 N.R. 398 (C.A.F.), une formation quelque peu différente de la Cour d’appel fédérale a adopté une approche beaucoup plus large à l’égard du paragraphe 18.4(2). Le juge Hugessen, J.C.A., s’exprimant au nom de la majorité, a fourni les directives suivantes [[1995] A.C.F. n° 536 (QL) au paragraphe 1]:

Le juge Chevalier et moi-même sommes d’avis qu’un juge des requêtes, saisi d’une requête visant à convertir une demande de contrôle judiciaire en une action conformément au paragraphe 18.4(2), ne commet pas d’erreur lorsqu’il prend en considération le caractère souhaitable de mesures visant à prévenir une multiplicité de procédures. Dans la présente affaire, le juge des requêtes était saisi de contestations visant une série de décisions prétendument rendues de mauvaise foi et au mépris des principes de justice naturelle, décisions qui auraient, semble-t-il, causé un préjudice au demandeur. Elle a estimé que, dans ces circonstances, il était «juste» de permettre au demandeur de réunir ces procédures dans une action unique. Nous partageons l’avis du juge des requêtes selon lequel l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’espèce *MacInnis c. Canada*, [1994] 2 C.F. 464; 166 N.R. 57 (C.A.F.), porte sur des circonstances différentes et ne devrait pas être interprété comme une limite au pouvoir discrétionnaire d’un juge des requêtes dans les cas où la conversion est demandée pour des motifs autres que de prétendues contraintes de preuve. De l’avis de la Cour, le paragraphe 18.4(2) n’établit aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu’il s’agit de savoir s’il convient ou non de permettre qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action. Parmi ces facteurs, figurent certainement les commodités de l’accès à la justice et la prévention des coûts et délais inutiles. [Note omise.]

[7] Le juge Stone, J.C.A., qui avait siégé dans l’arrêt *Macinnis*, était manifestement préoccupé par cette approche parce qu’il a fourni une opinion dissidente marquante, bien que dans ses motifs il ne soutienne pas ouvertement la conception étroite de l’arrêt *Macinnis*, mais il se limite à la question précise de savoir si le fait de prévenir une multiplicité de procédures est une justification suffisante de l’exercice du pouvoir discrétionnaire incorporé dans le paragraphe 18.4(2) [au paragraphe 6]:

À mon avis, le paragraphe 18.4(2) de la **Loi sur la Cour fédérale** n’a pas pour objet de permettre à un plaideur qui recherche un redressement au moyen d’une demande de contrôle judiciaire d’obtenir la conversion de ladite demande en une action simplement parce qu’il décide par la suite

circumstances even though, as the Trial Judge found, to do so would avoid a multiplicity of proceedings. It is my perception that the purpose of the subsection does not include converting to an action in these circumstances. As I read that subsection in the context of sections 18.1-18.5 as a whole, its purpose is to better enable the Court to determine whether the particular relief claimed and available only on an application for judicial review should be granted or denied rather than to convert the application to an action simply because the applicant therein now seeks to claim damages in tort in that way. [Footnote omitted.]

[8] It may be that there is no conflict between the approach taken in *Macinnis* with the one asserted in *Drapeau* because, as Hugessen J.A. explains in *Drapeau*, “this Court’s judgment in *MacInnis [sic] v. Canada* . . . dealt with different circumstances and should not be read as limiting a motions judge’s discretion in cases where conversion is sought on grounds other than alleged evidentiary requirements.”

[9] Because the Federal Court of Appeal has deliberately drawn attention to the *Macinnis* decision in *Drapeau* and has told us how *Macinnis* should not be read, it seems to me that I am bound to follow *Drapeau* and that I must assume for purposes of this motion that “subsection 18.4(2) places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be converted into an action” and that the “desirability of facilitating access to justice and avoiding unnecessary cost and delay is certainly one of them.”

[10] This does not mean, it seems to me, that I should abandon entirely the teaching of *Macinnis* and “lose sight of the clear intention of Parliament to have applications for judicial review determined whenever possible with as much speed and as little encumbrances and delays of the kind associated with trials as are possible” (pages 470-471) but I think I must abandon an interpretation of *Macinnis* that assumes that the

d’engager une action délictuelle en dommages-intérêts fondée sur les mêmes circonstances, même si, comme l’a estimé le juge de première instance, telle conversion permettrait d’éviter une multiplicité de procédures. Je suis d’avis que le paragraphe n’envisage pas une telle conversion dans ce genre de circonstances. J’interprète ce paragraphe dans le contexte tout entier des articles 18.1 à 18.5, et, à mon avis, son objet est de rendre la Cour plus apte à déterminer si le redressement particulier demandé, et accessible uniquement au moyen d’une demande de contrôle judiciaire, devrait être accordé ou refusé, et non de permettre à la Cour de convertir la demande en une action simplement parce que l’auteur de cette demande voudrait maintenant obtenir des dommages-intérêts par voie d’action délictuelle. [Note omise.]

[8] Il est possible qu’il n’y ait pas d’incompatibilité entre la conception adoptée dans l’arrêt *Macinnis* et celle défendue dans l’arrêt *Drapeau* parce que, comme le juge Hugessen a expliqué dans l’arrêt *Drapeau*, «l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans l’espèce *MacInnis [sic] c. Canada* [. . .] porte sur des circonstances différentes et ne devrait pas être interprété comme une limite au pouvoir discrétionnaire d’un juge des requêtes dans les cas où la conversion est demandée pour des motifs autres que de prétendues contraintes de preuve».

[9] Étant donné que dans l’arrêt *Drapeau*, la Cour d’appel fédérale a délibérément attiré l’attention sur l’arrêt *Macinnis* et nous a dit de quelle façon l’arrêt *Macinnis* ne devrait pas être interprété, il me semble que je suis tenu de suivre l’arrêt *Drapeau* et que je dois tenir pour acquis aux fins de la présente requête que «le paragraphe 18.4(2) n’établit aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu’il s’agit de savoir s’il convient ou non de permettre qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action» et que «[p]armi ces facteurs, figurent certainement les commodités de l’accès à la justice et la prévention des coûts et délais inutiles».

[10] Cela ne signifie pas, il me semble, que je devrais renoncer à ce que l’arrêt *Macinnis* enseigne et «perdre de vue l’intention clairement exprimée par le Parlement, qu’il soit statué le plus tôt possible sur les demandes de contrôle judiciaire, avec toute la célérité possible, et le moins possible d’obstacles et de retards du type de ceux qu’il est fréquent de rencontrer dans les procès» (pages 470 et 471), mais je pense que je dois renoncer à une

following words mean what they appear to say: “It is, in general, only where facts of whatever nature cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2) of the Act” (page 470).

#### THE IMMIGRATION CONTEXT

[11] The Minister is, in my view, rightly concerned about the integrity of the immigration process and the approach to dealing with immigration matters now embodied in the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) and the Regulations promulgated pursuant to that Act. The Minister questions, in fact, whether paragraph 74(c) of IRPA “the judge shall dispose of the application without delay and in a summary way” precludes conversion of an immigration matter into an action and cautions that, even if it does not, a highly restrictive approach should be taken to conversion in the immigration context because, to quote the Minister, the “development of Federal Court immigration practice demonstrates Parliament’s intention to insure that matters proceed summarily thereby reducing the volume of appeals and the consequent delays in immigration enforcement.” The Minister also argues as follows:

A consistent theme in Division 8 of the IRPA is that immigration matters are to proceed summarily, without delay. Another consistent theme in the IRPA and the Federal Court IRP Rules is that inconsistencies between IRPA and the Federal Courts Act or between the IRPA and the Federal Court IRP Rules are to be resolved in favour of the IRPA.

[12] After examining the statutory and regulatory provisions cited by the Minister, and the authorities advanced in favour of the Minister’s arguments for a particular caution in the context of immigration disputes, I cannot detect any real inconsistencies between the scheme of IRPA and the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], or any evidence of Parliamentary intent that, when considering a direction under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, immigration

interprétation de l’arrêt *Macinnis* qui tient pour acquis que les mots suivants signifient ce qu’ils semblent dire: «[e]n général, c’est seulement lorsque les faits, de quelque nature qu’ils soient, ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d’un affidavit que l’on devrait envisager d’utiliser le paragraphe 18.4(2) de la Loi» (page 470).

#### LE CONTEXTE EN MATIÈRE D’IMMIGRATION

[11] Le ministre est, à mon avis, préoccupé à juste titre quant à l’intégrité du processus d’immigration et la façon de traiter les questions d’immigration maintenant incluses dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (LIPR) et le Règlement pris en vertu de cette Loi. En fait, le ministre se demande si l’alinéa 74c) de la LIPR «le juge statue à bref délai et selon la procédure sommaire» empêche de convertir une affaire d’immigration en une action et il fait une mise en garde selon laquelle, même s’il ne l’empêche pas, un point de vue extrêmement restrictif devrait être adopté à l’égard de la conversion dans le contexte de l’immigration parce que, pour citer le ministre, le [TRADUCTION] «développement de la pratique en matière d’immigration à la Cour fédérale démontre l’intention du Parlement de s’assurer que les affaires soient instruites sommairement, réduisant par conséquent le volume des appels et les délais en résultant dans l’exécution de la loi d’immigration». Le ministre prétend en outre ce qui suit:

[TRADUCTION] Un thème constant dans la section 8 de la LIPR est que les affaires d’immigration doivent être instruites sommairement et à bref délai. Un autre thème constant dans la LIPR et dans les Règles de la Cour fédérale en matière d’immigration et de protection des réfugiés est que les incohérences entre la LIPR et la Loi sur les Cours fédérales ou entre la LIPR et les Règles de la Cour fédérale en matière d’immigration et de protection des réfugiés doivent être résolues en faveur de la LIPR.

[12] Après avoir examiné les dispositions législatives et réglementaires mentionnées par le ministre, et la jurisprudence invoquée au soutien des arguments du ministre à l’égard d’une mise en garde particulière dans le contexte des litiges en matière d’immigration, je ne peux déceler aucune véritable incohérence entre le régime de la LIPR et les *Règles de la Cour fédérale* (1998) [DORS/98-106] ni aucune preuve de l’intention du Parlement démontrant que, lors de l’examen d’une

applications give rise to particular considerations that are not encompassed by the general teaching of *Drapeau* that “subsection 18.4(2) places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be converted into an action.” (paragraphe 1)

[13] I agree with the Minister that subsection “18.4(2) provides for conversion of a judicial review into an action as an exception to s. 18.4(1),” but the exception is intended to be applicable in all contexts, and any particular considerations that might arise in applying subsection 18.4(2) to immigration matters, including specific provisions of IRPA and its Regulations, can be addressed by following the general guidance provided by *Drapeau*.

[14] Also, as was candidly conceded by counsel at the hearing of this motion, the Minister has seen fit to consent to conversion to an action on other occasions, thus indicating that IRPA does not prevent an immigration judicial review application from proceeding as an action in appropriate circumstances.

#### GROUND ADVANCED

[15] The applicants rely upon various grounds to seek a direction under subsection 18.4(2) in the present case:

1. the required evidentiary record for the relief which they seek and the legal basis for that relief cannot be established and assembled for the Court through affidavit evidence;
2. there are complex legal and detailed factual issues in the applications that cannot be dealt with satisfactorily by way of judicial review and which make this a proper case for proceeding by way of an action;

ordonnance suivant le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, des demandes d’immigration donnent lieu à des considérations particulières qui ne sont pas couvertes par ce que nous enseignons de façon générale l’arrêt *Drapeau* selon lequel «le paragraphe 18.4(2) n’établit aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu’il s’agit de savoir s’il convient ou non de permettre qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action» (paragraphe 1).

[13] Je partage l’opinion du ministre selon laquelle le paragraphe [TRADUCTION] «18.4(2) prévoit la conversion d’une demande de contrôle judiciaire en une action à titre d’exception au paragraphe 18.4(1)», mais que l’exception est destinée à être applicable dans tous les contextes et que toute considération particulière qui peut être soulevée par l’application du paragraphe 18.4(2) aux affaires d’immigration, y compris des dispositions précises de la LIPR et de son Règlement, peut être traitée en suivant les directives générales de l’arrêt *Drapeau*.

[14] En outre, comme l’avocate a candidement reconnu lors de l’audition de la présente requête, le ministre a estimé qu’il était indiqué de consentir à la conversion en une action à d’autres occasions, montrant ainsi que la LIPR n’empêche pas qu’une demande de contrôle judiciaire en matière d’immigration soit instruite comme s’il s’agissait d’une action dans des circonstances appropriées.

#### LES MOTIFS INVOQUÉS

[15] Les demandeurs s’appuient sur divers motifs pour demander dans la présente affaire une ordonnance suivant le paragraphe 18.4(2), à savoir:

1. le dossier relatif à la preuve requis pour la mesure de redressement qu’ils demandent et le fondement juridique de cette mesure de redressement ne peuvent être établis et assemblés pour la Cour au moyen d’un affidavit;
2. il existe des questions de droit et de fait précis complexes dans les demandes qui ne peuvent être traitées de façon satisfaisante par un contrôle judiciaire et qui font que ces dossiers se prêtent à une instruction comme s’il s’agissait d’une action;



3. there are access to justice issues and a need to avoid unnecessary costs and a multiplicity of proceedings that require conversion to an action;

4. because the primary relief sought by the applicants is declaratory, the judicial review process does not provide appropriate procedural safeguards. Those safeguards can only be secured by proceeding as an action;

5. the applicants' intention to seek a class action certification requires conversion to an action because the class action scheme found in the *Federal Court Rules, 1998* (rules 299.1-299.42 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]) applies to actions but does not apply to judicial review applications;

6. the just, most expeditious and least expensive determination of the issues raised in the judicial review applications requires conversion to an action, joinder, consolidation and class action certification.

[16] The Minister seeks to resist conversion in the present case because it would be inconsistent with the scheme and intent of IRPA to abandon summary proceedings in favour of an action and because, in any event, the applicants cannot meet the test for conversion as established by the relevant case law.

[17] The Minister argues, in particular, that the desire to seek certification as a class, pursuant to rule 299.11 of the *Federal Court Rules, 1998*, is not a ground for conversion and that the applicants must first meet the test for conversion independently of any desire or intent to seek class certification. The Minister says that the *Federal Court Rules, 1998* "do not contemplate conversion of a judicial review into an action for the purpose of becoming a class but, the possibility of certification of a class if the test for conversion is met."

3. il existe des questions d'accès à la justice et le besoin d'éviter des coûts inutiles et une multiplicité de procédures qui nécessitent la conversion en une action;

4. étant donné que la principale mesure de redressement demandée par les demandeurs est de nature déclaratoire, le processus de contrôle judiciaire n'offre pas les mesures de protection appropriées en matière de procédure. Ces mesures de protection ne peuvent être garanties que par une instruction comme s'il s'agissait d'une action;

5. l'intention des demandeurs de présenter une demande visant à faire autoriser un recours collectif nécessite la conversion en une action parce que le régime de recours collectif prévu par les *Règles de la Cour fédérale (1998)* (règles 299.1 à 299.42 [éditées par DORS/2002-417, art. 17]) s'applique aux actions, mais non aux demandes de contrôle judiciaire;

6. la façon juste, la plus expéditive et la moins coûteuse de trancher les questions soulevées dans les demandes de contrôle judiciaire nécessite la conversion en une action, la jonction, la réunion et l'autorisation d'un recours collectif.

[16] Le ministre tente de s'opposer à la conversion dans la présente affaire parce que la renonciation aux procédures sommaires au bénéfice d'une action serait incompatible avec le régime et l'objectif de la LIPR et parce que, de toute façon, les demandeurs ne peuvent satisfaire au critère de conversion établi par la jurisprudence pertinente.

[17] Le ministre prétend, en particulier, que le désir de faire autoriser un recours collectif suivant la règle 299.11 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, n'est pas un motif de conversion et que les demandeurs doivent d'abord satisfaire au critère de conversion indépendamment de tout désir ou de toute intention de faire autoriser un recours collectif. Le ministre affirme que les *Règles de la Cour fédérale (1998)* [TRADUCTION] «n'envisagent pas une conversion d'une demande de contrôle judiciaire en une action aux fins de devenir un recours collectif, mais la possibilité de faire autoriser un recours collectif si le critère de conversion est satisfait».

[18] The Minister also says that in both IMM-577-04 and IMM-1467-04 there is already a sufficient evidentiary base to enable the Court to make a determination on the issues raised and the relief sought by way of judicial review proceedings.

[19] With reference to some of the specifics of both applications, the Minister also raises the following points for the Court's consideration:

1. in IMM-577-04 the applicant seeks a combination of declaratory relief and *mandamus*. The focus of the review is on the permanent resident card process and whether there has been undue delay in completing PR card applications. The issue is moot with respect to *mandamus* because all of the PR card applications have now been processed;

2. also in IMM-577-04, the issue of whether the provisions of IRPA that deal with residency requirements and obligations are being applied in a retroactive manner that is contrary to sections 7 and 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] raises purely legal considerations that can be determined by reference to IRPA;

3. as regards the requests for declaratory relief in relation to the processing of PR card applications and the issuance of travel documents overseas, the Minister's representatives have already, in cross-examination, provided evidence as to how the inventory of PR card cases was created, and have already admitted the errors that were made at the outset of the travel document process. There has also been cross-examination on current staffing levels and the inventory of PR card applications in Vancouver. Consequently, "there is sufficient evidence before the Court to enable the Court to provide any combination of the extraordinary remedies" if the Court in judicial review proceedings considers it as necessary to do so;

[18] Le ministre affirme en outre que tant dans le dossier IMM-577-04 que dans le dossier IMM-1467-04, il y a déjà un fondement probatoire suffisant pour permettre à la Cour de rendre une décision à l'égard des questions soulevées et de la mesure de redressement demandée par une procédure de contrôle judiciaire.

[19] À l'égard de certains des détails des deux demandes, le ministre soulève en outre les points suivants pour que la Cour les examine:

1. dans le dossier IMM-577-04, le demandeur réclame un jugement déclaratoire et un *mandamus*. Le contrôle judiciaire est centré sur le processus de délivrance de carte de résident permanent et sur la question de savoir s'il y a eu des retards déraisonnables dans le traitement des demandes de carte de RP. La question est théorique quant au *mandamus* parce que toutes les demandes de carte de RP ont maintenant été traitées;

2. de plus, dans le dossier IMM-577-04, la question de savoir si les dispositions de la LIPR qui traitent des exigences et des obligations en matière de résidence sont appliquées d'une manière rétroactive, en contravention des articles 7 et 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], soulève des considérations purement juridiques qui peuvent être tranchées suivant la LIPR;

3. à l'égard des demandes de jugement déclaratoire reliées au traitement des demandes de carte de RP et à la délivrance à l'étranger des titres de voyage, les représentants du ministre ont déjà, lors du contre-interrogatoire, témoigné à l'égard de la façon selon laquelle l'inventaire des cas se rapportant aux cartes de RP a été établi et ont déjà reconnu les erreurs commises au début du processus de délivrance des titres de voyage. Il y a eu en outre un contre-interrogatoire sur les niveaux actuels de dotation et sur l'inventaire des demandes de carte de RP à Vancouver. Par conséquent, [TRADUCTION] «la Cour dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre d'accorder une combinaison de mesures de redressement extraordinaires» si, dans une procédure de contrôle judiciaire, elle estime nécessaire de le faire;

4. the Court should proceed with the judicial review applications because a decision on the issue of retroactivity contrary to the Charter, and the appropriateness of *mandamus*, will provide the basis for a “question of law” motion pursuant to rule 220 and assist all parties to narrow the legal and factual issues for purposes of the proposed class action;

5. the Court’s determination on the judicial review applications will assist in the disposition of the extant actions in IMM-576-04 and IMM-10140-03 and/or permit the parties to move directly to settlement.

[20] In short, the Minister’s view is that the evidentiary base for a meaningful judicial review of the issues is already available; conversion is unnecessary and will only delay resolution of the matters in dispute as well as the proposed parallel class actions.

#### ANALYSIS

[21] Of the various grounds advanced by the applicants for a direction under subsection 18.4(2), I only regard the following as being material on the facts before me.

##### The Evidentiary Case

[22] Taking into account the relief that the applicants are seeking in the judicial review applications—much of it declaratory in nature (as set out in the applications and their further memoranda of argument)—there are evidentiary gaps and ambiguities in the present record that, in my view, render it inadequate for a satisfactory consideration of the grounds of complaint and the availability of the remedies sought. The fact that the legal and factual issues are complex, and that Charter and constitutional issues are involved, does not concern me and, in my view, is irrelevant. Those kinds of issues can be adequately addressed on judicial review provided there is an adequate evidentiary base on the record. However, my reading of the affidavits and cross-examinations produced to date suggests to me that essential facts cannot be satisfactorily established or weighed on the present record.

4. la Cour devrait instruire les demandes de contrôle judiciaire parce qu’une décision portant sur la question de la rétroactivité et contraire à la Charte, et sur le caractère approprié du *mandamus*, service de fondement à une requête sur un «point de droit» suivant la règle 220 et aidera les parties à préciser les questions de droit et de fait aux fins du recours collectif envisagé;

5. la décision de la Cour à l’égard des demandes de contrôle judiciaire sera utile pour trancher les actions existantes dans les dossiers IMM-576-04 et IMM-10140-03 et permettra aux parties de passer directement au règlement.

[20] En résumé, le ministre est d’avis que le fondement probatoire d’un contrôle judiciaire valable des questions existe déjà. La conversion n’est pas nécessaire et ne fera que retarder la résolution des affaires en litige de même que les recours collectifs parallèles qui ont été envisagés.

#### ANALYSE

[21] Parmi les différents motifs invoqués par les demandeurs pour obtenir une ordonnance en vertu du paragraphe 18.4(2), je ne considère que ce qui suit comme important, à partir des faits dont je dispose.

##### La preuve

[22] Compte tenu des mesures de redressement que les demandeurs tentent d’obtenir dans les demandes de contrôle judiciaire—en grande partie d’une nature déclaratoire (comme il est énoncé dans les demandes et dans leur exposé des arguments additionnel)—il y a dans le présent dossier des vides et des ambiguïtés à l’égard de la preuve qui, à mon avis, ne permettent pas un examen satisfaisant des motifs de la plainte et de la disponibilité des mesures de redressement demandées. Le fait que les questions de droit et de fait soient complexes, et qu’il existe des questions liées à la Charte et à la constitution, ne regarde pas la Cour et, à mon avis, n’est pas pertinent. Ces sortes de questions peuvent être adéquatement traitées lors d’un contrôle judiciaire dans la mesure où le dossier contient un fondement probatoire approprié. Cependant, ma compréhension des affidavits et des contre-interrogatoires fournis jusqu’à maintenant

[23] For example, at the centre of this dispute is the issue of the rights of permanent residents to enter and remain in Canada and how the humanitarian and compassionate considerations referred to in paragraph 28(2)(c) of IRPA (including the best interests of children) were applied, or not applied, in this case.

[24] The respondent takes the position that there is already sufficient evidence on the record to enable the Court to deal with this issue. By and large, however, the record suggests to me that the respondent has indicated through its representatives and affiants that much of the information on this issue is simply not available. The Minister has not indicated how many permanent residents' refusals were based upon paragraph 28(2)(c), what the reasons for those refusals were, and whether the best interests of children were taken into account. So there appears to be, on this issue, a significant gap in the evidence as to the systemic reality and conduct of the respondent's officials. As Madam Justice Snider pointed out when she considered the injunction application, the Minister is not required to undertake to produce information requested at a cross-examination in judicial review proceedings and, as the applicants pointed out in the hearing of this motion before me, the Minister was quite within her rights, in terms of the procedures for judicial review, to refuse to give undertakings or have her representatives inform themselves fully before giving evidence. In addition, the Minister has taken the position—once again, entirely correctly it seems to me—that the transcripts of the cross-examinations cannot be used in other proceedings and that the cross-examinations could not stand adjourned. The Minister's representatives have acknowledged to date that they were remiss in the handling of some aspects of the H&C factors, but as regards the specific grounds referred to in the applications, there is insufficient evidence for a meaningful determination.

me donne à penser que des faits essentiels ne peuvent être établis ou appréciés de façon satisfaisante au regard du présent dossier.

[23] Par exemple, il y a au centre du litige la question des droits d'un résident permanent d'entrer et de rester au Canada et la question de savoir comment les circonstances d'ordre humanitaire mentionnées à l'alinéa 28(2)(c) de la LIPR (y compris l'intérêt supérieur des enfants) ont été appliquées, ou ne l'ont pas été, dans la présente affaire.

[24] Le défendeur adopte la position qu'il existe déjà suffisamment de preuve au dossier pour permettre à la Cour de traiter de cette question. De façon générale, cependant, le dossier me donne à penser que le défendeur a indiqué par ses représentants et par les auteurs des affidavits déposés qu'une bonne partie des renseignements à l'égard de cette question n'est simplement pas disponible. Le ministre n'a pas indiqué de quelle façon de nombreux refus à l'égard de résidents permanents étaient fondés sur l'alinéa 28(2)(c), quelles étaient les raisons de ces refus et si l'intérêt supérieur des enfants a été pris en compte. Alors, il semble qu'il y ait, à l'égard de cette question, un vide important dans la preuve quant à la réalité et au comportement systémiques des fonctionnaires du ministre. Comme la juge Snider l'a signalé lorsqu'elle a examiné la demande d'injonction, le ministre n'est pas tenu de s'engager à fournir les renseignements demandés au cours d'un contre-interrogatoire dans une instance de contrôle judiciaire et, comme les demandeurs l'ont signalé lors de l'audition de la présente requête devant la Cour, le ministre avait tout à fait le droit, dans le cadre des procédures de contrôle judiciaire, de refuser de s'engager ou d'obliger ses représentants à se renseigner complètement avant de témoigner. De plus, le ministre a adopté la position—une fois de plus à juste titre à mon avis—que les transcriptions des contre-interrogatoires ne peuvent pas être utilisées dans d'autres instances et que les contre-interrogatoires ne pouvaient pas être ajournés. Les représentants du ministre ont reconnu jusqu'à maintenant qu'ils ont été négligents dans le traitement de certains aspects des considérations d'ordre humanitaire, mais en ce qui a trait aux motifs précis mentionnés dans les demandes, il n'existe pas suffisamment de preuve pour qu'une décision valable soit rendue.

[25] So, in my view, the record provides an inadequate picture of how the Minister handled H&C applications under paragraph 28(2)(c) of IRPA. This evidence is needed because the applicants say they qualified as permanent residents under paragraph 28(2)(c) and that they were not treated in accordance with that provision. This also affects, among other things, the section 7 Charter issues raised by the applicants.

[26] It seems to me that the Court requires evidence on this issue that can only be obtained if the matter goes forward as an action.

[27] Similar evidentiary problems arise on the record concerning the impact and status of IMM.1000 record of landing documentation issued under the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and its significance as a status document under subsection 31(3) of IRPA.

[28] The Minister concedes that there is considerable difficulty surrounding the issue of the seizure of record of landing documents and that some officers did not understand the correct procedure. Dispute exists between the parties as to whether this documentation was taken incorrectly in some instances.

[29] The Minister also says, however, that the status of IMM.1000 record of landing documentation is a matter of public record that is set out in various manuals and regulatory impacts put out by the Minister. She says that, prior to IRPA, IMM.1000 record of landing was an administrative document and a matter of policy and procedure. Post-IRPA, the status of this documentation is made clear by regulation. Hence, the Minister takes the position that the dispute over record of landing documentation is not a question of fact, and the status of such documents is merely a question of interpretation of what the Minister has said on this issue, which is a matter of public record.

[30] In any event, the Minister says that the refusal of travel documents overseas is not a matter that is properly

[25] Alors, à mon avis, le dossier fournit un portrait inadéquat de la façon selon laquelle le ministre a traité des demandes fondées sur des considérations d'ordre humanitaire suivant l'alinéa 28(2)c de la LIPR. La preuve à cet égard est nécessaire parce que les demandeurs affirment qu'ils étaient admissibles comme résidents permanents suivant l'alinéa 28(2)c et qu'ils n'ont pas été traités conformément à cette disposition. Cela a également des conséquences, entre autres, quant aux questions se rapportant à l'article 7 de la Charte soulevées par les demandeurs.

[26] Il me semble que la Cour a besoin, à l'égard de cette question, d'éléments de preuve qui ne peuvent être obtenus que si l'affaire se poursuit en tant qu'action.

[27] Le dossier soulève des problèmes de preuve similaires à l'égard des effets et du statut de la fiche d'établissement IMM 1000 délivrée suivant l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et de son importance à titre d'attestation de statut suivant le paragraphe 31(3) de la LIPR.

[28] Le ministre reconnaît qu'il y a une difficulté importante entourant la question de la saisie des fiches d'établissement et que certains agents ne comprenaient pas la procédure appropriée. Il existe entre les parties un litige quant à la question de savoir si ces documents ont été incorrectement saisis dans certains cas.

[29] Cependant, le ministre affirme également que le statut de la fiche d'établissement IMM 1000 est une question notoire qui est exposée dans divers guides et effets réglementaires fournis par le ministre. Il affirme qu'avant la mise en application de la LIPR, la fiche d'établissement IMM 1000 était un document administratif et une question de politique et procédure. Depuis la mise en application de la LIPR, le statut de ce document a été clarifié par règlement. Par conséquent, le ministre adopte la position que le litige à l'égard de la fiche d'établissement n'est pas une question de fait et que le statut d'un tel document est simplement une question d'interprétation de ce qu'il a dit sur ce sujet, ce qui est notoire.

[30] De toute façon, le ministre affirme que le refus de délivrer à l'étranger des titres de voyage n'est pas une

before the Court in these applications because such a refusal should go before the IAD, which has the jurisdiction to determine any matter of fact and law, and then by way of judicial review to this Court if the parties are not satisfied.

[31] In my view, the fact that the Minister's position on IMM.1000 record of landing documentation is stated in various public documents does not provide the Court with the means to address the grounds put forward by the applicants. For example, the applicants dispute that, before IRPA, IMM.1000 record of landing documentation was a matter of administrative convenience, so it would be dangerous for the Court to make a decision of this issue without having the public record nourished by operational and systemic evidence of how such documentation was actually handled. Additional evidence is also required on how record of landing documentation was seized and otherwise dealt with by overseas officers. The Minister concedes that there is significant confusion in this area on the present record.

[32] The applicants' position is that section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* does not bar them from coming to the Court directly with this matter because it is essentially an issue over which the IAD has no jurisdiction. They say that a right of appeal as contemplated by paragraph 72(2)(a) of IRPA is not triggered in this case. The physical confiscation of documentation by overseas officers, which the Minister concedes was improper in some instances and gives rise to extremely contentious issues as to what actually happened, does not, say the applicants, bring paragraph 72(2)(a) of IRPA and the IAD jurisdiction into play. Hence, there is nothing to prevent the applicants from approaching the Court directly in this case.

[33] In my view, the differences between the parties on even this jurisdictional issue cannot be resolved on the present record because the issue of what actually happened in relation to seized documentation, and the

question qui a été correctement déférée à la Cour dans les présentes demandes parce qu'un tel refus devrait être soumis à la SAI, qui a compétence pour trancher toute question de fait et de droit, et être ensuite renvoyé à la Cour au moyen d'une demande de contrôle judiciaire si les parties ne sont pas satisfaites.

[31] À mon avis, le fait que la position du ministre à l'égard des fiches d'établissement IMM 1000 soit énoncée dans divers documents publics ne permet pas à la Cour de traiter des motifs invoqués par les demandeurs. Par exemple, les demandeurs contestent l'affirmation selon laquelle avant la mise en application de la LIPR les fiches d'établissement IMM 1000 étaient une question de commodité administrative. Il serait donc risqué pour la Cour de rendre une décision à l'égard de cette question sans que des éléments de preuve opérationnels et systémiques quant à la façon selon laquelle de tels documents étaient traités deviennent notoires. Il est nécessaire en outre d'obtenir des éléments de preuve additionnels quant à la façon selon laquelle les fiches d'établissement ont été saisies et autrement traitées par les agents à l'étranger. Le ministre reconnaît qu'il existe dans le présent dossier une confusion importante à cet égard.

[32] La position des demandeurs est que l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* ne les empêche pas de présenter la présente affaire directement à la Cour parce qu'il s'agit essentiellement d'une question sur laquelle la SAI n'a pas compétence. Ils affirment qu'un droit d'appel tel qu'envisagé par l'alinéa 72(2)a) de la LIPR n'est pas enclenché dans la présente affaire. La confiscation physique de documents par des agents à l'étranger, que le ministre reconnaît être incorrecte dans certains cas et qui soulève des questions extrêmement litigieuses quant à ce qui s'est vraiment passé, ne fait pas, selon les demandeurs, intervenir l'alinéa 72(2)a) de la LIPR et la compétence de la SAI. Par conséquent, rien n'empêche les demandeurs de s'adresser directement à la Cour dans la présente affaire.

[33] À mon avis, les divergences entre les parties à l'égard même de cette question de compétence ne peuvent être résolues dans le présent dossier parce que la question de savoir ce qui s'est passé dans les faits à

possible waiver of appeal rights, has not been canvassed sufficiently in the evidence gathered to date, and cannot be adequately addressed under judicial review procedures.

[34] The Minister's handling of H&C issues and IMM.1000 record of landing documentation does not exhaust the points at issue between the parties, but these matters, in my view, are central to the dispute and the grounds in the applications, and I do not believe that an adequate evidentiary base exists to allow for them to be dealt with on judicial review.

The Just, Most Expeditious and Least Expensive Determination on the Merits

[35] The applicants point to the general mandate contained in rule 3 of the *Federal Court Rules, 1998* as a further basis to justify directing an action on this motion. In theory at least, *Drapeau* appears to suggest that such considerations may be germane and that the "desirability of facilitating access to justice and avoiding unnecessary costs and delay" can certainly be taken into account.

[36] However, on the facts and arguments before me, I cannot say, apart from the evidentiary issues, whether access to justice and the avoidance of delay and cost are better promoted by an action rather than judicial review. In the normal course, one would expect summary proceedings to cost less and take less time, but if evidentiary issues cannot be adequately addressed by way of judicial review, then a just determination on the merits will require directing an action.

[37] On the present motion, the considerations that have already been addressed in relation to the evidentiary issues are applicable here and no further discussion is required on costs and delay.

[38] The avoidance of a multiplicity of proceedings was a very contentious issue in *Drapeau*. On the facts of

l'égard des documents saisis et celle de la possible renonciation aux droits d'appel n'ont pas été examinées suffisamment à fond dans la preuve recueillie jusqu'à maintenant et ne peuvent pas être adéquatement traitées suivant la procédure de contrôle judiciaire.

[34] Le traitement par le ministre des questions se rapportant aux considérations d'ordre humanitaire et aux fiches d'établissement IMM 1000 n'épuise pas les points en litige entre les parties, mais ces questions, à mon avis, sont au centre du litige et des motifs invoqués dans les demandes et je ne crois pas qu'il existe un fondement probatoire permettant qu'elles soient traitées dans le contexte d'un contrôle judiciaire.

La décision juste, la plus expéditive et la moins coûteuse à l'égard du bien-fondé

[35] Les demandeurs mentionnent le mandat général prévu par la règle 3 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* comme autre fondement justifiant l'instruction d'une action à la suite de la présente requête. En théorie du moins, l'arrêt *Drapeau* semble proposer que de telles considérations puissent être pertinentes et que les «commodités de l'accès à la justice et la prévention des coûts et délais inutiles» peuvent certainement être prises en compte.

[36] Cependant, selon les faits et les prétentions qui me sont présentés, je ne peux pas dire, sauf quant aux questions se rapportant à la preuve, si l'accès à la justice et la prévention des coûts et des délais sont mieux garantis par une action que par un contrôle judiciaire. Normalement, on s'attend à ce qu'une procédure sommaire coûte moins cher et prenne moins de temps, mais si les questions se rapportant à la preuve ne peuvent être adéquatement traitées au moyen d'un contrôle judiciaire, alors une décision juste à l'égard du bien-fondé nécessitera l'instruction d'une action.

[37] Dans la présente requête, les considérations qui ont déjà été traitées à l'égard des questions se rapportant à la preuve sont applicables en l'espèce et il n'est pas nécessaire de discuter plus à fond des coûts et des délais.

[38] Le fait d'éviter une multiplicité de procédures était une question très litigieuse dans l'arrêt *Drapeau*.

that case, Stone J.A., in his oral dissent, rejected the Motions Judge's [(1995), 119 F.T.R. 146 (F.C.T.D.)] rationale of allowing conversion to a trial to "avoid a multiplicity of proceedings in view of the expressed intention of the applicant to institute an action for damages."

[39] The majority dismissed the appeal in *Drapeau* and specifically found that "a motions judge, seized of a motion to convert an application for judicial review into an action pursuant to subsection 18.4(2), does not err in giving consideration to the desirability of avoiding a multiplicity of proceedings."

[40] In the present case, of course, it has to be kept in mind that the applicants are test applicants in an application for judicial review that specifically requests an order that it "be treated and proceeded with as a proposed class action pursuant to rule 299.11 of the *Federal Court Rules, 1998*."

[41] This is also a case where, in a letter dated September 8, 2004 to the Court dealing with a case management conference requested by counsel for the applicants, counsel for the Minister has stated categorically that a "comparison of the written submissions in the judicial reviews and the Statements of Claims [*sic*] indicates that both the judicial reviews and the actions are based on similar grounds. The principal difference between the actions and the judicial reviews lies in the remedies sought."

[42] This was offered by the Minister as a rationale for proceeding with the judicial reviews, so that major issues in the actions could be predetermined in a summary fashion that would "provide all concerned with an opportunity to narrow the legal and factual issues in the proposed class actions. The Court's determination on the judicial review may even dispose of the actions and/or permit the parties to move directly to settlement."

Selon les faits de cet arrêt, le juge Stone, J.C.A., dans sa dissidence exprimée de vive voix, a rejeté le raisonnement du juge des requêtes [(1995), 119 F.T.R. 146 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] qui permettait la conversion en un procès afin d'«éviter une multiplicité de procédures, compte tenu de l'intention déclarée du requérant d'engager une action en dommages-intérêts».

[39] Dans l'arrêt *Drapeau*, la majorité a rejeté l'appel et a conclu expressément qu'«un juge des requêtes, saisi d'une requête visant à convertir une demande de contrôle judiciaire en une action conformément au paragraphe 18.4(2), ne commet pas d'erreur lorsqu'il prend en considération le caractère souhaitable de mesures visant à prévenir une multiplicité de procédures».

[40] Dans la présente affaire, évidemment, il ne faut pas oublier qu'il s'agit de demandeurs types dans une demande de contrôle judiciaire dans laquelle il est expressément demandé que celle-ci [TRADUCTION] «soit instruite comme un recours collectif envisagé en vertu de la règle 299.11 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*».

[41] Il s'agit également d'une affaire où, dans une lettre datée du 8 septembre 2004 adressée à la Cour qui traitait d'une conférence de gestion de l'instance demandée par l'avocat des demandeurs, l'avocate du défendeur a déclaré catégoriquement qu'une [TRADUCTION] «comparaison des observations écrites dans les demandes de contrôle judiciaire et les déclarations montre que les demandes de contrôle judiciaire et les actions sont fondées sur des motifs similaires. La principale différence entre les actions et les contrôles judiciaires se trouve dans les mesures de redressement demandées».

[42] Cette prétention a été présentée par le ministre pour justifier les contrôles judiciaires de façon à ce que les questions majeures dans les actions puissent être établies à l'avance d'une façon sommaire qui [TRADUCTION] «donnerait à tous les intéressés une possibilité de cerner les questions de fait et de droit dans le recours collectif envisagé. La décision de la Cour dans le contrôle judiciaire peut même trancher les actions et permettre aux parties de passer directement au règlement».



[43] Faced with the evidentiary problems inherent in the judicial review applications, however, these words from counsel for the Minister appear to me to be a highly persuasive argument for conversion to allow an opportunity to have all matters decided in a consolidated action. In my view, given the evidentiary problems of the present record, procedural efficiencies point in the direction of conversion and consolidation.

#### Class Action Certification

[44] The applications for judicial review indicate that class action certification was part of the strategy from the very beginning. Rule 299.11 of the *Federal Court Rules, 1998*, makes it clear that class action certification can only occur on these applications if they are treated and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*. The applicants' argument is that, if conversion is granted, the two reviews may be joined along with the two existing actions and, following an amendment to the pleadings and consolidation of all four actions, class certification can then be dealt with.

[45] At this stage, of course, we do not have the Minister's consent to class certification so that the Court is faced squarely with the problem of whether a manifest and continuing intention to seek class certification by the applicants should be a factor that is taken into account when exercising the Court's discretion under subsection 18.4(2).

[46] Although counsel in this motion have not drawn it to my attention, I take notice of the fact that the Rules Committee of the Federal Court of Canada circulated a discussion paper in 2000 entitled "Class Proceedings in the Federal Court of Canada" in which the Rules Committee noted that "in some types of immigration cases, claimants will often be making similar or identical arguments which could be litigated in a class proceeding," and that "issues can arise in applications that could involve substantial numbers of persons being affected in a similar manner to the applicant." The Rules Committee, therefore, came to the conclusion that its proposed class proceedings rules should "apply to both

[43] Toutefois, en présence de problèmes de preuve inhérents aux demandes de contrôle judiciaire, ces mots de l'avocate du ministre me semblent être un argument hautement persuasif pour la conversion afin de permettre que toutes les questions soient tranchées dans une action réunie. À mon avis, compte tenu des problèmes de preuve dans le présent dossier, le bon fonctionnement procédural tend à la conversion et à la réunion d'actions.

#### L'autorisation d'un recours collectif

[44] Les demandes de contrôle judiciaire montrent que l'autorisation d'un recours collectif faisait partie de la stratégie dès le début. La règle 299.11 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* établit clairement qu'une action ne peut être autorisée comme recours collectif dans ces demandes que si elles sont instruites comme une action en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La prétention des demandeurs est que si la conversion est autorisée, les deux contrôles peuvent être joints aux deux actions existantes et, à la suite d'une modification des procédures et de la réunion des quatre actions, on peut alors précéder à l'autorisation de recours collectif.

[45] À ce stade, évidemment, nous n'avons pas le consentement du ministre pour l'autorisation d'un recours collectif de sorte que la Cour fait face au problème de savoir si une intention manifeste et soutenue des demandeurs visant à faire autoriser un recours collectif devrait être un facteur pris en compte lorsque la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire suivant le paragraphe 18.4(2).

[46] Bien que les avocats dans la présente requête n'aient pas attiré mon attention sur ce fait, je remarque que le Comité des règles de la Cour fédérale du Canada a diffusé en 2000 un document de travail intitulé «Le recours collectif en Cour fédérale au Canada» dans lequel il a mentionné que «[l]a nature des causes d'immigration est telle que de nombreux demandeurs présentent souvent des arguments semblables ou identiques, qui pourraient être débattus dans le cadre d'un recours collectif» et que «les questions peuvent se poser dans des demandes pouvant viser un grand nombre de personnes qui sont touchées essentiellement de la même manière que le requérant». Le Comité des règles,

actions and applications.” See Federal Court of Canada Rules Committee, *Class Proceedings in the Federal Court of Canada: A Discussion Paper* (Ottawa: June 9, 2000), at pages 24, 28 and 29.

[47] On November 21, 2002, a class action scheme was incorporated into the *Federal Court Rules, 1998* as rules 299.1-299.42. Significantly, however, this scheme applies only to actions and not to applications. Hence the need for rule 299.11 that allows for a judicial review application in the Federal Court to come under the class action regime provided “it is to be treated and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the Act.”

[48] The rationale for rule 299.11 appears to be that the Rules Committee concluded that because judicial review applications in the Court of Appeal pursuant to section 28 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act* should not be heard as class proceedings, a rule was needed to permit applications at the trial division level to benefit from the class action scheme. Hence the introduction of rule 299.11. See “Proposed Regulations”, *Can. Gaz.* 2001.I.4400-4401.

[49] Subsection 18.4(2) of the Act does not say, of course, that conversion should be allowed where applicants wish to seek class certification and avail themselves of the benefits of rule 299.11; and rule 299.11 clearly contemplates, in my view, that a decision to proceed with an action under subsection 18.4(2) of the Act must have been made before rule 299.11 applies.

[50] However, the issue now before the Court is whether a declared and continuing intent to seek class action certification should be a factor for the Court to take into account when a motion for conversion under subsection 18.4(2) of the Act is before the Court. The applicants take the position that it is a material factor, while the Minister regards this as a highly complex issue that requires justification of conversion on other grounds

par conséquent, a tiré la conclusion que les règles envisagées à l’égard des recours collectifs devraient «s’appliquer à la fois aux actions et aux demandes». Voir le Comité des Règles de la Cour fédérale du Canada, *Le recours collectif en Cour fédérale du Canada: Document de travail*, (Ottawa: le 9 juin 2000), aux pages 24, 28 et 29.

[47] Le 21 novembre 2002, un régime de recours collectif a été incorporé aux *Règles de la Cour fédérale (1998)* par l’ajout des règles 299.1 à 299.42. Il importe, cependant de souligner que ce régime ne s’applique qu’aux actions et non aux demandes. D’où la nécessité de la règle 299.11 qui permet qu’une demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale soit visée par le régime de recours collectif pourvu, «en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi, qu’elle soit instruite comme une action».

[48] La raison de la règle 299.11 semble être que le Comité des règles a conclu qu’étant donné que les demandes de contrôle judiciaire présentées à la Cour d’appel suivant l’article 28 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales* ne devraient pas être entendues comme des recours collectifs, il était nécessaire d’avoir une disposition permettant que des demandes présentées à la Section de première instance puissent profiter du régime de recours collectif. D’où l’introduction de la règle 299.11. Voir «Règlements projetés», *Gaz. Can.* 2001.I.4400-4401.

[49] Le paragraphe 18.4(2) de la Loi ne dit pas, évidemment, que la conversion devrait être autorisée lorsque les demandeurs souhaitent faire autoriser un recours collectif et bénéficier de la règle 299.11. Celle-ci prévoit clairement, à mon avis, qu’une décision d’instruire une action suivant le paragraphe 18.4(2) de la Loi doit être rendue avant que la règle 299.11 s’applique.

[50] Cependant, la question maintenant soumise à la Cour est celle de savoir si une intention déclarée et soutenue de faire autoriser un recours collectif devrait être un facteur dont la Cour tient compte lorsqu’une requête visant une conversion suivant le paragraphe 18.4(2) de la Loi lui est présentée. Les demandeurs adoptent la position qu’il s’agit d’un facteur important alors que le ministre considère cette question comme une

before rule 299.11 can be invoked.

[51] It appears to me that in order to answer this question, the Court must fall back on *Drapeau* and its teaching that “subsection 18.4(2) places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be converted into an action.”

[52] It also seems to me that this Court has the authority to convert the applications presently before the Court into actions if it considers it appropriate to do so for the purpose of allowing the applicants to seek certification as a class action.

[53] Because it has always been the avowed intent of the applicants to seek class action certification, and because, in my view, the facts that lie behind these motions make it entirely reasonable and appropriate that they should do so (and this is not to anticipate or guess at the result of any such attempt), it seems to me that it would be tantamount to a denial of the rights of the applicants, and those they seek to represent, to deprive them of the opportunity to seek class action certification by denying them conversion under subsection 18.4(2) at this stage.

[54] I cannot grant or even consider the applicants’ prayer for class action certification as part of this motion. But if I deny them conversion, I will, in effect, be making a decision to deny them class certification because, without conversion, such certification is not available to them under the present Rules.

[55] In my view, this is a fundamental access to justice issue that *Drapeau* says is a legitimate consideration when the Court is asked to exercise its discretion under subsection 18.4(2) of the Act.

question hautement complexe qui requiert que la conversion soit fondée sur d’autres motifs avant que la règle 299.11 puisse être invoquée.

[51] Il m’apparaît que pour répondre à cette question, la Cour doit avoir recours à l’arrêt *Drapeau* et à ce qu’il enseigne à savoir que «le paragraphe 18.4(2) n’établit aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu’il s’agit de savoir s’il convient ou non de permettre qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action».

[52] Il me semble de plus que la Cour a le pouvoir de convertir en actions les demandes actuellement soumises à la Cour si elle considère qu’il est approprié de le faire aux fins de permettre aux demandeurs de faire autoriser un recours collectif.

[53] Étant donné que les demandeurs ont toujours eu l’intention avouée de faire autoriser un recours collectif et que, à mon avis, les faits qui sous-tendent ces requêtes rendent cela tout à fait raisonnable et approprié (et il ne s’agit pas de prévoir ou de deviner le résultat d’une telle tentative), il me semble que cela équivaudrait à un déni des droits des demandeurs, et de ceux qu’ils tentent de représenter, que de les priver de la possibilité de faire autoriser un recours collectif en leur refusant la conversion prévue au paragraphe 18.4(2) à ce stade.

[54] Je ne peux ni accorder ni même considérer le souhait des demandeurs de faire autoriser un recours collectif dans le cadre de la présente requête. Cependant, si je refuse de leur accorder la conversion, je rendrai en fait une décision refusant l’autorisation du recours collectif parce que, sans conversion, ils ne peuvent obtenir une telle autorisation en vertu des Règles actuelles.

[55] À mon avis, il s’agit d’une question fondamentale d’accès à la justice que l’arrêt *Drapeau* affirme être une considération valable lorsqu’on demande à la Cour d’exercer son pouvoir discrétionnaire suivant le paragraphe 18.4(2) de la Loi.

### Conclusions on Conversion

[56] On the facts before me I am prepared to allow conversion on two distinct and separate grounds. First of all, I believe that the narrow evidentiary considerations referred to in *Macinnis* are satisfied by the applicants. Once the evidentiary difficulties inherent in the present record and judicial review process are acknowledged, cost and procedural efficiencies also lend weight to the conversion argument. Secondly, on the specific facts of this case, I believe that the applicants and those they seek to represent should not be deprived of the right to seek class action certification and avail themselves of the advantage of rule 299.11 at this stage in the proceedings by the Court's refusal to exercise its discretion under subsection 18.4(2) to direct an action.

### JOINDER AND CONSOLIDATION

[57] The applicants also request that, following conversion, IMM-577-04 and IMM-1467-04 be joined and/or consolidated with the actions in IMM-10140-03 and IMM-576-04 that arise out of the same factual context.

[58] It seems to me that the case for joinder (rule 102) and consolidation (rule 105) have already been made by the Minister in the letter of September 8, 2004, from Ms. Carbonell to the Court, in which it was asserted that "both the judicial reviews and the actions are based on similar grounds." My own review of the applications and the pleadings suggests that: we have two or more persons represented by the same solicitor in which common questions of law and fact arise out of the proceedings; the relief claimed arises from substantially the same set of facts; there is sufficient commonality to warrant consolidation within the terms of rule 105 and *Sivamoorthy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 307, and that the underlying policy objectives of avoiding a multiplicity of proceedings and promoting an inexpensive and expeditious determination of proceedings would be significantly promoted by consolidation. In the present case there are common parties, common legal and factual issues, common causes of action, parallel evidence and

### Les conclusions à l'égard de la conversion

[56] Selon les faits soumis à la Cour, je suis disposé à permettre la conversion pour deux motifs distincts. Premièrement, je crois que les demandeurs ont satisfait aux considérations de preuve très précises mentionnées dans l'arrêt *Macinnis*. Une fois que les difficultés de preuve inhérentes au présent dossier et au processus de contrôle judiciaire sont reconnues, l'efficacité des coûts et de la procédure donne également du poids à l'argument de conversion. Deuxièmement, selon les faits particuliers de la présente affaire, je crois que les demandeurs et ceux qu'ils tentent de représenter ne devraient pas être privés du droit de faire autoriser un recours collectif et de bénéficier, à cette étape de l'instance, de la règle 299.11 par le refus de la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire suivant le paragraphe 18.4(2) d'ordonner l'instruction d'une action.

### LA JONCTION ET LA RÉUNION

[57] Les demandeurs demandent en outre que, à la suite de la conversion, les dossiers IMM-577-04 et IMM-1467-04 soient joints ou réunis avec les actions dans les dossiers IMM-10140-03 et IMM-576-04 qui résultent du même contexte factuel.

[58] Il me semble qu'à l'égard de la jonction (règle 102) et de la réunion (règle 105), la preuve a déjà été établie par le ministre dans la lettre datée du 8 septembre 2004, adressée à la Cour par M<sup>me</sup> Carbonell, où il est dit que [TRADUCTION] «les demandes de contrôle judiciaire et les actions sont fondées sur des motifs similaires». Mon examen personnel des demandes et des actes de procédure donne ceci: nous avons deux personnes ou plus représentées par le même avocat dans des affaires dans lesquelles des questions de droit et de fait communes résultent des instances; la mesure de redressement demandée résulte fondamentalement des mêmes faits; il y a suffisamment d'éléments communs pour justifier la réunion en vertu de la règle 105 et de la décision *Sivamoorthy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 307, la réunion favoriserait grandement les objectifs sous-jacents de la politique visant à éviter une multiplicité de procédures et à permettre que des décisions peu coûteuses et expeditives soient rendues

the likelihood that the outcome of one case will resolve the others. Nor can I see that joinder and/or consolidation would result in the minister suffering any appreciable prejudice or injustice.

[59] The Minister has indicated that, should the Court allow conversion in the present case, the Minister does not oppose consolidation provided the pleadings are amended to exclude extraordinary remedies and the plaintiffs are confined to seeking declaratory relief. The Minister appears to take the position that the inclusion of extraordinary relief in the resulting claim will give rise to insurmountable difficulties and confusion, particularly if the matter should come to appeal.

[60] This is consistent with the Minister's position, asserted in Ms. Carbonell's letter of September 8, 2004, that the "principal difference between the actions and the judicial reviews lies in the remedies sought."

[61] I cannot, however, discover any jurisprudence or principle that would rule out consolidation on the basis of the inclusion of extraordinary relief in the claim or the difficulties of dealing with extraordinary relief on appeal.

#### AMENDMENT TO PLEADINGS

[62] The final aspect of the relief that the applicants seek in this motion (in the event that conversion, joinder and consolidation are allowed) is leave to amend the pleadings in IMM-577-04, IMM-1467-04, IMM-576-04 and IMM-10140-03 into one statement of claim.

[63] In my view, leave to amend on the facts before me follows inevitably from conversion and consolidation. In accordance with rule 75, the Minister

dans les instances. Dans la présente affaire, il y a des parties communes, des questions de droit et de fait communes, des causes d'actions communes, une preuve parallèle et la probabilité que l'issue de l'une des causes résoudra les autres causes. De plus, je ne pense pas que la jonction ou la réunion causerait au ministre une injustice ou un préjudice important.

[59] Le ministre a mentionné que dans l'éventualité où la Cour permettrait la conversion dans la présente affaire, il ne s'opposera pas à la réunion dans la mesure où les procédures sont modifiées afin d'exclure les mesures de redressement extraordinaires et où les demandeurs se limitent à demander une mesure de redressement de nature déclaratoire. Le ministre semble adopter la position que le fait d'inclure une mesure de redressement extraordinaire dans la demande en résultant soulèvera des difficultés insurmontables et de la confusion, notamment si l'affaire devait être portée en appel.

[60] Cela est compatible avec la position du ministre, énoncée dans la lettre de M<sup>me</sup> Carbonell datée du 8 septembre 2004, selon laquelle [TRADUCTION] «la principale différence entre les actions et les contrôles judiciaires se trouve dans les mesures de redressement demandées».

[61] Cependant, je ne peux trouver aucune décision faisant autorité ni aucun principe qui exclurait la réunion en raison de l'inclusion d'une mesure de redressement extraordinaire dans la demande ou de difficultés de traiter d'une mesure de redressement extraordinaire en appel.

#### LA MODIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE

[62] Le dernier aspect de la mesure de redressement que les demandeurs demandent dans la présente requête (dans l'éventualité où la conversion, la jonction et la réunion sont autorisées) est l'autorisation de modifier les actes de procédure dans les dossiers IMM-577-04, IMM-1467-04, IMM-576-04 et IMM-10140-03 en une déclaration.

[63] À mon avis, l'autorisation de modifier, selon les faits qui sont soumis à la Cour, suit inévitablement la conversion et la réunion. Conformément à la règle 75, le

has not suggested any conditions that need to be imposed to protect her rights if leave to amend is granted. Consequently, I am prepared to allow the proposed amendments to reflect consolidation of the four actions following conversion of IMM-577-04 and IMM-1467-04.

#### ORDER

1. IMM-577-04 and IMM-1467-04 shall be treated and proceeded with as actions pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*.

2. IMM-577-04 and IMM-1467-04 shall be joined and consolidated with the actions in IMM-576-04 and IMM-10140-03.

3. Leave is hereby granted to the parties pursuant to rule 75 to amend the pleadings to reflect the joinder and consolidation referred to in 2 above, such amendments to be effected within 45 days of the date of this order.

4. No order is made as to costs.

ministre n'a pas suggéré de conditions qui doivent être imposées pour protéger ses droits si l'autorisation de modifier est accordée. Par conséquent, je suis disposé à autoriser les modifications proposées afin de refléter la réunion des quatre actions à la suite de la conversion des dossiers IMM-577-04 et IMM-1467-04.

#### ORDONNANCE

1. Les dossiers IMM-577-04 et IMM-1467-04 seront instruits comme des actions suivant le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

2. Les dossiers IMM-577-04 et IMM-1467-04 sont joints et réunis avec les actions dans les dossiers IMM-576-04 et IMM-10140-03.

3. Une autorisation est par la présente accordée aux parties suivant la règle 75 afin de modifier les actes de procédure pour refléter la jonction et la réunion précédemment mentionnées au paragraphe 2, de telles modifications devant être effectuées dans les 45 jours de la date de la présente ordonnance.

4. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-496-04  
A-497-04  
2005 FCA 28

A-496-04  
A-497-04  
2005 CAF 28

**TMR Energy Limited, a duly constituted legal person incorporated under the laws of Cyprus (*Appellant*) (*Applicant*)**

**TMR Energy Limited, une personne morale dûment constituée en vertu des lois de Chypre (*appelante*) (*demanderesse*)**

v.

c.

**State Property Fund of Ukraine, an organ of the State of Ukraine (*Respondent*) (*Respondent*)**

**State Property Fund of Ukraine, un organe de l'État ukrainien (*intimé*) (*défendeur*)**

and

et

**ANTK Antonov and State of Ukraine (*Respondents*) (*Intervenors*)**

**ANTK Antonov et l'État ukrainien (*intimés*) (*intervenants*)**

**INDEXED AS: TMR ENERGY LTD. v. STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: TMR ENERGY LTD. c. STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Nadon and Sexton J.J.A.—Toronto, January 10 and 11; Ottawa, January 24, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Nadon et Sexton, J.C.A.—Toronto, 10 et 11 janvier; Ottawa, 24 janvier 2005.

*Judges and Courts — Prothonotaries — Whether prothonotary has jurisdiction to grant Federal Court Rules, 1998, r. 327 application for registration, recognition and enforcement of foreign arbitral award — While prothonotaries' powers have, over time, increased, that has been in relation to pre-trial, post-judgment proceedings — Review, exposition of statutory provisions, Rules and case law on powers of prothonotary — Enforcement of foreign judgment is an "application", not mere post-judgment proceeding, and outside Prothonotary's jurisdiction — Making by non-judge of order only judge may make not merely non-compliance with Rules but going to jurisdiction — Reference to cases where Masters' decisions set aside for want of jurisdiction — Nor had Prothonotary acted under colour of authority.*

*Juges et tribunaux — Protonotaires — Un protonotaire a-t-il compétence pour faire droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 des Règles de la Cour fédérale (1998) et visant à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère? — Les attributions des protonotaires ont été élargies au fil du temps, mais cet élargissement est circonscrit aux procédures avant procès et aux procédures après jugement — Examen et exposé des dispositions législatives, des Règles et des précédents se rapportant aux attributions des protonotaires — L'exécution d'un jugement étranger est une «demande», non une simple procédure après jugement, et elle dépasse la compétence du protonotaire — Le fait qu'une personne qui n'a pas la qualité de juge rende une ordonnance que seul un juge peut rendre ne saurait être qualifié de simple inobservation des Règles; il s'agit d'un cas d'incompétence — Renvoi à des précédents où des décisions rendues par des protonotaires qui ont été annulées pour incompétence — Le protonotaire n'avait pas non plus agi sur la foi d'un présumé pouvoir.*

*Practice — Judgments and Orders — Ex parte order for enforcement of foreign arbitral award — Upon ex parte motion, moving party having duty of full, fair disclosure — Must file affidavit knowing of no impediment to enforcement — Applicant must advise Court of any facts, law favouring other side — Necessity for utmost good faith on any ex parte application as invoking procedure going against fundamental*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Ordonnance ex parte portant exécution d'une sentence arbitrale étrangère — Dans une requête ex parte, le requérant a l'obligation de faire une divulgation franche et intégrale — Il doit déposer un affidavit attestant qu'il n'a connaissance d'aucun empêchement à l'exécution du jugement étranger — Il doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont il a*

*justice principle that all sides of dispute to be heard — In instant case, non-disclosure of material fact in that description of judgment debtor such as to create confusion as to entity against which recovery sought — Court not alerted State Immunity Act might apply.*

These were consolidated appeals from two orders made by Federal Court Judge, Martineau J. The first order granted a *Federal Court Rules, 1998*, rule 399 motion, setting aside an *ex parte* order granting a rule 327 application for registration, recognition and enforcement of a foreign arbitral award on the ground that a prothonotary lacked jurisdiction to grant such an order. The Prothonotary's order was held to be a nullity, incurable under the *de facto* officer doctrine or under any rule of practice. The other order denied the appellant's request for an *ex parte* order *nunc pro tunc* (or *de bene esse*) to enforce the award based on the record as of January 15, 2003—the date of the original application. The Judge was of the view that appellant had failed to disclose to the Prothonotary certain impediments to registration and enforcement of the award.

On May 30, 2002 the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce rendered a final arbitral award in the appellant's favour against the State Property Fund of Ukraine (SPF), one of the respondents herein, in the amount of US \$40 million. Appellant then filed a registration application under rules 327 and 328. It was alleged that SPF was an organ of the State of Ukraine and its Canadian address was the Embassy of Ukraine. The Prothonotary's order, in the appellant's favour, was served on SPF. The appellant then obtained a writ of seizure and sale against "State Property Fund of Ukraine, an organ of the State of Ukraine" and wrote to a Newfoundland sheriff regarding the seizure of property used for a commercial activity. The sheriff seized "Antonov—124-100 aircraft", situated at Goose Bay Airport, Nfld, which belonged to Ukraine but was operated by Aviation Scientific Technical Complex or Antonov. When the sheriff issued a notice of sale, SPF filed a notice of objection while Antonov put in a third party claim and moved in Federal Court to set aside the seizure notice on the grounds that the property was not that of SPF, the judgment debtor, and that to allow the seizure would reintroduce the State of Ukraine as a judgment debtor, against which arbitration proceedings had been discontinued. In turn, appellant moved to dispute the notices of objection and third

*connaissance et qui favorisent l'autre partie — Dans une demande ex parte, la plus entière bonne foi doit être observée car il s'agit d'une procédure qui va à l'encontre du principe fondamental de justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues — En l'espèce, il y a eu non-divulgation d'un fait important se rapportant à la désignation du débiteur, et il en a résulté une confusion à propos de l'entité contre laquelle un redressement était demandé — La Cour n'a pas été informée de l'application possible de la Loi sur l'immunité des États.*

Il s'agissait d'appels réunis interjetés à l'encontre de deux ordonnances rendues par le juge Martineau, de la Cour fédérale. La première ordonnance faisait droit à des requêtes présentées en application de la règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* et annulait une ordonnance rendue *ex parte* qui avait fait droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 et visant à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. En effet, selon le juge Martineau, le protonotaire n'avait pas le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Le juge Martineau avait estimé que l'ordonnance du protonotaire était nulle et ne pouvait être rectifiée ou rachetée par le principe de la validité *de facto* ni selon une quelconque règle de pratique. Par une deuxième ordonnance, le juge Martineau avait rejeté la demande *ex parte* présentée par l'appelante en vue d'une ordonnance *nunc pro tunc* (ou *de bene esse*) portant exécution de la sentence sur la foi du dossier tel qu'il existait au 15 janvier 2003, date de la demande originale. Selon le juge, l'appelante n'avait pas divulgué au protonotaire certains obstacles à l'enregistrement et à l'exécution de la sentence.

Le 30 mai 2002, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm rendait une sentence arbitrale définitive chiffrée à 40 millions de dollars américains en faveur de l'appelante et à l'encontre du State Property Fund (SPF) of Ukraine, l'un des intimés dans la présente affaire. L'appelante a alors déposé une demande d'enregistrement en application des règles 327 et 328. Elle y affirmait que le SPF était un organe de l'État ukrainien, dont l'adresse au Canada était l'ambassade d'Ukraine. L'ordonnance du protonotaire, favorable à l'appelante, fut signifiée au SPF. L'appelante a alors obtenu un bref de saisie-exécution à l'encontre du «State Property Fund of Ukraine, un organe de l'État ukrainien» et a écrit à un shérif de Terre-Neuve pour le prier de saisir des biens utilisés dans le cadre d'une activité commerciale. Le shérif a saisi «l'aéronef Antonov—124-100», situé à l'aéroport de Goose Bay (Terre-Neuve), qui appartenait à l'État ukrainien, mais qui était exploité par Aviation Scientific Technical Complex (l'Antonov). Lorsque le shérif a délivré un avis de vente du bien, le SPF a déposé un avis d'opposition tandis que l'Antonov déposait un avis de mise en cause et priait la Cour fédérale d'annuler l'avis de saisie aux motifs que le bien saisi n'appartenait pas au SPF, le débiteur, et que le fait d'autoriser la saisie reviendrait à rétablir comme débiteur l'État



party claim, for a determination as to whether Ukraine is a judgment debtor and also to validate the seizure. SPF later sought an order setting aside the Prothonotary's *ex parte* order on the grounds that the Federal Court lacked jurisdiction *ratione materiae* and because Canada was an inappropriate forum. When Prothonotary Tabib granted the appellant's motion, SPF and Antonov appealed and Ukraine sought leave to intervene. Ukraine later moved under rule 399 for a declaration that Prothonotary Morneau lacked jurisdiction (1) due to *State Immunity Act*, section 3, and (2) because a prothonotary does not have power to grant relief upon an application under rules 327, 328. Martineau J. held a case management conference at which he indicated his unwillingness to entertain arguments concerning state immunity or Federal Court jurisdiction when the "new jurisdictional issue" came on for hearing.

*Held*, the appeals should be dismissed.

Dealing first with the rule 399 motions, it was suggested that SPF's motion was out of time. While the rule does not impose a time limit within which a motion may be filed, Hugessen J. stated in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, that the "public interest in the stability and finality of the judicial process . . . lend[s] weight to the case law which holds that motions of this sort must be brought with reasonable diligence". Here, 12 months had elapsed before SPF raised the issue and, in normal circumstances, such delay would be fatal. This was not, however, a normal situation; the case was still very much alive when the issue was at last raised and it was advanced the first time the case came in front of a judge. This was an important jurisdictional issue and, in all the circumstances, the Court was prepared to entertain SPF's rule 399 motion. The delay could go to costs.

The powers of prothonotaries were reviewed recently by this Court in *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government v. Canada*. It was therein recognized that prothonotaries' powers have, over time, been augmented, but mostly in respect of pre-trial and post-judgment proceedings. The Rules no longer allow them to act merely on the parties' consent. *Federal Courts Act*, subsection 12(1) provides for the appointment of

ukrainien, à l'endroit duquel il y avait eu désistement de la procédure d'arbitrage. À son tour, l'appelante a déposé un avis de requête contestant les avis d'opposition et l'avis de mise en cause, afin qu'il soit précisé si l'État ukrainien était un débiteur judiciaire et aussi pour faire valider la saisie. Le SPF a plus tard sollicité une ordonnance annulant l'ordonnance *ex parte* du protonotaire aux motifs que la Cour fédérale n'avait pas la compétence matérielle et que le Canada n'était pas l'État approprié du for. Quand la protonotaire Tabib a fait droit à la requête de l'appelante, le SPF et l'Antonov ont interjeté appel et l'État ukrainien a demandé l'autorisation d'intervenir. L'État ukrainien a ensuite demandé selon la règle 399 une ordonnance déclarant que le protonotaire Morneau n'avait pas compétence 1) en raison de l'article 3 de la *Loi sur l'immunité des États*, et 2) parce qu'un protonotaire n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance dans une demande présentée selon les règles 327 et 328. Lors d'une conférence de gestion de l'instance, le juge Martineau avait fait savoir que, à l'audition de la «nouvelle exception d'incompétence», il ne serait pas disposé à entendre des arguments portant sur l'immunité des États ou sur la compétence de la Cour fédérale.

*Arrêt*: les appels doivent être rejetés.

S'agissant d'abord des requêtes présentées en vertu de la règle 399, l'appelante a fait valoir que la requête du SPF avait été présentée en dehors des délais. La règle 399 ne fixe aucune limite de temps au dépôt d'une requête, mais le juge Hugessen avait indiqué, dans la décision *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, que «l'intérêt que possède le public dans la stabilité et la finalité du processus judiciaire [. . .] s'ajoute de façon probante à la jurisprudence qui énonce que les requêtes de cette nature doivent être déposées avec une diligence raisonnable». Ici, 12 mois s'étaient écoulés avant que le SPF ne soulève la question de la compétence. Dans des circonstances normales, un délai aussi long serait fatal. Il ne s'agissait pas cependant d'une situation normale; le dossier était encore très actif quand la question a finalement été soulevée et la question a été soulevée la toute première fois qu'un juge a été saisi de l'affaire. C'était là une importante exception d'incompétence et, en tout état de cause, la Cour était disposée à instruire la requête présentée par le SPF en vertu de la règle 399. L'argument relatif à la tardiveté pouvait être considéré à l'étape de l'adjudication des dépens.

Les attributions des protonotaires ont été examinées récemment par la Cour dans l'arrêt *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government c. Canada*. Il a été reconnu dans ce précédent que la compétence des protonotaires s'est élargie au fil du temps, mais cet élargissement est pour l'essentiel circonscrit aux procédures avant procès et aux procédures après jugement. Les Règles n'habilitent plus les protonotaires à agir sur simple

prothonotaries who are necessary for the efficient performance of “the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them”. Their general powers are set out in rule 50. They are to hear motions (subject to some 12 exceptions) as well as certain actions in which the amount claimed does not exceed \$50,000. In addition, they play a role in case management, pre-trial and dispute resolution conferences. Proceedings can be commenced only by an action, application or appeal. They cannot be launched by motion. Motions are governed by specific rules found in Part 7: rules 358-371. Rule 2 defines a motion as a request to enforce the Rules but it is clear that such “request” lacks the standing of an action, application or appeal to which a motion is most often incidental. Rule 50 does not grant prothonotaries any power with respect to the final disposition of an appeal or application; an application for the registration and enforcement of a foreign judgment is an “application” and accordingly falls outside the scope of their authority. Regardless of what the practice is—or was under the former Rules—a prothonotary does not have the jurisdiction to determine an application under rules 327-334. The Court was unable to agree that the enforcement of a foreign judgment was nothing more than a post-judgment proceeding and so within a prothonotary’s jurisdiction.

Nor could the Prothonotary’s order be saved by rule 56, which concerns non-compliance with the Rules. The appellant relied upon an English Court of Appeal case, *Harkness v. Bell’s Asbestos and Engineering, Ltd.*, in which leave of the “court” to bring an action was granted by a district registrar (similar to a prothonotary) rather than by a judge in chambers. The Court found this to have been a mere irregularity curable under a rule much like our rule 56. This Court could not agree that the making by a non-judge of an order which only a judge can make is a mere non-compliance with the Rules. Rather, it is a matter of jurisdiction. An “irregularity” could, under the *Federal Courts Rules*, be equated with “nullity” in certain circumstances. Under the Rules of the Federal Court of Canada, the concept of “non-compliance” has always been confined to matters of form as opposed to matters of jurisdiction. The entire exercise herein was essentially flawed, in both form and substance. The decision in *Harkness* could, perhaps, be explained by its highly unusual circumstances. Years had passed before the problem came to light and a new rule conferring authority upon a judge rather than a master had not come to the attention of the profession. Even if what had

consentement des parties. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit la nomination de protonotaires de la Cour fédérale «remplissant les conditions voulues pour l’exécution des travaux de celle-ci qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie de personnel». Les attributions générales des protonotaires sont définies dans la règle 50. Le protonotaire peut entendre toute requête (sous réserve de quelque 12 exceptions) ainsi que certaines actions dans lesquelles la somme demandée ne dépasse pas 50 000 \$. Il exerce aussi un rôle dans les conférences préparatoires, les conférences de gestion des instances et les conférences de règlement des litiges. Une instance ne peut être introduite qu’au moyen d’une action, d’une demande ou d’un appel. Elle ne peut être introduite par voie de requête. Les requêtes sont régies par des règles particulières qui se trouvent dans la partie 7: les règles 358 à 371. La règle 2 définit une requête comme un document par lequel une personne demande à la Cour de faire appliquer les Règles, mais il ressort clairement des Règles qu’un tel «document» n’a pas le même rang ou le même rôle que celui d’une action, d’une demande ou d’un appel et que les requêtes sont généralement accessoires aux actions, aux demandes ou aux appels. La règle 50 ne donne aux protonotaires aucun pouvoir de statuer en dernier ressort sur des demandes ou des appels; une demande d’enregistrement et d’exécution d’un jugement étranger est une «demande» et elle échappe donc aux attributions d’un protonotaire. Quelle que puisse être la pratique—ou quelle qu’elle ait pu être selon les anciennes Règles—un protonotaire n’a pas le pouvoir de statuer sur une demande présentée en vertu des règles 327 à 334. La Cour n’a pu admettre que l’exécution d’un jugement étranger équivalait à une procédure après jugement et qu’elle ressortissait de ce fait aux protonotaires.

L’ordonnance du protonotaire ne pouvait non plus être rachetée par la règle 56, qui concerne l’inobservation des Règles. L’appelante s’est fondée sur un arrêt de la Cour d’appel anglaise, *Harkness v. Bell’s Asbestos and Engineering, Ltd.* Dans cette affaire, l’autorisation du «tribunal» pour l’introduction d’une instance avait été accordée par un greffier de district (assimilable à un protonotaire) plutôt que par un juge en chambre. La Cour d’appel anglaise avait estimé qu’il s’agissait là d’une simple irrégularité qui pouvait être corrigée au moyen d’une règle très semblable à notre règle 56. La Cour d’appel fédérale n’a pu admettre que le fait pour une personne qui n’a pas statut de juge de rendre une ordonnance que seul un juge peut rendre puisse être qualifié de simple inobservation des Règles. Il s’agit plutôt d’un cas d’incompétence. Le mot «irrégularité» pourrait, selon les *Règles des Cours fédérales*, être assimilé dans certains cas à la «nullité». Selon les Règles de la Cour fédérale du Canada, la notion d’inobservation a toujours été confinée aux questions de forme par opposition aux questions de compétence. C’est l’exercice tout entier ici qui, à sa base, présentait un vice, à la fois de forme et de fond. L’arrêt *Harkness* pouvait sans doute s’expliquer par les

taken place herein could be looked upon as “non-compliance”, it would be non-compliance with the Act, not the Rules. If a prothonotary purports to exercise an authority he does not possess, he acts outside the Rules and in non-compliance with the Act. Reference could be made to a number of Canadian cases in which decisions of masters were set aside as made without jurisdiction. Rule 56 was not applicable.

Nor could the impugned decision be saved by the “*de facto* doctrine”, which imparts validity to the official acts of those who make decisions under colour of authority. There was here no colour of authority to start with. It may be that the Prothonotary acted under a mistake on the part of the person induced to assign the file to him rather than to a judge, but he did what only a judge can do. No case law supported the proposition that the *de facto* doctrine could justify the performance of judicial duties by a non-judge. Furthermore, an order enforcing the award ought not to have been granted *ex parte*.

Turning to the *nunc pro tunc* motion, Martineau J. did not err in noting that, upon an *ex parte* motion, the moving party bears a duty of full and fair disclosure of all the material facts. Under paragraph 329(1)(g) of the Rules, an applicant must file an affidavit that “having made careful and full inquiries, the applicant knows of no impediment to registration, recognition or enforcement of the foreign judgment”. That is in addition to the common law requirement of a high duty of disclosure upon an *ex parte* applicant. As was said by Sharpe J. in *United States of America v. Friedland*, such an applicant “is not entitled to present only its side of the case in the best possible light, as it would if the other side were present . . . the moving party . . . must inform the Court of any points of fact or law known to it which favour the other side”. Although that was said in the *ex parte* injunctions context, the principle was applicable herein. On any *ex parte* application, the utmost good faith must be observed because the applicant is invoking a procedure that runs counter to the fundamental principle of justice that all sides of a dispute should be heard. The appellant, TMR Energy Limited, supplied an affidavit that it knew of no impediment to registration though in fact the corporation was of the view that the judgment debtor under the award was the State of Ukraine (not SPF) and its intention was to use Canadian registration of the award against SPF in order to enforce the award, in Canada, against Ukraine. This was very much material. Where, as here, the judgment creditor

circumstances très particulières de cette affaire. Plusieurs années s'étaient écoulées avant que ne fussent découverts les vices de la procédure, et la nouvelle règle qui conférait le pouvoir à un juge plutôt qu'à un protonotaire n'était pas venue à l'attention de la profession. À supposer que l'absence de pouvoir du protonotaire puisse être considérée comme une forme d'«inobservation», il s'agirait d'une inobservation de la Loi, et non des Règles. Le protonotaire, lorsqu'il exerce un pouvoir qu'il ne possède pas, agit en dehors des Règles et se trouve en réalité à ne pas observer la Loi. Cette interprétation trouvait appui dans plusieurs précédents canadiens qui avaient cassé des décisions de protonotaires parce qu'elles avaient été rendues sans compétence. La règle 56 n'était pas applicable.

La décision contestée ne pouvait non plus être rachetée par la «doctrine de la validité *de facto*», qui confère la validité aux actes officiels de personnes qui rendent des décisions sur la foi d'un présumé pouvoir. Au reste, il n'y avait en l'espèce aucun pouvoir apparent. Le protonotaire avait peut-être agi en conséquence d'une erreur, c'est-à-dire l'erreur de quiconque avait été conduit à lui attribuer le dossier à lui plutôt qu'à un juge, mais il avait accompli un acte que seul un juge pouvait accomplir. Aucun précédent ne permettait d'affirmer que la doctrine de la validité *de facto* pouvait valider l'accomplissement de fonctions judiciaires par une personne n'ayant pas statut de juge. Par ailleurs, une ordonnance portant exécution de la sentence n'aurait pas dû être rendue *ex parte*.

S'agissant de la requête *nunc pro tunc*, le juge Martineau n'avait commis aucune erreur lorsqu'il avait précisé que, lorsqu'une requête ou demande est présentée *ex parte*, le requérant ou le demandeur a l'obligation de faire une divulgation franche et intégrale de tous les faits pertinents. Selon l'alinéa 329(1)(g) des Règles, le demandeur doit déposer un affidavit mentionnant que «le demandeur, après avoir effectué des recherches complètes et minutieuses, ne connaît aucun empêchement à l'enregistrement, à la reconnaissance ou à l'exécution du jugement étranger». Outre cette obligation, il y a la règle de common law qui astreint le demandeur, dans une demande *ex parte*, à un exercice exigeant de divulgation. Comme le disait le juge Sharpe dans la décision *United States of America v. Friedland*, un tel demandeur «ne peut se limiter à présenter uniquement sa version des faits sous le meilleur jour possible, comme ce serait le cas si l'autre partie était présente [ . . . ] La partie requérante [ . . . ] doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont elle a connaissance et qui favorisent l'autre partie». Ce principe était exposé dans le contexte d'injonctions *ex parte*, mais il était applicable ici. Dans une demande *ex parte*, la plus entière bonne foi doit être observée parce que le demandeur invoque une procédure qui va à l'encontre du principe fondamental de justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues. L'appelante, TMR Energy Limited, avait produit un affidavit où elle affirmait qu'elle n'avait connaissance d'aucun obstacle

describes the judgment debtor in such a way as to create confusion from which it plans to seek benefits, the Court has a right to know, prior to granting on *ex parte* order, that the creditor's intention is to enforce the award against an entity which is not, properly speaking, the judgment debtor under the award. TMR ought to have disclosed the impediments of which it was aware in order to alert the Court that the *State Immunity Act* might apply.

à l'enregistrement bien qu'en fait elle fût d'avis que le débiteur selon la sentence était l'État ukrainien (non le SPF) et que son intention fût d'utiliser l'enregistrement canadien de la sentence rendue contre le SPF afin de pouvoir exécuter la sentence contre l'État ukrainien au Canada. Cette information était fort importante. Lorsque, comme c'est le cas ici, le créancier selon la sentence décrit le débiteur d'une manière qui sème la confusion, une confusion dont il entend tirer parti, la Cour a le droit, avant de rendre une ordonnance *ex parte*, de savoir que l'intention du créancier est d'exécuter la sentence contre une entité qui n'est pas, à proprement parler, le débiteur désigné par la sentence. TMR aurait dû divulguer les obstacles dont elle avait connaissance afin d'avertir la Cour de l'application possible de la *Loi sur l'immunité des États*.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 336.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 12(1) (as am. *idem*, s. 20), (3), 46(1)(h) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 2002, c. 8, s. 44).  
*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, rr. 2 "action", "appeal", "application", "Court", "motion", 24, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 61, Part 4 (rr. 169-299), Part 5 (rr. 300-334), Part 6 (rr. 335-357), Part 7 (rr. 358-371), 383, 387, 399.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, (as am. by SOR/2004-283, s. 2).  
*State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, s. 3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511; [2003] E.W.J. No. 2101 (QL); *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479; (1989), 24 C.I.P.R. 202; 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (T.D.); *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339; 20 Alta. L.R. (4th) 190; 2003 ABQB 604; *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.); *Foster v. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. No. 2283 (Gen. Div.) (QL); *McGrath v. St. Phillips's (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276 (Nfld. C.A.); *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.); *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. No. 1490 (C.A.) (QL); *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997),

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 12(1) (mod., *idem*, art. 20), (3), 46(1)(h) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 2002, ch. 8, art. 44).  
*Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), ch. S-18, art. 3.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 336.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 2 «action», «appel», «Cour», «demande», «requête», 24, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 61, partie 4 (règles 169 à 299), partie 5 (règles 300 à 334), partie 6 (règles 335 à 357), partie 7 (règles 358 à 371), 383, 387, 399.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (1<sup>re</sup> inst.); *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511; [2003] E.W.J. n° 2101 (QL); *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479; (1989), 24 C.I.P.R. 202; 25 C.P.R. (3d) 116; 27 F.T.R. 186 (1<sup>re</sup> inst.); *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339; 20 Alta. L.R. (4th) 190; 2003 ABQB 604; *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.); *Foster v. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. n° 2283 (Div. gén.) (QL); *McGrath v. St. Phillips's (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276 (C.A. T.-N.); *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.); *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. n° 1490 (C.A.) (QL); *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott*

150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. C.A.).

REVERSED:

*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine* (2003), 244 F.T.R. 1; 2003 FC 1517.

CONSIDERED:

*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1999), 189 F.T.R. 111 (F.C.T.D.); *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 FCA 93; *Vaughan v. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (F.C.T.D.); *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.); *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144; 16 C.P.C. (3d) 30 (N.S.C.A.); *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.).

REFERRED TO:

*Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. No. 2149 (QL).

CONSOLIDATED APPEALS from Federal Court orders (1) setting aside a prothonotary's *ex parte* order granting an application under rule 327 of the *Federal Court Rules, 1998* in respect of a foreign arbitral award and (2) denying an *ex parte* order *nunc pro tunc* to register and enforce the award. Appeals dismissed.

APPEARANCES:

*Richard L. Desgagnés, François Fontaine, Azim Hussain and Brian R. Daley* for appellant (applicant).

*George J. Pollack and Louis-Martin O'Neill* for respondent (respondent).

*Thomas G. Heintzman, Q.C. and David E. Platts* for respondent (intervener) ANTK Antonov.

*Frank J. C. Newbould, Q.C. and Lou Kozak, Q.C.* for respondent (intervener) State of Ukraine.

*Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (C.A. T.-N.).

DÉCISION INFIRMÉE:

*TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine* (2003), 244 F.T.R. 1; 2003 CF 1517.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1999), 189 F.T.R. 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government c. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 CAF 93; *Vaughan c. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.); *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144; 16 C.P.C. (3d) 30 (C.A. N.-É.); *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.).

DÉCISION CITÉE:

*Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. n° 2149 (QL).

APPELS RÉUNIS interjetés à l'encontre d'ordonnances de la Cour fédérale 1) annulant une ordonnance rendue *ex parte* par un protonotaire qui avait fait droit à une demande présentée selon la règle 327 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* et se rapportant à une sentence arbitrale étrangère, et 2) rejetant une demande *ex parte* qui avait été présentée pour que soit rendue une ordonnance *nunc pro tunc* portant enregistrement et exécution de la sentence. Appels rejetés.

ONT COMPARU:

*Richard L. Desgagnés, François Fontaine, Azim Hussain et Brian R. Daley* pour l'appelante (demanderesse).

*George J. Pollack et Louis-Martin O'Neill* pour l'intimé (défendeur).

*Thomas G. Heintzman, c.r. et David E. Platts* pour l'intimé (intervenant), ANTK Antonov.

*Frank J. C. Newbould, c.r. et Lou Kozak, c.r.* pour l'intimé (intervenant), l'État ukrainien.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ogilvy Renault*, Montréal, for appellant (applicant).  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Montréal, for respondent (respondent).  
*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto and Montréal, for respondent (intervener) ANTK Antonov.  
*Borden Ladner Gervais LLP*, Toronto, for respondent (intervener) State of Ukraine.

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

[1] DÉCARY J.A.: In an order dated September 22, 2004, Martineau J. granted the respondents' motions under rule 399 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] and set aside an order made *ex parte* by Prothonotary Morneau. He found that the Prothonotary did not have jurisdiction to grant an application brought under rule 327 of the *Federal Court Rules, 1998* for registration, recognition and enforcement of a foreign arbitral award. He went on to conclude that the Prothonotary's order was a nullity, that "such a fundamental jurisdictional error cannot be saved or cured under the *de facto* officer doctrine, Rule 56, Rule 399, or for any reason invoked by TMR", and "that all proceedings occurring subsequent to and in furtherance of said order" were "null and void and of no force and effect."

[2] In a parallel order dated the same day, Martineau J. denied the request made by the appellant TMR Energy Limited (TMR) for an *ex parte* order *nunc pro tunc* (or *de bene esse*) registering, recognizing, and enforcing the award on the basis of the record as it then was at the time the original application was made to the Court, that is on January 15, 2003. The Judge was of the view that TMR had not fully disclosed to the Prothonotary the impediments to the registration, recognition and enforcement of the award. His order was made "without prejudice to TMR's right to re-present its original application or present a fresh application. . . , provided that the notice of application be served on the judgment

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ogilvy Renault*, Montréal, pour l'appelante (demanderesse).  
*Davies Ward Phillips & Vineberg, s.r.l.*, Montréal, pour l'intimé (défendeur).  
*McCarthy Tétrault, s.r.l.*, Toronto, et Montréal, pour l'intimé (intervenant), ANTK Antonov.  
*Borden Ladner Gervais, s.r.l.*, Toronto, pour l'intimé (intervenant), l'État ukrainien.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Par une ordonnance datée du 22 septembre 2004, le juge Martineau faisait droit aux requêtes présentées par les intimés en application de la règle 399 des Règles [Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106] et annulait une ordonnance rendue *ex parte* par le protonotaire Morneau. Selon lui, le protonotaire n'avait pas compétence pour faire droit à une demande présentée en vertu de la règle 327 des Règles de la Cour fédérale (1998) visant à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Puis le juge Martineau concluait que l'ordonnance du protonotaire était nulle, qu'[TRADUCTION] «une erreur de compétence aussi fondamentale ne peut être rectifiée ou rachetée par le principe de la validité *de facto*, ni par la règle 56 ou la règle 399, ni pour une raison quelconque invoquée par TMR» et que «toutes les procédures ayant suivi ou complété ladite ordonnance» étaient «nulles et de nul effet».

[2] Dans une ordonnance parallèle portant la même date, le juge Martineau rejetait la demande présentée par l'appelante, TMR Energy Limited (TMR), en vue d'une ordonnance *nunc pro tunc* (ou *de bene esse*) *ex parte* qui enregistrerait, reconnaîtrait et exécuterait la sentence sur la foi du dossier tel qu'il était alors au moment de la présentation de la demande originale à la Cour, c'est-à-dire le 15 janvier 2003. Le juge était d'avis que TMR n'avait pas pleinement révélé au protonotaire les obstacles à l'enregistrement, à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence. Il a rendu son ordonnance [TRADUCTION] «sans préjudice du droit de TMR de présenter de nouveau sa demande originale ou de

debtor in the manner specified in section 9 of the *State Immunity Act*.”

[3] TMR appealed the two orders in files A-496-04 (the second order) and A-497-94 (the first order). The appeals were consolidated and heard together. The reasons that follow will dispose of both appeals, the original being filed in A-496-04, copy in A-497-04.

#### The facts

[4] A brief recital of the relevant facts and proceedings is warranted at this stage.

[5] On May 30, 2002, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the Institute) renders a final arbitral award (the award) in favour of TMR against the respondent the State Property Fund of Ukraine (SPF). The award is for a total sum of some US\$40 million.

[6] It appears from the record (A.B., Vol. 1, pages 42 and 128) that TMR had also joined the State of Ukraine as a respondent separate entity in the same proceeding before the Institute, but had eventually discontinued that proceeding without prejudice.

[7] On January 15, 2003, TMR files *ex parte*, in Montréal, a “Notice of Application for Registration of Foreign Arbitral Award” under rules 327 and 328 of the *Federal Court Rules, 1998* (as they were then referred to), the award being that “granted against the State Property Fund of Ukraine.” The notice of application names as respondent “State Property Fund of Ukraine,” whom it describes in the style of cause as “an organ of the State of Ukraine” (A.B., Vol. 1, page 29).

[8] In the material filed in support of the notice of application, TMR alleges that SPF is “an organ of the State of Ukraine” (A.B., Vol. 1, page 35) whose Canadian address is believed to be the Embassy of Ukraine, in Canada. A French and a Swedish lawyer

présenter une nouvelle demande [. . .], à condition que l’avis de demande soit signifié, de la manière prévue par l’article 9 de la *Loi sur l’immunité des États*, au débiteur judiciaire».

[3] TMR a fait appel des deux ordonnances, n° du greffe A-496-04 (pour la deuxième ordonnance) et n° du greffe A-497-94 (pour la première ordonnance). Les appels ont été réunis pour être jugés ensemble. Les motifs qui suivent régleront les deux appels: l’original sera déposé dans le dossier A-496-04, et une copie dans le dossier A-497-04.

#### Les faits

[4] Un bref rappel des faits et des procédures est requis à ce stade-ci.

[5] Le 30 mai 2002, l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (l’Institut) rendait une sentence arbitrale définitive (la sentence) en faveur de TMR, à l’encontre de l’intimé, le State Property Fund of Ukraine (le SPF). La sentence accorde une somme totale d’environ 40 millions de dollars américains.

[6] Il appert du dossier (D.A., vol. 1, pages 42 et 128) que TMR avait désigné également l’État ukrainien comme intimé distinct, dans la même procédure introduite devant l’Institut, mais qu’elle s’était finalement, sous toutes réserves, désistée de cette procédure.

[7] Le 15 janvier 2003, TMR déposait, *ex parte*, à Montréal, «un avis de demande d’enregistrement d’une sentence arbitrale étrangère», en application des règles 327 et 328 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* (leur désignation à l’époque), la sentence étant celle [TRADUCTION] «qui avait été rendue à l’encontre du State Property Fund of Ukraine». L’avis de demande désignait comme défendeur le «State Property Fund of Ukraine», qu’il décrit dans l’intitulé comme [TRADUCTION] «un organe de l’État ukrainien» (D.A., vol. 1, page 29).

[8] Dans les pièces produites au soutien de l’avis de demande, TMR disait que le SPF est [TRADUCTION] «un organe de l’État ukrainien» (D.A., vol. 1, page 35), dont l’adresse au Canada serait l’ambassade d’Ukraine au Canada. Un avocat français et un avocat suédois

state in their respective affidavits that they “know of no impediment to the registration, recognition or enforcement of the Final Arbitral Award” (A.B., Vol. 1, pages 131, 295). A Canadian lawyer makes the same statement in an affidavit, but only on the basis of the two affidavits referred to above (A.B., Vol. 1, page 37). Two letters emanating from TMR and addressed to SPF, dated respectively June 14, 2002 and July 1, 2002, are also filed, in which TMR puts SPF on notice that (A.B., Vol. 1, pages 288, 290):

In the event we do not receive payment in the above indicated time frame, we would be left with no choice but to instruct our attorneys to take all appropriate measures in Ukraine and in all jurisdictions where the State of Ukraine has assets in order to obtain compulsory enforcement of the Final Award . . . .

...

Before we commence enforcement proceedings in various jurisdictions on the assets of the State of Ukraine to satisfy the Final Award . . . .

[9] The application is referred by the Registry to a prothonotary. On January 17, 2003, Prothonotary Morneau, after hearing from counsel for TMR, grants the *ex parte* application in the following terms:

HAVING READ the Applicant’s *ex parte* Notice of Application for Registration, Recognition, and Enforcement of Foreign Arbitral Award under Rules 327 and 328 of the *Federal Court Rules, 1998*, and the material in support thereof and having heard representations by counsel for the Applicant, it is ordered that:

1. The Final Arbitral Award granted against the State Property Fund of Ukraine by the arbitral tribunal constituted pursuant to the rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, on 30 May 2002, is hereby registered, recognized and shall be enforceable as any other judgment of this Court. However, unless the Court orders otherwise, execution shall not be issued for 60 days following service of this Order;
2. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$56,363,127.57 CDN, being the equivalent of \$36,711,475.00 USD, in damages;

affirmaient, dans leurs affidavits respectifs, qu’ils [TRADUCTION] «n’avaient connaissance d’aucun obstacle à l’enregistrement, à la reconnaissance ou à l’exécution de la sentence arbitrale définitive» (D.A., vol. 1, pages 131 et 295). Un avocat canadien affirmait la même chose dans un affidavit, mais uniquement sur la foi des deux affidavits susmentionnés (D.A., vol. 1, page 37). Deux lettres provenant de TMR et adressées au SPF, datées respectivement du 14 juin 2002 et du 1<sup>er</sup> juillet 2002, étaient également produites, dans lesquelles TMR informait le SPF de ce qui suit (D.A., vol. 1, pages 288 et 290):

[TRADUCTION] Si nous ne recevons pas le paiement dans le délai susmentionné, nous n’aurons d’autre choix que de demander à nos avocats de prendre, en Ukraine et dans tous les pays où l’État ukrainien détient des actifs, toutes les mesures qui permettraient d’obtenir l’exécution obligatoire de la sentence définitive [ . . . ]

[ . . . ]

Avant que nous n’introduisions, dans divers pays, des procédures d’exécution à l’encontre des actifs de l’État ukrainien afin de faire exécuter la sentence définitive [ . . . ]

[9] La demande est soumise par le greffe à un protonotaire. Le 17 janvier 2003, le protonotaire Morneau, après avoir entendu les avocats de TMR, accordait la demande *ex parte*, selon les termes suivants:

[TRADUCTION]

APRÈS LECTURE de l’avis de demande *ex parte* produit par la demanderesse en vue de l’enregistrement, de la reconnaissance et de l’exécution de la sentence arbitrale étrangère, en application des règles 327 et 328 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, et lecture des pièces à l’appui de tel avis de demande, et après avoir entendu les observations des avocats de la demanderesse, il est ordonné ce qui suit:

1. La sentence arbitrale définitive rendue à l’encontre du State Property Fund of Ukraine par le tribunal arbitral établi conformément aux règles de l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm le 30 mai 2002 est enregistree et reconnue et sera exécutoire comme tout autre jugement de la Cour. Toutefois, sauf ordonnance contraire de la Cour, l’exécution ne pourra se faire que 60 jours après signification de la présente ordonnance;
2. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, à titre de dommages-intérêts, la somme de 56 363 127,57 \$CAN, soit l’équivalent de 36 711 475,00 \$US;



- |  |   |
|--|---|
| <p>3. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$3,963,170.35 CDN, being the equivalent of \$2,546,533.67 USD, in interest accruing until 31 December 2002;</p> <p>4. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$1,535,300 CDN, being the equivalent of \$1,000,000 USD, as the Applicant's arbitration costs;</p> <p>5. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$397,773.40 CDN, being the equivalent of €277,426, as the Arbitrators' fees and expenses;</p> <p>6. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$775.50 CDN, being the equivalent of 5,000 Swedish Kroner, as the Arbitrators' fees and expenses;</p> <p>7. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant the sum of \$551.17 CDN, being the equivalent of \$359 USD, as the Arbitrators' fees and expenses;</p> <p>8. The State Property Fund of Ukraine must pay to the Applicant, as per the terms of the Final Arbitral Award, interest at a rate equivalent to the one-month LIBOR rate plus 5% on the sum of \$30,545,045 USD, from 1 January 2003 up to payment;</p> <p>9. The grand total amounts to \$62,260,697.99 CDN plus the interest calculated under para. 8;</p> | <p>3. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des intérêts courus jusqu'au 31 décembre 2002, la somme de 3 963 170,35 \$CAN, soit l'équivalent de 2 546 533,67 \$US;</p> <p>4. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des frais d'arbitrage de la demanderesse, la somme de 1 535 300 \$CAN, soit l'équivalent de 1 000 000 \$US;</p> <p>5. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des honoraires et frais des arbitres, la somme de 397 773,40 \$CAN, soit l'équivalent de 277 426 €;</p> <p>6. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des honoraires et frais des arbitres, la somme de 775,50 \$CAN, soit l'équivalent de 5 000 KR S;</p> <p>7. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, au titre des honoraires et frais des arbitres, la somme de 551,17 \$CAN, soit l'équivalent de 359 \$US;</p> <p>8. Le State Property Fund of Ukraine devra payer à la demanderesse, en vertu des conditions de la sentence arbitrale définitive, des intérêts selon un taux correspondant au taux LIBOR à un mois, plus cinq points de pourcentage, sur la somme de 30 545 045 \$US, et cela à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2003 jusqu'à paiement;</p> <p>9. Le grand total se chiffre à 62 260 697,99 \$CAN, plus les intérêts calculés comme le prévoit le paragraphe 8;</p> |
|--|---|

With costs and post-registration interest on the sum of \$11,401,720.05 CDN at the rate set out in the *Interest Act*, s. 3 (5%), against the State Property Fund of Ukraine.

Avec les dépens et les intérêts postérieurs à l'enregistrement, sur la somme de 11 401 720,05 \$CAN, selon le taux indiqué dans l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* (5 %), à l'encontre du State Property Fund of Ukraine.

[10] The Prothonotary's order, as required therein, is served on SPF on March 4, 2003. Even though not so required, TMR attempts, on January 22, 2003, to serve the order on the State of Ukraine through the offices of the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade. TMR is, however, advised by the Department on July 2, 2004 that the State of Ukraine had refused, some time in February 2003, to be served with the order (A.B., Vol. 2, page 420):

[10] L'ordonnance du protonotaire, ainsi qu'elle le prévoyait, fut signifiée au SPF le 4 mars 2003. Bien qu'elle n'y fût pas tenue, TMR a tenté le 22 janvier 2003 de signifier l'ordonnance à l'État ukrainien, par l'entremise des bureaux du ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce international. TMR fut cependant informée par le ministère le 2 juillet 2004 que l'État ukrainien avait refusé, au cours du mois de février 2003, de recevoir signification de l'ordonnance (D.A., vol. 2, page 420):

As explained to you earlier, since the Order was not an originating document (s. 9) nor an order arising from an originating document served under the "State Immunity Act"

[TRADUCTION] Comme nous vous l'avons expliqué plus tôt, puisque l'ordonnance n'était pas un acte introductif d'instance (article 9) ni une ordonnance découlant d'un acte introductif

(s. 10) it could not be served in accordance with the method set out in the “State Immunity Act.”

d’instance signifié en vertu de la Loi sur l’immunité des États (article 10), elle n’a pu être signifiée en conformité avec la méthode indiquée dans la Loi sur l’immunité des États.

[11] SPF does not appeal the Prothonotary’s order.

[11] Le SPF n’a pas fait appel de l’ordonnance du protonotaire.

[12] On June 11, 2003, TMR makes a request for a writ of seizure and sale directed to the sheriff of any county of any province in Canada and/or to the bailiff of the province of Quebec. According to the summary of the recorded entries, the request was made “to seize the State of Ukraine further to the registration of the Foreign Arbitral Award” but a draft was prepared by Prothonotary Morneau with respect to the “Respondent ‘State Property Fund of Ukraine, an organ of the State of Ukraine’ *tel qu’indiqué sur le projet de Bref ci-joint*” (Supp. A.B., Tab 3, pages 121, 122).

[12] Le 11 juin 2003, TMR demandait au shérif de tout comté de toute province du Canada et/ou à l’huissier de la province de Québec de délivrer un bref de saisie-exécution. D’après le sommaire des écritures consignées, demande était faite au shérif et à l’huissier [TRADUCTION] «de procéder à une saisie-exécution contre l’État ukrainien, à la suite de l’enregistrement de la sentence arbitrale étrangère», mais un projet fut préparé par le protonotaire Morneau, qui concernait [TRADUCTION] «l’intimé, “le State Property Fund of Ukraine, un organe de l’État ukrainien”, tel que l’indique le projet de bref ci-joint» (D.A. suppl., onglet 3, pages 121 et 122).

[13] On June 11, 2003, a writ of seizure and sale is issued by the Registry in Montréal with respect to the property of the respondent, the respondent being referred to in the style of cause as “State Property Fund of Ukraine, an organ of the STATE of UKRAINE” (Supp. A.B., Tab 4, page 71).

[13] Le 11 juin 2003, un bref de saisie-exécution était délivré par le greffe à Montréal, à l’encontre des biens de l’intimé, celui-ci étant appelé dans l’intitulé le [TRADUCTION] «State Property Fund of Ukraine, un organe de l’ÉTAT UKRAINIEN» (D.A., suppl., onglet 4, page 71).

[14] On June 27, 2003, counsel for TMR sends the following letter to a sheriff in St. John’s, Newfoundland (Supp. A.B., Tab 5, page 78):

[14] Le 27 juin 2003, l’avocat de TMR envoyait la lettre suivante au shérif de St. John’s (Terre-Neuve) (D.A. suppl., onglet 5, page 78):

As per our telephone conversation of this morning please find herewith original Order from the Federal Court of Canada.

[TRADUCTION] Suite à notre conversation téléphonique de ce matin, veuillez trouver ci-joint l’ordonnance originale de la Cour fédérale du Canada.

I confirm to you that the Respondent was served on March 4th, 2003 with an official translation in Ukrainian of the said Court Order and that, since then, the Respondent is aware of the proceedings instituted in Canada and of the fact that the above-referred Order is now executable on any of its property.

Je vous confirme qu’une traduction officielle en ukrainien de ladite ordonnance a été signifiée au défendeur le 4 mars 2003 et que, depuis lors, le défendeur a connaissance des procédures introduites au Canada et du fait que l’ordonnance susmentionnée est maintenant exécutoire contre l’un quelconque de ses biens.

I also confirm to you that based on information available the property to be seized is “*property used or intended for a commercial activity*” as per the meaning of section 12(1)(b) of the *State Immunity Act* and that therefore it is not immuned from attachment and execution as per section 12 of the *Act*.

Je vous confirme aussi que, compte tenu des renseignements disponibles, les biens qui seront saisis sont «des biens utilisés ou destinés à être utilisés dans le cadre d’une activité commerciale», au sens de l’alinéa 12(1)b) de la *Loi sur l’immunité des États*, et que par conséquent ils ne sont pas insaisissables au sens de l’article 12 de la Loi.

[15] On June 27, 2003, the sheriff issues the following notice of seizure (Supp. A.B., Tab 6, page 68):

To: STATE PROPERTY FUND OF UKRAINE AN  
ORGAN OF THE STATE OF UKRAINE

KUTUZOVA ST. 18/9 KIEV, 252133, UKRAINE

[15] Le 27 juin 2003, le shérif délivrait l'avis de saisie suivant (D.A. suppl., onglet 6, page 68):

[TRADUCTION]

DESTINATAIRE: LE STATE PROPERTY FUND OF  
UKRAINE, UN ORGANE DE L'ÉTAT  
UKRAINIEN

KUTUZOVA ST. 18/9 KIEV, 252133,  
UKRAINE

In the action of: T-60-03 Registration Number: 2003003306

Creditors

TMR ENERGY LIMITED / OGILVY RENAULT

Debtors

STATE PROPERTY FUND  
OF UKRAINE /

AN ORGAN OF THE STATE OF UKRAINE

N° du greffe: T-60-03 N° d'enregistrement: 2003003306

Créanciers

TMR ENERGY LIMITED / OGILVY RENAULT

Débiteurs

LE STATE PROPERTY FUND  
OF UKRAINE, /

UN ORGANE DE L'ÉTAT UKRAINIEN

TAKE NOTICE THAT TO SATISFY THE CLAIM(S)  
AGAINST YOU AS DETAILED ON THE ACCOMPANYING  
ENFORCEMENT DEBT REPORT, WE HAVE BEEN  
INSTRUCTED BY TMR ENERGY LIMITED TO  
SEIZE THE FOLLOWING:

Description: "Antonov -124-100 Aircraft" Serial No.  
19530501005

Location: Goose Bay Airport, NL

Other Details: Property of the State of Ukraine

The aircraft seized on June 28, 2003 is owned by the  
State of Ukraine, but is operated by Aviation Scientific  
Technical Complex name OP (ANTK) Antonov  
(Antonov).

[16] On July 4, 2003, the sheriff issues a notice of sale  
of property. The sale is to be made on August 18, 2003  
(Supp. A.B., Tab 6, page 69).

[17] As a result of a notice of objection filed by SPF  
and of a notice of third party claim filed by Antonov on  
July 11, 2003, the sheriff, on July 17, 2003, finds both  
notices "to be effective" and informs the "Creditor" that  
it "may apply to a court of competent jurisdiction to  
dispute an objection or a claim within 15 days" failing  
which "the property shall be released from seizure"

SACHEZ QUE, POUR SATISFAIRE AUX  
RÉCLAMATIONS DONT VOUS ÊTES L'OBJET ET QUI  
SONT DÉTAILLÉES DANS LE RAPPORT CI-JOINT DE  
RECouvreMENT D'UNE CRÉANCE, TMR ENERGY  
LIMITED NOUS A DEMANDÉ DE SAISIR LES BIENS  
SUIVANTS:

Désignation: «L'aéronef Antonov -124-100», n° de série  
19530501005

Endroit: Aéroport de Goose Bay (Terre-Neuve)

Autres détails: Propriété de l'État ukrainien

L'aéronef saisi le 28 juin 2003 appartient à l'État  
ukrainien, mais il est exploité par Aviation Scientific  
Technical Complex name OP (ANTK) Antonov (ci-après  
l'Antonov).

[16] Le 4 juillet 2003, le shérif délivrait un avis de  
vente du bien. La vente devait avoir lieu le 18 août 2003  
(D.A. suppl., onglet 6, page 69).

[17] À la suite d'un avis d'opposition déposé par le  
SPF, et d'un avis de mise en cause déposé par l'Antonov  
le 11 juillet 2003, le shérif a estimé le 17 juillet 2003 que  
les deux avis [TRADUCTION] «étaient valides», et il a  
informé le «créancier» qu'il [TRADUCTION] «pouvait  
s'adresser à un tribunal compétent pour contester une  
opposition ou une réclamation dans un délai de 15

(Supp. A.B., Tab 7, pages 103-109).

[18] On July 18, 2003, Antonov serves a notice of motion in the Federal Court for an order setting aside the notice of seizure on the grounds, essentially, that the property seized was not the property of the judgment debtor SPF, that to permit the seizure would be to reintroduce the State of Ukraine, against which arbitration proceedings had been discontinued, as a judgment debtor and that neither the State of Ukraine nor Antonov was served with the Prothonotary's order dated January 17, 2003 (Supp. A.B., Tab 9).

[19] On August 1, 2003, pursuant to the sheriff's notice, TMR serves a notice of motion in the Federal Court to dispute the notice of objection and the notice of third party claim. The motion also seeks to determine whether the State of Ukraine is a judgment debtor and to validate the seizure of the aircraft (Supp. A.B., Tab 10).

[20] On August 8, 2003, SPF serves a notice of motion for an order setting aside the *ex parte* order of Prothonotary Morneau issued on January 17, 2003 on the grounds, *inter alia*, that the award was not yet enforceable, that the Federal Court had no jurisdiction *ratione materiae* and that Canada was not the appropriate forum (Supp. A.B., Tab 11).

[21] The motion served by TMR on August 1, 2003 is heard by Prothonotary Tabib in August and September 2003. Both SPF and Antonov appear at the hearing, the latter as an intervener.

[22] On December 23, 2003 [(2003), 244 F.T.R. 1], Prothonotary Tabib grants TMR's motion, finds that the State of Ukraine is the judgment debtor under the award and validates the seizure of the aircraft.

[23] On January 15 and 16, 2004, SPF and Antonov file an appeal from the order of Prothonotary Tabib. On January 19, 2004, the State of Ukraine seeks leave to intervene in the appeal. Motions for directions filed by SPF and the State of Ukraine are heard by the case management Judge, Martineau J., on February 19, 2004.

jours», à défaut de quoi [TRADUCTION] «la mainlevée de la saisie du bien sera accordée» (D.A. suppl., onglet 7, pages 103 à 109).

[18] Le 18 juillet 2003, l'Antonov signifiait à la Cour fédérale un avis de requête pour que soit rendue une ordonnance annulant l'avis de saisie, au motif, essentiellement, que le bien saisi n'appartenait pas au débiteur, le SPF, que le fait d'autoriser la saisie reviendrait à rétablir comme débiteur l'État ukrainien, à l'endroit duquel il y avait eu désistement de la procédure d'arbitrage, et que ni l'État ukrainien ni l'Antonov n'avaient reçu notification de l'ordonnance du protonotaire datée du 17 janvier 2003 (D.A. suppl., onglet 9).

[19] Le 1<sup>er</sup> août 2003, conformément à l'avis du shérif, TMR signifiait à la Cour fédérale, un avis de requête contestant l'avis d'opposition et l'avis de mise en cause. La requête visait aussi à préciser si l'État ukrainien était un débiteur judiciaire et à valider la saisie de l'aéronef (D.A. suppl., onglet 10).

[20] Le 8 août 2003, le SPF signifiait un avis de requête pour que soit rendue une ordonnance annulant l'ordonnance *ex parte* du protonotaire Morneau rendue le 17 janvier 2003, et cela notamment pour les raisons suivantes: la sentence n'était pas encore exécutoire, la Cour fédérale n'avait pas la compétence matérielle et le Canada n'était pas l'État approprié du for (D.A. suppl., onglet 11).

[21] La requête signifiée par TMR le 1<sup>er</sup> août 2003 a été instruite par la protonotaire Tabib en août et septembre 2003. Le SPF et l'Antonov ont tous deux comparu à l'audience, l'Antonov en tant qu'intervenant.

[22] Le 23 décembre 2003 [(2003), 244 F.T.R. 1], la protonotaire Tabib faisait droit à la requête de TMR, jugeait que l'État ukrainien était le débiteur de par la sentence et validait la saisie de l'aéronef.

[23] Les 15 et 16 janvier 2004, le SPF et l'Antonov faisaient appel de l'ordonnance de la protonotaire Tabib. Le 19 janvier 2004, l'État ukrainien demandait l'autorisation d'intervenir dans l'appel. Des requêtes présentées par le SPF et par l'État ukrainien en vue d'obtenir des directives furent instruites le 19 février

The day before, i.e. on February 18, 2004, counsel for Antonov had informed Martineau J. that he intended to argue that Prothonotary Morneau lacked authority to issue the order of January 17, 2003.

[24] On March 11, 2004, Martineau J. orders, *inter alia*, that “the new jurisdictional issue be raised by way of a motion under Rule 399 to set aside the order made by Prothonotary Richard Morneau on January 17, 2003” (A.B., Vol. 2, page 602).

[25] On March 24, 2004, the State of Ukraine serves a notice of motion under rule 399 for an order declaring that Prothonotary Morneau had no jurisdiction by reason of section 3 of the *State Immunity Act* [R.S.C., 1985, c. S-18] and by reason of the lack of jurisdiction of a prothonotary to make orders in an application under rules 327 and 328 (A.B., Vol. 2, page 381).

[26] Also on March 24, 2004, SPF serves a notice of motion for an order declaring that Prothonotary Morneau’s order was issued without jurisdiction (A.B., Vol. 2, page 383).

[27] Also on March 24, 2004, Antonov serves a notice of motion under rule 399 for an order declaring that Prothonotary Morneau’s order was issued without jurisdiction (A.B., Vol. 2, page 387).

[28] On June 23, 2004, at a case management conference, Martineau J. directs that, at the hearing on the “new jurisdictional issue,” he does not want to hear arguments regarding state immunity or the Federal Court’s jurisdiction. He also directs TMR to file a motion for “protective measures” in the eventuality that he would grant the motion challenging the authority of Prothonotary Morneau.

[29] On July 7, 2004, TMR serves its motion for protective measures in which it seeks different orders,

2004 par le juge chargé de la gestion des instances, le juge Martineau. La veille, c’est-à-dire le 18 février 2004, l’avocat de l’Antonov avait informé le juge Martineau qu’il entendait soutenir que le protonotaire Morneau n’avait pas le pouvoir de rendre l’ordonnance du 17 janvier 2003.

[24] Le 11 mars 2004, le juge Martineau ordonnait, entre autres, que [TRADUCTION] «la nouvelle exception d’incompétence soit alléguée par voie de requête selon la règle 399, une requête visant à l’annulation de l’ordonnance rendue par le protonotaire Richard Morneau le 17 janvier 2003» (D.A., vol. 2, page 602).

[25] Le 24 mars 2004, l’État ukrainien signifiait un avis de requête selon la règle 399 en vue d’obtenir une ordonnance déclarant que le protonotaire Morneau n’avait pas compétence, en raison de l’article 3 de la *Loi sur l’immunité des États* [L.R.C. (1985), ch. S-18] et parce qu’un protonotaire n’a pas le pouvoir de rendre des ordonnances dans une demande présentée selon les règles 327 et 328 (D.A., vol. 2, page 381).

[26] Également le 24 mars 2004, le SPF signifiait un avis de requête en vue d’obtenir une ordonnance déclarant que l’ordonnance du protonotaire Morneau avait été rendue sans compétence (D.A., vol. 2, page 383).

[27] Également le 24 mars 2004, l’Antonov signifiait un avis de requête selon la règle 399 pour que soit rendue une ordonnance déclarant que l’ordonnance du protonotaire Morneau avait été rendue sans compétence (D.A., vol. 2, page 387).

[28] Le 23 juin 2004, lors d’une conférence de gestion de l’instance, le juge Martineau faisait savoir que, à l’audition de la «nouvelle exception d’incompétence», il ne voulait pas entendre d’arguments portant sur l’immunité des États ou sur la compétence de la Cour fédérale. Il demandait aussi à TMR de déposer une requête en «mesures conservatoires», pour le cas où il ferait droit à la requête contestant la compétence du protonotaire Morneau.

[29] Le 7 juillet 2004, TMR signifiait sa requête en mesures conservatoires, dans laquelle elle sollicitait

including an order *nunc pro tunc* registering, recognizing and enforcing the award “as of 17 January 2003 on the basis of the record as it then was” (A.B., Vol. 2, page 390).

[30] Hearings are held with respect to the motions served by SPF, the State of Ukraine and Antonov on March 24, 2004 (the rule 399 motions) and with respect to the TMR motion served on July 7, 2004 (the *nunc pro tunc* motion) in August 2004. On September 22, 2004, Martineau J. issues the orders which are impugned in these appeals and which have been referred to in paragraphs 1 and 2 of these reasons.

#### The rule 399 motions (file A-497-04)

[31] Rule 399 allows the Court to set aside or vary an order that was made *ex parte* if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made. It is not clear to me on what basis Antonov, and to a lesser extent the State of Ukraine, against neither of whom Prothonotary Morneau’s order of January 17, 2003 had been issued, were invited by Martineau J. to file a motion under rule 399, but nothing turns on this as SPF was a proper party applicant.

[32] I will deal first with TMR’s argument that SPF’s motion was made out of time. Rule 399 sets no time limit for the filing of the motion. As noted, however, by Hugessen J. in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1999), 189 F.T.R. 111 (F.C.T.D.), paragraph 14, “that is not to say that Rule 399 establishes an endless open reason for attacks upon judgments. Quite the contrary. The public interest in the stability and finality of the judicial process . . . all lend weight to the case law which holds that motions of this sort must be brought with reasonable diligence.”

diverses ordonnances, notamment une ordonnance *nunc pro tunc* enregistrant, reconnaissant et exécutant la sentence [TRADUCTION] «au 17 janvier 2003, sur la foi du dossier tel qu’il existait alors» (D.A., vol. 2, page 390).

[30] En août 2004, se sont déroulées les audiences se rapportant aux requêtes signifiées le 24 mars 2004 par le SPF, l’État ukrainien et l’Antonov (les requêtes présentées en vertu de la règle 399) et se rapportant à la requête de TMR signifiée le 7 juillet 2004 (la requête *nunc pro tunc*). Le 22 septembre 2004, le juge Martineau rendait les ordonnances qui sont contestées dans les présents appels et dont il est fait état aux paragraphes 1 et 2 des présents motifs.

#### Les requêtes présentées en vertu de la règle 399 (n° du greffe A-497-04)

[31] La règle 399 autorise la Cour à annuler ou à modifier une ordonnance qui a été rendue *ex parte* si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n’aurait pas dû être rendue. J’ai du mal à voir sur quelle base l’Antonov, et dans une moindre mesure l’État ukrainien, qui, ni l’un ni l’autre, n’étaient visés par l’ordonnance du protonotaire Morneau en date du 17 janvier 2003, ont été invités par le juge Martineau à déposer une requête selon la règle 399, mais rien ne repose sur cet aspect étant donné que le SPF y apparaît à juste titre comme demandeur.

[32] J’examinerai d’abord l’argument de TMR selon lequel la requête du SPF a été présentée hors des délais. La règle 399 ne fixe aucune limite de temps au dépôt de la requête. Ainsi que le faisait observer cependant le juge Hugessen dans la décision *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1999), 189 F.T.R. 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), paragraphe 14 «Cela ne signifie pas cependant que la Règle 399 autorise indéfiniment le dépôt de motifs de contestation des décisions, bien au contraire. L’intérêt que possède le public dans la stabilité et la finalité du processus judiciaire [. . .] s’ajoute de façon probante à la jurisprudence qui énonce que les requêtes de cette nature doivent être déposées avec une diligence raisonnable» [[1999] A.C.F. n° 1508 (QL)].

[33] In the case at bar, Prothonotary Morneau's order was served on SPF in March 2003. The issue of the Prothonotary's authority was first raised in February 2004 and the rule 399 motions were served in March 2004. A period of 12 months thus elapsed, during which SPF had multiple occasions, if one was needed, to raise the issue, including when it served its first rule 399 motion on August 8, 2003 (see paragraph 20). In normal circumstances, this lengthy delay would have been fatal to SPF. But these are not normal circumstances. The issue could obviously have been raised earlier and I am not insensitive to the suggestion made by TMR that the attack on the authority of Prothonotary Morneau is a strategical afterthought springing from Prothonotary Tabib's decision to uphold the seizure of the aircraft. The fact is, however, that the case was still very much alive when the issue was finally raised, that the issue was raised the very first time the case went to a judge, that the issue of the nullity of the Prothonotary's order could probably have been raised at that time by the Judge himself, that TMR itself could have raised it from the start, when it first appeared before Prothonotary Morneau, and that the motion was filed at that late time at the very invitation of Martineau J. We are dealing here with an important jurisdictional issue. The award is yet to be enforced. A fresh application for registration, recognition and enforcement of the award under rule 327 may yet be made and disposed of by the proper authority. All in all, I am prepared to entertain SPF's rule 399 motion. The argument with respect to tardiness may be better addressed when we reach the issue of costs.

[34] Turning now to the merit of the appeal, I agree with Martineau J. that a prothonotary does not have the authority to dispose of an application for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment brought under rules 326-334. I also agree with him that the Prothonotary's order cannot be cured by the application of rule 56 which deals with non-compliance with the Rules nor by the *de facto* doctrine.

[33] En l'espèce, l'ordonnance du protonotaire Morneau a été signifiée au SPF en mars 2003. La question de la compétence du protonotaire a été soulevée pour la première fois en février 2004, et les requêtes présentées en vertu de la règle 399 ont été signifiées en mars 2004. Une période de 12 mois s'est donc écoulée, au cours de laquelle le SPF a eu de multiples occasions, si tant est qu'une occasion fût nécessaire, de soulever la question, y compris lorsqu'il a signifié le 8 août 2003 sa première requête présentée selon la règle 399 (voir le paragraphe 20). Dans des circonstances normales, un délai aussi long aurait été fatal au SPF. Mais nous n'avons pas affaire à des circonstances normales. La question aurait pu évidemment être soulevée plus tôt, et je ne suis pas insensible à l'idée de TMR, qui voit la contestation de la compétence du protonotaire Morneau comme une stratégie après coup née de la décision de la protonotaire Tabib de confirmer la saisie de l'aéronef. Il se trouve cependant que le dossier était encore très actif quand la question a finalement été soulevée, que la question a été soulevée la toute première fois qu'un juge a été saisi de l'affaire, que la question de la nullité de l'ordonnance du protonotaire aurait sans doute pu être soulevée à ce moment-là par le juge lui-même, que TMR elle-même aurait pu la soulever au tout début, quand elle a comparu au départ devant le protonotaire Morneau, et que la requête a été déposée à cette date tardive à l'invitation même du juge Martineau. Nous avons ici affaire à une importante exception d'incompétence. La sentence n'a pas encore été appliquée. Une demande nouvelle d'enregistrement, de reconnaissance et d'exécution de la sentence selon la règle 327 peut encore être faite et jugée par l'autorité compétente. Tout bien considéré, je suis disposé à instruire la requête présentée par le SPF en vertu de la règle 399. L'argument relatif à la tardiveté sera examiné avec plus d'à-propos lorsque nous serons arrivés à la question des dépens.

[34] S'agissant du bien-fondé de l'appel, je reconnais avec le juge Martineau qu'un protonotaire n'a pas le pouvoir de prononcer sur une demande d'enregistrement, de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger qui est présentée en vertu des règles 326 à 334. Je reconnais aussi avec lui que l'ordonnance du protonotaire ne saurait être rectifiée par l'application de la règle 56, qui traite de l'inobservation d'une disposition des Règles, ni par le principe de la validité *de facto*.

### The authority of the prothonotary

[35] An examination of the powers of the prothonotaries has recently been done by this Court in *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306 (F.C.A.). While it is true, as noted in *First Canadians'*, that the jurisdiction of prothonotaries has been greatly expanded over time, the fact is that this expansion has essentially been circumscribed to pre-trial proceedings (except injunctions) and post-judgment proceedings and is by law limited to the powers determined by the rules committee of the Federal Court. There is no longer any provision in the Rules whereby prothonotaries are empowered to act on the mere consent of the parties (see former Rule 336 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]).

[36] Subsection 12(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 20] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] provides for the appointment of prothonotaries “who are . . . necessary for the efficient performance of the work of the Court that, under the Rules, is to be performed by them” (my emphasis). Subsection 12(3) then goes on to specify that “the powers, duties and functions of the prothonotaries shall be determined by the Rules” (my emphasis). Rule 2 defines “Court” as including “a prothonotary acting within the jurisdiction conferred under [the] Rules” (my emphasis). Paragraph 46(1)(h) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 2002, c. 8, s. 44] of the *Federal Courts Act* states by whom and the manner in which powers are to be vested in prothonotaries:

46. (1) Subject to the approval of the Governor in Council and subject also to subsection (4), the rules committee may make general rules and orders

...

(h) empowering a prothonotary to exercise any authority or jurisdiction, subject to supervision by the Federal Court, even though the authority or jurisdiction may be of a judicial nature;

[37] The general powers, duties and functions of prothonotaries are set out in rule 50. Subsection 50(1) states that:

### Le pouvoir du protonotaire

[35] La Cour a examiné récemment les pouvoirs des protonotaires, dans l'arrêt *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government c. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306 (C.A.F.). Il est vrai, comme on peut le lire dans cet arrêt, que la compétence des protonotaires a été considérablement élargie au fil du temps, mais il se trouve que cet élargissement a pour l'essentiel été circonscrit aux procédures avant procès (sauf les injonctions) et aux procédures après jugement et qu'il se limite en droit aux pouvoirs établis par le comité des règles de la Cour fédérale. Les Règles ne renferment plus de dispositions habilitant les protonotaires à agir sur simple consentement des parties (voir l'ancienne Règle 336 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]).

[36] Le paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 20] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] prévoit la nomination de protonotaires de la Cour fédérale «remplissant [. . .] les conditions voulues pour l'exécution des travaux de celle-ci qui, aux termes des règles, incombent à cette catégorie de personnel» (non souligné dans l'original). Le paragraphe 12(3) précise ensuite que «[l]es pouvoirs et fonctions des protonotaires sont fixés par les règles» (non souligné dans l'original). La règle 2 assimile au mot «Cour» le protonotaire «qui agit dans les limites de la compétence conférée par les présentes règles» (non souligné dans l'original). L'alinéa 46(1)h [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 2002, ch. 8, art. 44] de la *Loi sur les Cours fédérales* précise par qui et de quelle manière des pouvoirs sont dévolus aux protonotaires:

46. (1) Sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil et, en outre, du paragraphe (4), le comité peut, par règles ou ordonnances générales:

[. . .]

h) donner pouvoir aux protonotaires d'exercer une autorité ou une compétence—même d'ordre judiciaire—sous la surveillance de la Cour fédérale;

[37] Les attributions générales des protonotaires sont définies dans la règle 50. Le paragraphe 50(1) est ainsi formulé:



50. (1) A prothonotary may hear, and make any necessary orders relating to, any motion under these Rules other than a motion [there follows a list of twelve exceptions, none of which is applicable here]. [My emphasis.]

Subsections 50(2) and (3) of the Rules give prothonotaries the power to hear certain actions in which the amount claimed does not exceed \$50,000. Rules 266, 383 and 387 expressly recognize the role of prothonotaries in pre-trial conferences, case management and dispute resolution conferences.

[38] To understand the jurisdiction of prothonotaries under the *Federal Court Rules, 1998*, it is important to distinguish between actions, applications and appeals, which are the only ways allowed by the Rules to commence proceedings, on the one hand, and motions, on the second hand.

[39] Rule 61 provides that proceedings may be commenced as an action, as an application or as an appeal. An “action” is defined in rule 2 as “a proceeding referred to in rule 169” (i.e. in Part 4 of the Rules, which extends from rule 169 to rule 299). An “application” is defined in rule 2 as “a proceeding referred to in rule 300” (i.e. in Part 5 of the Rules, which extends from rule 300 to rule 334). An “appeal” is defined in rule 2 as “a proceeding referred to in rule 335” (i.e. in Part 6 of the Rules, which extends from rule 335 to rule 357).

[40] A motion is not, therefore, a manner to bring proceedings to the Federal Court and “motions” are governed by specific rules found in Part 7 (which extends from rule 358 to rule 371). Rule 24 goes so far as making sure that notices of motion for extension of time to bring an action, an application or an appeal that has not yet commenced are kept in separate files. Even though a “motion” is defined in rule 2 as “a request to the Court under, or to enforce, these Rules,” it is clear from the Rules when read in their totality that such “request” does not have the same standing or function as that of actions, applications and appeals and that motions are generally incidental to actions, applications or

50. (1) Le protonotaire peut entendre toute requête présentée en vertu des présentes règles—à l’exception des requêtes suivantes—et rendre les ordonnances nécessaires s’y rapportant [suit une liste de douze exceptions, dont aucune n’est applicable ici]. [Non souligné dans l’original.]

Les paragraphes 50(2) et (3) des Règles donnent aux protonotaires le pouvoir d’entendre certaines actions dans lesquelles la réclamation ne dépasse 50 000 \$. Les règles 266, 383 et 387 reconnaissent expressément le rôle des protonotaires dans les conférences préparatoires, les conférences de gestion de l’instance et les conférences de règlement des litiges.

[38] Pour comprendre la compétence des protonotaires selon les *Règles de la Cour fédérale (1998)*, il importe de faire la distinction entre d’une part les actions, les demandes et les appels, qui sont les seules voies autorisées par les Règles pour l’introduction des instances, et d’autre part les requêtes.

[39] La règle 61 prévoit qu’une instance peut être introduite par voie d’action, par voie de demande ou par voie d’appel. Une «action» est définie dans la règle 2 comme une «[i]nstance visée à la règle 169» (c’est-à-dire dans la partie 4 des Règles, qui va de la règle 169 à la règle 299). Une «demande» est définie dans la règle 2 comme une «[i]nstance visée à la règle 300» (c’est-à-dire dans la partie 5 des Règles, qui va de la règle 300 à la règle 334). Un «appel» est défini dans la règle 2 comme une «[i]nstance visée à la règle 335» (c’est-à-dire dans la partie 6 des Règles, qui va de la règle 335 à la règle 357).

[40] Une requête n’est donc pas un mode d’introduction d’une instance devant la Cour fédérale, et les «requêtes» sont régies par des règles particulières qui se trouvent dans la partie 7 (laquelle va de la règle 358 à la règle 371). La règle 24 va jusqu’à préciser qu’un avis de requête visant la prorogation du délai de dépôt d’une action, d’une demande ou d’un appel envisagé est conservé dans un dossier distinct. Même si une «requête» est définie dans la règle 2 comme un «[d]ocument par lequel une personne demande à la Cour de se prévaloir des présentes règles ou de les faire appliquer», il ressort clairement des Règles, lues dans leur intégralité, qu’un tel «document» n’a pas le même rang ou le même rôle

appeals that have commenced or are about to commence.

[41] When read in that context, it is obvious that rule 50 does not grant to prothonotaries any power with respect to the final disposition of applications and appeals and grants them a limited jurisdiction with respect to the final disposition of actions. As noted by McGillis J. in *Vaughan v. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (F.C.T.D.), at paragraph 14, “Rule 50 expanded the jurisdiction of prothonotaries to permit them to hear and make orders relating to any motion, except those specifically exempt by the Rule, and to hear certain actions” (my emphasis). And in *First Canadians*, this Court, in paragraph 9, noted that the “distinction between ‘motion’ and ‘action’ was clearly in the mind of the regulator.” The same may be said with respect to the distinction between “motion” and “application.” An application for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment is described as an “application” in paragraph 300(h) and it is governed by rules 327-334, which are found in Part 5 of the Rules. It cannot therefore be disposed of by a prothonotary even though motions pertaining to it may be entertained by the prothonotary.

[42] Whatever might have been the law or practice under the former Rules or whatever might be the practice under the present Rules, a prothonotary does not have the jurisdiction, under the present Rules, to determine an application brought under rules 327-334. Jurisdiction is to be found in the Rules of the Court; it cannot be found in mere rules of practice, even more so where such rules of practice are inconsistent with the Rules.

[43] The appellant argues that an application for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment does not result in any substantive rights being granted and amounts to a post-judgment proceeding which falls typically within the realm of prothonotaries. I do not agree. The effect of a registration, recognition or enforcement of a foreign judgment order is to give the

que celui d’une action, d’une demande ou d’un appel, et que les requêtes sont généralement accessoires aux actions, aux demandes ou aux appels qui ont été introduits ou qui sont sur le point de l’être.

[41] Il est évident que, lu dans ce contexte, la règle 50 ne donne aux protonotaires aucun pouvoir de statuer en dernier ressort sur des demandes ou des appels et qu’il leur accorde un pouvoir restreint de statuer en dernier ressort sur des actions. Ainsi que le faisait observer la juge McGillis dans la décision *Vaughan c. Canada* (2000), 184 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 14: «la règle 50 élargit la compétence des protonotaires en leur permettant d’entendre des requêtes et de rendre des ordonnances, exception faite des cas spécifiquement prévus, et d’entendre certaines actions» [[2000] A.C.F. n° 311 (QL)] (non souligné dans l’original). Et, dans l’arrêt *First Canadians*, la Cour, au paragraphe 9 [2004 CAF 93], relevait que «[l]e législateur avait certainement à l’esprit la distinction entre “requête” et “action”». Il en va de même pour la distinction entre une «requête» et une «demande». Une demande d’enregistrement, de reconnaissance ou d’exécution d’un jugement étranger est décrite comme une «demande» dans l’alinéa 300(h) des Règles, et une telle demande est régie par les règles 327 à 334, qui se trouvent dans la partie 5 des Règles. Un protonotaire ne saurait donc se prononcer sur une telle demande, même s’il est habilité à instruire les requêtes s’y rapportant.

[42] Quel qu’ait pu être le droit ou la pratique selon les anciennes Règles, ou quelle que puisse être la pratique selon les Règles actuelles, un protonotaire n’a pas, selon les Règles actuelles, le pouvoir de statuer sur une demande présentée en vertu des règles 327 à 334. La compétence doit trouver son origine dans les Règles de la Cour; elle ne saurait être trouvée dans de simples règles de pratique, à plus forte raison si telles règles de pratique sont incompatibles avec les Règles.

[43] L’appelante fait valoir qu’une demande d’enregistrement, de reconnaissance ou d’exécution d’un jugement étranger n’entraîne pas l’attribution de droits matériels et équivaut à une procédure après jugement, laquelle relève en général de la compétence des protonotaires. Je ne partage pas ce point de vue. L’effet d’une ordonnance d’enregistrement, de reconnaissance

foreign judgment creditor the same rights as if the judgment had been obtained in Canada; in that sense, the order is a “judgment” rather than a “post-judgment”.

[44] I, therefore, find that Prothonotary Morneau did not have jurisdiction to dispose of the application made under rule 327. The appellant suggests, in the event of a finding by the Court of lack of jurisdiction, that rule 56 could save the order made by the Prothonotary and that the respondents are out of time, under rule 58, to attack what the appellant describes to be a mere “irregularity.” I am prepared to accept that a rule 56 motion was implicitly made by the appellant.

#### Rule 56 and non-compliance with the Rules

[45] Rules 56 to 60 deal with non-compliance with the Rules. They read as follows:

##### *Failure to Comply with Rules*

**56.** Non-compliance with any of these Rules does not render a proceeding, a step in a proceeding or an order void, but instead constitutes an irregularity, which may be addressed under rules 58 to 60.

**57.** An originating document shall not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used.

**58.** (1) A party may by motion challenge any step taken by another party for non-compliance with these Rules.

(2) A motion under subsection (1) shall be brought as soon as practicable after the moving party obtains knowledge of the irregularity.

**59.** Subject to rule 57, where, on a motion brought under rule 58, the Court finds that a party has not complied with these Rules, the Court may, by order,

(a) dismiss the motion, where the motion was not brought within a sufficient time after the moving party became aware of the irregularity to avoid prejudice to the respondent in the motion;

(b) grant any amendments required to address the irregularity; or

ou d'exécution d'un jugement étranger est de conférer au créancier désigné par le jugement étranger les mêmes droits que si le jugement avait été obtenu au Canada; en ce sens, l'ordonnance est un «jugement» plutôt qu'une procédure «après jugement».

[44] Je suis donc d'avis que le protonotaire Morneau n'avait pas le pouvoir de statuer sur la demande présentée en vertu de la règle 327. L'appelante fait valoir, pour le cas où la Cour conclurait à l'incompétence du protonotaire, que la règle 56 pourrait racheter l'ordonnance rendue par le protonotaire et que les intimés sont, selon la règle 58, hors des délais et qu'ils ne peuvent plus attaquer ce que l'appelante appelle une simple «irrégularité». Je suis disposé à admettre qu'une requête selon la règle 56 a été implicitement présentée par l'appelante.

#### La règle 56 et l'inobservation des Règles

[45] Les règles 56 à 60 des Règles traitent de l'inobservation des Règles. Ils sont ainsi formulés:

##### *Inobservation des règles*

**56.** L'inobservation d'une disposition des présentes règles n'entache pas de nullité l'instance, une mesure prise dans l'instance ou l'ordonnance en cause. Elle constitue une irrégularité régie par les règles 58 à 60.

**57.** La Cour n'annule pas un acte introductif d'instance au seul motif que l'instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d'instance.

**58.** (1) Une partie peut, par requête, contester toute mesure prise par une autre partie en invoquant l'inobservation d'une disposition des présentes règles.

(2) La partie doit présenter sa requête aux termes du paragraphe (1) le plus tôt possible après avoir pris connaissance de l'irrégularité.

**59.** Sous réserve de la règle 57, si la Cour, sur requête présentée en vertu de la règle 58, conclut à l'inobservation des présentes règles par une partie, elle peut, par ordonnance:

a) rejeter la requête dans le cas où le requérant ne l'a pas présentée dans un délai suffisant—après avoir pris connaissance de l'irrégularité—pour éviter tout préjudice à l'intimé;

b) autoriser les modifications nécessaires pour corriger l'irrégularité;

(c) set aside the proceeding, in whole or in part.

60. At any time before judgment is given in a proceeding, the Court may draw the attention of a party to any gap in the proof of its case or to any non-compliance with these Rules and permit the party to remedy it on such conditions as the Court considers just.

[46] The appellant relies essentially on statements made by Lord Denning, M.R., and by Lord Justice Diplock in *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.). In that case, the applicable limitation statute required that the plaintiff obtain leave of the "court" to bring an action. Leave was granted by a district registrar (similar to a master or a prothonotary) as opposed to a judge in chambers. The English Court of Appeal found that this was an irregularity that could be cured through a rule bearing a close resemblance to our rule 56:

This new rule does away with the old distinction between nullities and irregularities. Every omission or mistake in practice or procedure is henceforward to be regarded as an irregularity which the court can and should rectify so long as it can do so without injustice. It can at last be asserted that "it is not possible. . . for an honest litigant in Her Majesty's Supreme Court to be defeated by any mere technicality, any slip, any mistaken step in his litigation. [Lord Denning, M.R., at pages 845-846.]

If [the plaintiff] has followed, as I have no doubt that he has, the intricacies of the interlocutory proceedings in this case, he must have thought that the law is an ass. I am not sure that this judgment will change his opinion, but at any rate he will not feel it to be so unjust an ass as he must previously have felt it to be. It was to remedy just this kind of injustice that the new R.S.C., Ord. 2, r. 1 was made. [Diplock L.J., at page 846.]

[47] I pause here to point out that the language used by Lord Denning, "the old distinction between nullities and irregularities," is somehow misleading, at least in a Canadian perspective. The focus should be on whether a given act or omission may be described as a "non-compliance with the Rules," "*une inobservation des Règles*." For reasons which I will express forthwith, the making by a non-judge of an order which only a judge can make cannot be characterized as a mere

c) annuler l'instance en tout ou en partie.

60. La Cour peut, à tout moment avant de rendre jugement dans une instance, signaler à une partie les lacunes que comporte sa preuve ou les règles qui n'ont pas été observées, le cas échéant, et lui permettre d'y remédier selon les modalités qu'elle juge équitables.

[46] L'appelante s'appuie essentiellement sur les propos tenus par lord Denning, maître des rôles, et par lord Diplock dans l'arrêt *Harkness v. Bell's Asbestos and Engineering, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 843 (C.A.). Dans cette affaire, la loi applicable à la prescription des actions obligeait le demandeur à obtenir l'autorisation du «tribunal» pour engager une action. L'autorisation fut accordée par un greffier de district (assimilable à un maître des rôles ou à un protonotaire) plutôt que par un juge en chambre. La Cour d'appel anglaise a estimé que c'était là une irrégularité qui pouvait être corrigée au moyen d'une règle très semblable à notre règle 56:

[TRADUCTION] Cette nouvelle règle supprime l'ancienne distinction entre les nullités et les irrégularités. Toute omission ou erreur entachant la pratique ou la procédure sera dorénavant considérée comme une irrégularité que le tribunal peut et doit rectifier pour autant que cela soit possible sans qu'il en résulte une injustice. On peut enfin affirmer qu'il n'est pas possible pour un plaideur honnête qui se présente devant la Cour suprême de Sa Majesté d'échouer dans son procès en raison d'un simple détail technique, d'une simple étourderie ou d'un faux pas. [Lord Denning, M.R., aux pages 845 et 846.]

Si [le demandeur] a suivi, et je ne doute pas qu'il l'ait fait, les complexités de la procédure interlocutoire introduite dans cette affaire, il a dû penser que la loi est idiote. Je ne suis pas sûr que le présent jugement modifiera son opinion, mais à tout le moins il n'aura pas l'impression qu'elle est aussi injuste qu'il le pensait au départ. C'est pour corriger précisément ce genre d'injustice qu'a été pris le nouveau R.S.C., Ord. 2, r. 1. [Lord Diplock, à la page 846.]

[47] Je fais une pause ici pour faire observer que l'expression employée par lord Denning, [TRADUCTION] «l'ancienne distinction entre les nullités et les irrégularités», est quelque peu fallacieuse, du moins dans le contexte canadien. Il s'agit plutôt de savoir si une action ou une omission peut être considérée comme une «inobservation des Règles», «*non-compliance with the Rules*». Pour les raisons que je vais maintenant exposer, le fait qu'une personne qui n'a pas statut de juge rende

“non-compliance with the Rules.” It is a matter of lack of jurisdiction. An additional reason to be cautious in adopting Lord Denning’s language in interpreting the *Federal Courts Rules* [as am. by SOR/2004-283, s. 2] is that by virtue of paragraph 59(c), where there is non-compliance with the Rules that constitutes an irregularity for the purposes of rule 56, nullity may still ensue. In Lord Denning’s own language, therefore, “irregularity” could, under the *Federal Courts Rules*, be equated with “nullity” in some circumstances.

[48] Rule 56, in its earlier formulation, was never intended to treat as non-compliance with the Rules an act in excess of jurisdiction by a prothonotary and it has never been interpreted in that fashion. The very concept of “non-compliance” has always been confined to matters of form as opposed to matters of jurisdiction. As observed by McNair J. in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437 (T.D.), at page 449:

Matters of practice and questions of jurisdiction are two separate and distinct things.

[49] One wonders, also, what it is that could be corrected, amended or remedied, and how it could be done under rules 59 and 60, when an order has been made outside jurisdiction. Whether the alleged “irregularity” be that of the Chief Justice or of the Registry in assigning the matter to the prothonotary or that of the prothonotary in exercising the jurisdiction, surely one cannot substitute the name of a judge to that of a prothonotary on the order, nor can a new order be signed by a judge without a *de novo* hearing of the application. It is the whole exercise which is flawed at its base, both in form and in substance. In these circumstances, I find Lord Denning’s statement, when applied to the facts before him, incompatible with the later observations made by Lord Justice Sedley, for the England and Wales Court of Appeal, in *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511, [2003] E.W.J. No. 2101 (QL), paragraph 13:

une ordonnance que seul un juge peut rendre ne saurait être qualifiée de simple «inobservation des Règles». Il s’agit d’un cas d’incompétence. Une autre raison d’employer avec circonspection les mots de lord Denning pour l’interprétation des *Règles de la Cour fédérales* [mod. par DORS/2004-28, art. 2], c’est que, selon l’alinéa 59c), lorsque l’inobservation des Règles constitue une irrégularité aux fins de la règle 56, la nullité de la procédure peut quand même être prononcée. Si l’on s’en tient donc aux propos de lord Denning, le mot «irrégularité» pourrait, selon les *Règles des Cours fédérales*, être assimilé dans certains cas à la «nullité».

[48] La règle 56, telle qu’elle était formulée auparavant, n’a jamais eu pour objet de considérer comme une inobservation des Règles un acte accompli par un protonotaire dépassant ses pouvoirs, et elle n’a jamais été interprétée de cette manière. La notion même d’inobservation a toujours été confinée aux questions de forme par opposition aux questions de compétence. Ainsi que le faisait observer le juge McNair dans la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 449:

Les questions de pratique et les questions de compétence sont deux choses tout à fait distinctes.

[49] On se demande aussi qu’est-ce qui pourrait bien être corrigé, modifié ou rectifié, et comment cela pourrait être fait selon les règles 59 et 60, lorsqu’une ordonnance a été rendue hors du champ de compétence. Que la présumée «irrégularité» soit le fait du juge en chef ou du greffe lorsqu’il a assigné l’affaire au protonotaire, ou qu’elle soit le fait du protonotaire qui s’est arrogé le pouvoir, il ne saurait être question de substituer le nom d’un juge à celui du protonotaire sur l’ordonnance, et une nouvelle ordonnance ne saurait non plus être signée par un juge sans une nouvelle audition de la demande. C’est l’exercice tout entier qui à sa base présente un vice, à la fois de forme et de fond. Dans ces conditions, je suis d’avis que les propos de lord Denning, appliqués aux circonstances qui lui étaient soumises, ne s’accordent pas avec les observations faites plus tard par lord Sedley, pour la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles, dans l’arrêt *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*, [2003] EWCA Civ 511; [2003] E.W.J. No. 2101 (QL), paragraphe 13:

The one answer to the appeal which in our judgment is unacceptable in principle is that advanced, perhaps more out of hope than out of conviction, by counsel for the Commissioners, Mr. Michael Patchett-Joyce, that the want of authority was a simple error of procedure which by virtue of CPR 3.10 does not of itself invalidate any step taken on the basis of it. It would do little for the rule of law and for constitutional propriety to relegate an issue as important as qualification for judicial office to the realm of procedure. [My emphasis.]

[50] The decision of the English Court of Appeal in *Harkness* may perhaps be explained by the very exceptional circumstances that led to it and which are not to be found in the present case. There had been no oral hearing of the application for leave, therefore no opportunity to question the authority of the decision maker. Years had gone by before the flaws in the proceedings had been discovered. The new rule that conferred the authority to a judge rather than to a master had not been circulated or published in such a way as to come to the notice of practitioners. It was far too late to make a fresh application for leave to a judge. “Nothing else would do,” said Lord Denning [at page 844], “[s]o he [the applicant] had to get the registrar’s order rectified and treated as good as at that date, April, 1964, or he would surely fail.” And, perhaps more importantly, it was not argued that the order, had it been decided by the proper authority, might have been different.

[51] Assuming for the sake of discussion that the lack of authority of the prothonotary could be described as some form of “non-compliance,” such non-compliance would be, not with the Rules, but with the Act. As noted by Jerome A.C.J. in *Iscar Ltd. v. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 F.C. 479 (T.D.), at page 484, the jurisdiction of the prothonotary “springs from subsection 46(1) [of the *Federal Court Act*]” and “does not originate in our rule or my practice note, but in the *Federal Court Act*.” I might add that the jurisdiction of prothonotaries also springs from subsection 12(3) of the *Federal Courts Act*, which provides that “the powers, duties and functions of the prothonotaries shall be determined by the Rules.”

[TRADUCTION] L’unique réponse à l’appel qui à notre avis est inacceptable en principe est celle qui est avancée, en signe d’espoir plutôt que par conviction sans doute, par l’avocat des commissaires, M. Michael Patchett-Joyce, réponse selon laquelle le défaut de pouvoir était une simple erreur de procédure qui, en vertu du CPR 3.10, n’invalide pas comme telle une mesure prise sous l’empire de ce texte. Ce serait faire peu de cas du principe de la primauté du droit et de la rectitude constitutionnelle que de reléguer au domaine de la procédure une question aussi importante que l’aptitude à occuper une charge judiciaire. [Non souligné dans l’original.]

[50] L’arrêt rendu par la Cour d’appel anglaise dans l’affaire *Harkness* peut sans doute s’expliquer par les circonstances très particulières qui ont conduit à cet arrêt et que l’on ne trouve pas dans la présente affaire. La demande d’autorisation n’avait pas été l’objet d’une audience, et il n’avait donc pas été possible de mettre en doute le pouvoir du décideur. Plusieurs années s’étaient écoulées avant que ne fussent découverts les vices de la procédure. La nouvelle règle qui conférait le pouvoir à un juge plutôt qu’à un protonotaire n’avait pas été diffusée ou publiée d’une manière qui eût permis aux praticiens d’en prendre connaissance. Il était beaucoup trop tard pour présenter à un juge une nouvelle demande d’autorisation. [TRADUCTION] «Rien d’autre ne convenait», de dire lord Denning [à la page 844], «de telle sorte que le demandeur devait obtenir que l’ordonnance du greffier soit rectifiée et présumée valide à compter de cette date, avril 1964, à défaut de quoi il était assuré d’échouer». Et, aspect sans doute plus important, nul n’a prétendu que l’ordonnance, eût-elle été rendue par l’autorité compétente, aurait pu être différente.

[51] Supposons un instant que l’absence de pouvoir du protonotaire puisse être considérée comme une forme d’«inobservation». Il s’agirait d’une inobservation de la Loi, et non des Règles. Ainsi que le faisait observer le juge en chef adjoint Jerome dans la décision *Iscar Ltd. c. Karl Hertel GmbH*, [1989] 3 C.F. 479 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 484, la compétence du protonotaire «découle du paragraphe 46(1) [de la *Loi sur la Cour fédérale*]» et «n’est pas fondée sur notre règle ou sur ma directive de pratique, mais sur la *Loi sur la Cour fédérale*». J’ajouterais que la compétence des protonotaires découle également du paragraphe 12(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit que «[l]es pouvoirs et fonctions

The Chief Justice of the Federal Court, in assigning to the prothonotary a matter over which he has no jurisdiction, or a prothonotary, in exercising an authority he or she does not possess, acts outside of the Rules and fails in reality to comply with the Act.

[52] My interpretation finds support in many decisions rendered by other Canadian courts. In *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339 (Q.B.), Hutchinson J. found that a default judgment obtained by application to the Master was a nullity as the Master had no authority to deal with such application (paragraph 2). In finding that the plaintiff had “acted outside of the Rules of Court in making an application for judgment before the Master and not before a judge resulting in an invalid judgment” (paragraph 22), Hutchinson J. relied on the old decision of the English Court of Appeal in *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.), where a default judgment had been entered prematurely and where Lord Justice Fry had stated, at page 769:

But in the present case we are not concerned with an instance of non-compliance with a rule, nor with an irregularity in acting under any rule. The irregular entry of judgment was made independently of any of the rules; the plaintiff had no right to obtain any judgment at all.

[53] In *Foster v. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. No. 2283 (Gen. Div.) (QL), Morin J. found that the Master had no jurisdiction to determine a question of law in a motion for summary judgment and he set aside the Master’s decision. He granted leave to the defendant to renew its motion for summary judgment before a judge.

[54] In *McGrath v. St. Phillip’s (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276, the Newfoundland Court of Appeal held that the practice which had developed to refer a matter to a Master to determine the measure of damages should be disregarded as a Master had no such authority. The Master’s report was declared null and void.

des protonotaires sont fixés par les règles». Le juge en chef de la Cour fédérale, lorsqu’il attribue au protonotaire une affaire sur laquelle celui-ci n’a pas compétence, ou le protonotaire, lorsqu’il exerce un pouvoir qu’il ne possède pas, agit en dehors des Règles et se trouve en réalité à ne pas observer la Loi.

[52] Mon interprétation trouve appui dans maintes décisions rendues par d’autres tribunaux canadiens. Dans l’arrêt *Gibb v. Nigeria* (2003), 341 A.R. 339 (C.B.R.), le juge Hutchinson a estimé qu’un jugement par défaut obtenu par demande adressée au protonotaire était nul car le protonotaire n’avait pas le pouvoir de statuer sur une telle demande (paragraphe 2). Pour arriver à la conclusion que la demanderesse avait [TRADUCTION] «agi en dehors des Règles de la Cour en présentant une demande de jugement au protonotaire et non à un juge, entraînant de ce fait un jugement invalide» (paragraphe 22), le juge Hutchinson s’est fondé sur un ancien arrêt de la Cour d’appel anglaise, *Anlaby v. Praetorius* (1888), 20 Q.B.D. 764 (C.A.), où un jugement par défaut avait été consigné prématurément et où lord juge Fry s’était exprimé ainsi, à la page 769:

[TRADUCTION] Mais, en l’espèce, nous n’avons pas affaire à un cas d’inobservation d’une règle, ni à un cas d’irrégularité d’application d’une règle. L’inscription irrégulière du jugement s’est faite indépendamment des règles; la demanderesse n’avait pas le droit d’obtenir un quelconque jugement.

[53] Dans la décision *Foster c. Chubb Insurance Co. of Canada*, [1998] O.J. n° 2283 (Div. gén.) (QL), le juge Morin a estimé que le protonotaire n’avait pas compétence pour décider un point de droit dans une requête en jugement sommaire et il a annulé la décision du protonotaire. Il a autorisé le défendeur à présenter de nouveau à un juge sa requête en jugement sommaire.

[54] Dans l’arrêt *McGrath v. St. Phillip’s (Town)* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 276, la Cour d’appel de Terre-Neuve avait jugé que la pratique qui consistait à soumettre une affaire à un protonotaire pour qu’il établisse la mesure du préjudice subi devait être abandonnée parce que le protonotaire n’avait pas ce pouvoir. Le rapport du protonotaire fut déclaré nul et sans effet.

[55] I note that in *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144 (C.A.), a prothonotary had made an order extending the time within which an application for a deficiency judgment could be filed. The prothonotary had no jurisdiction to issue such an order. A judge in chambers found this was an irregularity but [at page 146] “not one that the court was prepared, in the circumstances, to cure.” The Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal on the basis that, subsequent to the prothonotary’s order, an order made by a judge on consent had [at page 146] “conclusively resolved the issue of the timelines.” The Court of Appeal does not make any comment on the “irregularity” issue.

[56] I, therefore, reach the conclusion that rule 56 is not applicable. Be that as it may, argues TMR next, the Prothonotary’s decision could yet be saved by the “*de facto* doctrine.”

#### The *de facto* doctrine

[57] The *de facto* doctrine imparts validity to the official acts of persons who, in certain circumstances, make decisions under colour of authority. One of the many difficulties I have with this argument in this appeal is that there was no colour of authority to start with. There was, simply, no valid statutory authority under which the Prothonotary could be acting. He had proper legal title to his office, there was no irregularity in his appointment, and he was acting as a prothonotary, not as a judge. He was, perhaps, acting pursuant to a mistake, i.e. the mistake by whomsoever was induced to assign the file to him rather than to a judge, but he was doing something that only a judge could do and he was not a judge nor purporting to be a judge.

[58] Whatever arguments may be made on the *de facto* doctrine, no case law has been quoted to us to the effect that a non-judge may be found under the doctrine to have validly performed judicial duties. This case, it seems to me, is easily distinguishable from those cases where a

[55] Je relève que, dans la décision *Prenor Trust Co. of Canada v. Seawood Enterprises Ltd.* (1993), 121 N.S.R. (2d) 144 (C.A.), un protonotaire avait rendu une ordonnance prorogeant le délai à l’intérieur duquel pouvait être déposée une demande de jugement compensatoire. Le protonotaire n’avait pas compétence pour rendre une telle ordonnance. Un juge en chambre avait estimé que c’était là une irrégularité, mais [à la page 146] [TRADUCTION] «non une irrégularité que, eu égard aux circonstances, le tribunal fût disposé à corriger». La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse avait fait droit à l’appel au motif que, après l’ordonnance du protonotaire, une ordonnance rendue, du consentement des parties, par un juge avait [à la page 146] [TRADUCTION] «résolu d’une manière concluante la question des délais». La Cour d’appel ne s’était pas exprimée sur la question de l’«irrégularité».

[56] J’arrive donc à la conclusion que la règle 56 n’est pas applicable. Quoi qu’il en soit, d’affirmer ensuite TMR, la décision du protonotaire pouvait encore être rachetée par la «doctrine de la validité *de facto*».

#### La doctrine de la validité *de facto*

[57] La doctrine de la validité *de facto* confère la validité aux actes officiels de personnes qui, en certaines circonstances, rendent des décisions sur la foi d’un présumé pouvoir. L’une des nombreuses difficultés que me cause cet argument dans le présent appel, c’est qu’il n’y avait au départ aucun pouvoir apparent. Il n’existait simplement aucune disposition légale valide autorisant le protonotaire à agir. Il occupait valablement sa charge, sa nomination n’était entachée d’aucune irrégularité, et il agissait en tant que protonotaire, non en tant que juge. Il agissait peut-être en conséquence d’une erreur, c’est-à-dire l’erreur de quiconque avait été conduit à lui attribuer le dossier à lui plutôt qu’à un juge, mais il accomplissait un acte que seul un juge pouvait accomplir, et il n’était pas un juge ni ne prétendait exercer les fonctions d’un juge.

[58] Quels que soient les arguments qui puissent reposer sur la doctrine de la validité *de facto*, nous n’avons été dirigés vers aucun précédent donnant à entendre qu’une personne qui n’a pas statut de juge peut, selon cette doctrine, être présumé avoir valablement



judge duly appointed and qualified to sit exercises an aspect of his or her court's jurisdiction which he or she is not authorized to entertain (see *Coppard v. Customs and Excise Commissioners*; *Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. No. 2149 (QL)).

[59] In any event, I would not be prepared to hold, on the basis of the *de facto* doctrine, that parties, which are entitled to have an order made by a judge, do not have at least the right to have the matter determined anew by a judge, albeit retroactively. As I find, for the reasons given below, that the order recognizing and enforcing the award ought not to have been made *ex parte*, I would have rejected this first appeal anyway.

[60] I am of the view, therefore, that Prothonotary Morneau had no authority to make the impugned order and that neither rule 56 nor the *de facto* doctrine can be invoked to save the validity of his order.

[61] In the end, the Prothonotary's order dated January 17, 2003 must be set aside on a rule 399 motion for the simple reason that the *ex parte* order could not have been made by him as a Prothonotary. I would therefore dismiss appeal A-497-04.

The *nunc pro tunc* motion (file A-496-04)

[62] Turning to the appeal in file A-496-04, I will assume that Martineau J. had jurisdiction to entertain a *nunc pro tunc* motion where the order at issue has been found to be null for lack of jurisdiction. I need not decide the matter as I have reached the conclusion that no *nunc pro tunc* order should issue in any event.

[63] I have found no reviewable error in Martineau J.'s conclusion that "where a motion or application is made *ex parte*, the moving party or applicant has a duty

accompli des actes judiciaires. La présente affaire, me semble-t-il, se distingue aisément des cas où un juge dûment nommé et ayant les qualités requises pour siéger en cette qualité exerce un aspect de la compétence de son tribunal dans lequel il n'est pas autorisé à s'aventurer (voir l'arrêt *Coppard c. Customs and Excise Commissioners, Fawdry & Co. v. Murfitt*, [2002] EWCA Civ 643; [2002] E.W.J. n° 2149 (QL)).

[59] Quoi qu'il en soit, je ne serais pas prêt à dire, m'appuyant sur la doctrine de la validité *de facto*, que les parties, qui ont le droit d'obtenir une ordonnance rendue par un juge, n'ont pas à tout le moins le droit d'obtenir que l'affaire soit décidée à nouveau par un juge, même si cela devait être rétroactivement. Comme je suis d'avis, pour les motifs ci-après énoncés, que l'ordonnance reconnaissant et exécutant la sentence n'aurait pas dû être rendue *ex parte*, j'aurais de toute manière rejeté ce premier appel.

[60] Je suis d'avis par conséquent que le protonotaire Morneau n'avait pas le pouvoir de rendre l'ordonnance contestée et que ni la règle 56 ni la doctrine de la validité *de facto* ne peuvent être invoquées pour préserver la validité de son ordonnance.

[61] En fin de compte, l'ordonnance du protonotaire en date du 17 janvier 2003 doit être annulée sur présentation d'une requête selon la règle 399, pour la simple raison que l'ordonnance *ex parte* n'était pas de son ressort en tant que protonotaire. Je rejetterais donc l'appel A-497-04.

La requête *nunc pro tunc* (n° du greffé A-496-04)

[62] S'agissant maintenant de l'appel dont le numéro du greffé est A-496-04, je présumerai que le juge Martineau était habilité à instruire une requête *nunc pro tunc* lorsque l'ordonnance en cause a été déclarée nulle pour incompétence de son auteur. Il ne m'est pas nécessaire de trancher la question puisque je suis arrivé à la conclusion que, en tout état de cause, aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne peut être rendue.

[63] Je n'ai trouvé aucune erreur sujette à révision dans la conclusion du juge Martineau selon laquelle [TRADUCTION] «lorsqu'une requête ou demande est

of full and fair disclosure with respect to all material facts.”

[64] TMR chose to make its application under rule 357 *ex parte*, as it was entitled to do. In so doing, however, TMR assumed a duty of full disclosure of all relevant facts. To start with, paragraph 329(1)(g) of the Rules requires an applicant to file an affidavit stating that “having made careful and full inquiries, the applicant knows of no impediment to registration, recognition or enforcement of the foreign judgment.” In addition to this regulatory requirement, there is a requirement, at common law, of a high duty of disclosure on the part of applicants on *ex parte* applications. The principle was well stated by Sharpe J. (as he then was), in *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.), at paragraph 27:

For that reason, the law imposes an exceptional duty on the party who seeks *ex parte* relief. That party is not entitled to present only its side of the case in the best possible light, as it would if the other side were present. Rather, it is incumbent on the moving party to make a balanced presentation of the facts in law. The moving party must state its own case fairly and must inform the Court of any points of fact or law known to it which favour the other side. The duty of full and frank disclosure is required to mitigate the obvious risk of injustice inherent in any situation where a Judge is asked to grant an order without hearing from the other side.

[65] While stated in the context of *ex parte* injunctions, which are immediately enforceable, as opposed to *ex parte* orders such as the one here at issue which are only enforceable 60 days from the date of their service to the other party, this principle applies beyond the realm of *ex parte* injunctions (see *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. No. 1490 (C.A.) (QL), *per Beldam L.J.*, at paragraphs 63-66):

With respect to the Judge I do not think this was quite the right way of looking at the matter. As was held by this Court in *Brinks Mat Ltd. v. Elcombe*, [1988] 1 WLR 1350 the Court, notwithstanding proof of material non-disclosure where an

présentée *ex parte*, le requérant ou le demandeur a l’obligation de faire une divulgation franche et intégrale de tous les faits importants».

[64] TMR a décidé de présenter *ex parte* sa demande selon la règle 357, comme elle était en droit de le faire. Cependant, TMR se soumettait ainsi à l’obligation de divulguer pleinement tous les faits pertinents. D’abord, l’alinéa 329(1)g des Règles oblige le demandeur à déposer un affidavit mentionnant que «le demandeur, après avoir effectué des recherches complètes et minutieuses, ne connaît aucun empêchement à l’enregistrement, à la reconnaissance ou à l’exécution du jugement étranger». Outre cette obligation, il y a la règle de common law qui astreint le demandeur, dans une demande *ex parte*, à un exercice exigeant de divulgation. Le principe a été bien exposé par le juge Sharpe (tel était alors son titre) dans la décision *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.) (QL), au paragraphe 27:

[TRADUCTION] Pour cette raison, la loi impose une obligation exceptionnelle à la partie qui exerce un recours *ex parte*. Cette partie ne peut se limiter à présenter uniquement sa version des faits sous le meilleur jour possible, comme ce serait le cas si l’autre partie était présente. Il incombe plutôt à la partie requérante de présenter un exposé équilibré des faits et du droit. La partie requérante doit exposer avec impartialité ses propres arguments et doit informer la Cour des points de fait ou de droit dont elle a connaissance et qui favorisent l’autre partie. L’obligation de divulgation complète et franche est nécessaire pour atténuer le risque évident d’injustice qui est inhérent à toute situation où un juge est prié de rendre une ordonnance sans avoir entendu l’autre partie.

[65] Ce principe est exposé dans le contexte d’injonctions *ex parte*, lesquelles sont immédiatement exécutoires, par opposition aux ordonnances *ex parte*, comme celle dont il s’agit ici, qui ne sont exécutoires que 60 jours après qu’elles ont été signifiées à l’autre partie, mais il s’applique au-delà du domaine des injonctions *ex parte* (voir *Landhurst Leasing plc v. Marcq*, [1997] E.W.J. n° 1490 (C.A.) (QL), le juge lord Beldam, aux paragraphes 63 à 66):

[TRADUCTION] Sans vouloir contredire le juge du fond, je ne crois pas que c’était là tout à fait la bonne manière de considérer la question. Ainsi que l’a jugé la Cour dans l’arrêt *Brinks Mat Ltd. v. Elcombe*, [1988] 1 WLR 1350, la Cour,

injunction was originally obtained on an *ex parte* application, has still a discretion to continue the injunction or to grant a fresh injunction in its place.

This is, however, a discretion which will be exercised with great caution. It will rarely, if ever, be exercised in a case where the material non-disclosure was deliberate, or where it has caused prejudice to the party enjoined by enabling the applicant to obtain interim relief which he would not otherwise have obtained.

The reasoning behind the rule which requires full and frank disclosure by an applicant on an *ex parte* application, is of course that the Court is being asked to grant relief without the person against whom the relief is sought having the opportunity to be heard. Differing from the Judge on this particular point, I do not think that any different considerations arise merely because the order obtained *ex parte* in the present case was not the grant of an injunction, but an order for the registration of a judgment, application for which the Rules of the Supreme Court require to be made *ex parte* (see Ord. 71, r. 27). Ord. 71, r. 28(1)(d)(ii) placed on the plaintiff an explicit obligation to inform the Court that the relevant judgment had been satisfied in part, and as the Judge rightly held, its failure so to inform the Court constituted a failure to disclose a material fact.

In my judgment the obligation of disclosure imposed on an applicant by Ord. 27, r. 28(1) is no less weighty and serious than the obligation imposed on any *ex parte* applicant. The duty of full and frank disclosure and the potential consequences of a failure to perform that duty are in my opinion of the same degree as in all other *ex parte* applications. There is no logical reason for distinguishing different types of *ex parte* application in this context.

See *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (C.A.), per Green J.A., at paragraph 18:

On any *ex parte* application, the utmost good faith must be observed. That requires full and frank disclosure of all material facts known to the applicant or counsel that could reasonably be expected to have a bearing on the outcome of the application. Because counsel for the applicant is asking the judge to invoke a procedure that runs counter to the fundamental principle of justice that all sides of a dispute

nonobstant la preuve d'une importante non-divulgarion lorsqu'une injonction fut obtenue à l'origine à la faveur d'une demande *ex parte*, a encore le pouvoir discrétionnaire de laisser subsister l'injonction ou de lui substituer une nouvelle injonction.

C'est cependant un pouvoir qui sera exercé très prudemment. Il sera rarement exercé, voire jamais, lorsque la non-divulgarion était délibérée, ou lorsqu'elle a causé un préjudice à la partie visée par l'injonction, et cela en permettant au demandeur d'obtenir un redressement provisoire qu'il n'aurait pas autrement obtenu.

Le raisonnement à l'origine de la règle qui astreint un demandeur, dans une demande *ex parte*, à une divulgation franche et complète, c'est que la Cour est priée d'accorder un redressement sans que la personne contre qui le redressement est demandé ait eu l'occasion de se faire entendre. Je ne partage pas l'avis du juge du fond sur ce point particulier, car je ne crois pas que le contexte soit différent simplement parce que l'ordonnance obtenue *ex parte* dans la présente affaire était non pas une injonction, mais une ordonnance portant enregistrement d'un jugement, ordonnance qui, selon les Règles de la Cour suprême, doit être présentée *ex parte* (voir l'Ordonnance 71, r. 27). L'Ordonnance 71, r. 28(1)d(ii), obligeait expressément la demanderesse à informer la Cour que le jugement concerné avait été exécuté en partie, et, ainsi que le juge du fond a eu raison de le dire, le fait que la demanderesse n'ait pas ainsi informé la Cour constituait une non-divulgarion d'un fait important.

À mon avis, l'obligation de divulgation imposée à un demandeur par l'Ordonnance 27, r. 28(1) n'est pas moins contraignante et sérieuse que l'obligation imposée à l'auteur d'une demande *ex parte*. L'obligation de divulgation complète et franche et les conséquences possibles d'un manquement à telle obligation sont à mon avis du même degré que dans toute autre demande *ex parte*. Il n'y a aucune raison logique de faire la distinction dans ce contexte entre divers types de demandes *ex parte*.

Voir *Canadian Paraplegic Assn. (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (C.A.), le juge Green, J.C.A., au paragraphe 18:

[TRADUCTION] Dans une demande *ex parte*, la plus entière bonne foi doit être observée. Le demandeur ou son avocat sont astreints à une divulgation complète et impartiale de tous les faits pertinents dont ils ont connaissance et qui pourraient raisonnablement influencer sur l'issue de la demande. Comme l'avocat de la demanderesse prie le juge d'appliquer une procédure qui va à l'encontre du principe fondamental de

should be heard, counsel is under a super-added duty to the court and the other parties to ensure that as balanced a consideration of the issue is undertaken as is consonant with the circumstances.

[66] In the case at bar, TMR stated in the affidavits supporting its application that it knew “of no impediment to registration, recognition or enforcement of the foreign judgment.” Accepting for the sake of discussion that the filing of vague affidavits by two foreign lawyers satisfies the requirement of “careful and full enquiries” imposed by paragraph 329(1)(g) of the Rules, the fact is that at the time it filed its application, TMR was of the view, and had been for some time, that the judgment debtor under the award was the State of Ukraine rather than SPF and that its intention was to use the registration in Canada of the award against SPF in order to enforce the award against the State of Ukraine in Canada. This information was very much material.

[67] I appreciate that the task of a court enforcing an award should be as “mechanistic” as possible and “that the enforcing court is neither entitled nor bound to go behind the award in question, explore the reasoning of the arbitration tribunal or second-guess its intentions” (*Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.), Gross J. at paragraph 17).

[68] However, where, as here, the judgment creditor describes the judgment debtor in such a way as to create some confusion from which it is planning to seek benefits, the Court has the right to know, before making an *ex parte* order, that the judgment creditor is already preparing to enforce the award in Canada against a debtor which is not, properly speaking, the judgment debtor under the award. Paragraph 329(1)(g) of the Rules is clear and mandatory. TMR knew of impediments to the enforcement of the award. It should have disclosed them to the Court in an outright fashion, if only to alert the Court as to the possible application of the *State Immunity Act*. The Court would then have been

justice selon lequel toutes les parties à un différend doivent être entendues, l’avocat est astreint à une obligation additionnelle envers le tribunal et les autres parties, celle de s’assurer qu’est entrepris un examen aussi équilibré de la question que ce que permettent les circonstances.

[66] En l’espèce, TMR écrivait, dans les affidavits déposés au soutien de sa demande, qu’elle n’avait connaissance [TRADUCTION] «d’aucun obstacle à l’enregistrement, à la reconnaissance ou à l’exécution du jugement étranger». Si l’on pose pour hypothèse que le dépôt de vagues affidavits par deux avocats étrangers répond à l’obligation de «recherches complètes et minutieuses» qui est imposée par l’alinéa 329(1)g des Règles, il se trouve que, au moment de déposer sa demande, TMR était d’avis, et qu’elle avait été d’avis depuis quelque temps, que le débiteur selon la sentence était l’État ukrainien plutôt que le SPF et que son intention était d’utiliser contre le SPF l’enregistrement de la sentence au Canada afin de pouvoir exécuter la sentence contre l’État ukrainien au Canada. Cette information était fort importante.

[67] Je sais que la tâche d’un tribunal à qui il est demandé d’exécuter une sentence doit être aussi [TRADUCTION] «mécanique» que possible et [TRADUCTION] «qu’un tel tribunal n’est ni fondé ni astreint à remettre en question la sentence considérée, à explorer le raisonnement du tribunal d’arbitrage ou à reconsidérer ses intentions» (voir la décision *Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine and Ors*, [2002] EWHC 2120 (Comm.), le juge Gross, au paragraphe 17).

[68] Cependant, lorsque, comme c’est le cas ici, le créancier selon la sentence décrit le débiteur d’une manière qui sème la confusion, une confusion dont il entend tirer parti, la Cour a le droit, avant de rendre une ordonnance *ex parte*, de savoir que le créancier se prépare déjà à exécuter la sentence au Canada contre un débiteur qui n’est pas, à proprement parler, le débiteur désigné par la sentence. L’alinéa 329(1)g des Règles est clair et impératif. TMR avait connaissance d’obstacles à l’exécution de la sentence. Elle aurait dû les divulguer à la Cour sans hésitation, ne fût-ce que pour avertir la Cour de l’application possible de la *Loi sur l’immunité des États*. La Cour aurait alors été en position d’examiner

in a position to determine the opportunity of not proceeding *ex parte* and of having the application served on the State of Ukraine. This is precisely the effect of Martineau J.'s order and I find no fault with it.

[69] Martineau J.'s refusal to stay the proceedings or issue an interlocutory injunction pending a fresh application under rule 327 has not been seriously challenged by TMR and, in my view, it could not have been.

[70] In the end, I would dismiss the appeal in A-496-04.

#### Costs

[71] I would grant costs to the respondents in both appeals, but on the basis of one set of costs only.

NADON J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

l'à-propos de ne pas procéder *ex parte* et l'à-propos de faire signifier la demande à l'État ukrainien. C'est précisément l'effet de l'ordonnance du juge Martineau, à laquelle je ne trouve rien à redire.

[69] Le refus du juge Martineau de suspendre la procédure ou de rendre une injonction interlocutoire en attendant le dépôt d'une nouvelle demande selon la règle 327 n'a pas été sérieusement contesté par TMR et, à mon avis, il n'aurait pu l'être.

[70] Finalement, je rejeterais l'appel A-496-04.

#### Les dépens

[71] J'accorderais les dépens aux intimés dans les deux appels, mais sur la base d'un seul mémoire de dépens.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-169-04  
2005 FCA 54

A-169-04  
2005 CAF 54

**Hassan Almrei (Appellant)**

v.

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

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

Court of Appeal, Létourneau, Sexton and Sharlow JJ.A.—Toronto, December 16, 2004; Ottawa, February 8, 2005.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from decision of designated judge denying release from detention under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 84(2) — Refugee detained three years under security certificate — Believed to belong to extremist network supportive of Usama bin Laden — Certificate held reasonable — Ordered deported as member of inadmissible class — Minister admitted initial danger opinion tainted by error — New opinion sought — Whether IRPA, s. 78 in camera, ex parte provisions apply to judicial release proceedings — Decision on judicial review of new opinion awaited — Whether right of appeal from decision of designated judge under s. 84(2) — IRPA regime not exempting such decisions from appeal — Important F.C.A. rule on s. 84(2) for uniformity since designated judge not bound by another's decision — Also at stake: government's obligation not to violate constitutional right — F.C.A. not requiring access to secret evidence before designated judge to decide whether foreign national will be removed within reasonable time — Burden of proof in s. 84(2) application explained — Whether delay due to detainee's seeking judicial remedies considered in determining whether removal to be effected in reasonable time — As to need for continued secrecy upon release application, necessity for safeguarding national security not ending when certificate found reasonable — Legislative drafting oversight in not expressly making s. 84(2) subject to s. 78 procedural regime — Important to ensure foreign sources of confidential security information not "dry up" due to release to public of information at detention hearing — Whether time already detained to be considered longer if conditions harsh — But test on s. 84(2) application future-oriented: past delays, abuses irrelevant if removal imminent, subject to caveat length, conditions of detention could go to credibility of evidence that removal imminent — Major cause of delay: detainee changed story when learned danger opinion sought, admissions demanding careful*

**Hassan Almrei (appellant)**

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Le Solliciteur général du Canada (intimés)**

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

Cour d'appel, juges Létourneau, Sexton et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 16 décembre 2004; Ottawa, 8 février 2005.

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel de la décision du juge désigné rejetant la demande de mise en liberté en application de l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le réfugié a été détenu trois ans en vertu d'un certificat de sécurité — Il aurait fait partie d'un réseau de groupes extrémistes soutenant Oussama ben Laden — Le certificat a été jugé raisonnable — Une mesure d'expulsion a été prononcée contre M. Almrei au motif qu'il appartenait à une catégorie non admissible — Le ministre a reconnu que le premier avis de danger était entaché d'erreurs — Un nouvel avis a été demandé — L'art. 78 de la LIPR sur l'examen à huis clos et ex parte s'applique-t-il à une demande de mise en liberté? — La décision concernant le contrôle judiciaire de la nouvelle opinion n'avait pas encore été rendue — La décision d'un juge désigné en application de l'art. 84(2) est-elle susceptible d'appel? — La LIPR n'exclut pas l'appel de telles décisions — La C.A.F. doit se prononcer sur l'art. 84(2) à des fins d'uniformité puisque le juge désigné n'est pas lié par la décision d'un autre juge désigné — Également en jeu: l'obligation du gouvernement de ne pas porter atteinte à un droit constitutionnel — Il n'est pas nécessaire que le juge désigné soit saisi d'une preuve secrète pour décider si le renvoi du ressortissant étranger aura lieu dans un délai raisonnable — La charge de la preuve en vertu de l'art. 84(2) est expliquée — La période de temps qui s'est écoulée pendant que le détenu demandait réparation au tribunal doit-elle être calculée pour décider si le renvoi aura lieu dans un délai raisonnable? — Quant à la question de savoir s'il faut préserver le secret lors d'une demande de mise en liberté, la nécessité de protéger la sécurité nationale ne cesse pas lorsqu'on conclut qu'un certificat est raisonnable — Le législateur a omis de dire expressément que les mesures décrites à l'art. 78 s'appliquent à l'art. 84(2) — Il est important de s'assurer que les sources étrangères de renseignements confidentiels relatifs à la sécurité ne sont pas*

*analysis — Institutional delays due to coming into force of IRPA — Delay also due to government's delays in filling Federal Court judicial vacancies — Detainee could have applied under s. 84(1) to be expelled to country other than Syria — S. 84(2) application inappropriate remedy for harsh detention conditions — That Crown did not file secret evidence herein would have left F.C.A. in dilemma had security issue remained alive — Crown would have been required to produce or renounce reliance on this evidence — Refoulement to torture in context of Canadian obligations under international law — Matters requiring policy reassessment by Parliament.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Judicial release from mandatory detention in national security interest not just, appropriate remedy under s. 24.*

*International Law — While Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 115(2)(b) authorizes refoulement to torture in certain circumstances, Parliament has subjected IRPA to international human rights instruments to which Canada is signatory — Deportation to torture perhaps permissible under Charter, ss. 1, 7.*

*Judges and Courts — Nine-month delay in rendering decision on detainee's leave application disturbing to F.C.A. — Institutional delay due to Federal Court's limited resources, compounded by Government's dilatoriness in filling judicial vacancies.*

This was an appeal from the decision of a designated judge denying an application for release from detention, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), subsection 84(2).

*«taries» du fait que des renseignements sont divulgués lors d'une audience sur la détention — Si les conditions de détention sont difficiles, la durée de la détention est-elle présumée plus longue? — Mais le critère applicable dans une demande en vertu de l'art. 84(2) est un critère qui vise l'avenir: les délais antérieurs, les abus ne sont pas pertinents si le renvoi est imminent, sous réserve de la mise en garde selon laquelle la durée et les conditions de la détention peuvent s'avérer pertinentes dans l'évaluation de la crédibilité de la preuve selon laquelle le renvoi est imminent — Cause principale du délai: le détenu a modifié son discours lorsqu'il a été avisé qu'un avis de danger serait demandé, il faut analyser soigneusement ces aveux — Des délais institutionnels ont été occasionnés par l'entrée en vigueur de la LIPR — La lenteur du gouvernement à nommer les nouveaux juges pour pourvoir les postes vacants a également occasionné un délai — Le détenu aurait pu déposer une demande en vertu de l'art. 84(1) pour être renvoyé dans un pays autre que la Syrie — Une demande en vertu de l'art. 84(2) n'est pas le recours approprié pour se plaindre des conditions de détention sévères — La Cour aurait fait face à un dilemme si la question de la sécurité s'était posée en l'instance parce que la Couronne n'avait pas déposé de preuve secrète — La Cour aurait demandé à la Couronne de produire la preuve ou d'y renoncer — Le refoulement dans un pays qui pratique la torture dans le contexte des obligations canadiennes en vertu du droit international — Le législateur doit réévaluer la politique se rapportant à ces questions.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La remise en liberté judiciaire lorsqu'il s'agit d'une détention obligatoire dans l'intérêt de la sécurité nationale n'est pas la réparation juste et convenable prévue par l'art. 24.*

*Droit international — Même si l'art. 115(2)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) autorise le refoulement vers un pays qui pratique la torture dans certaines circonstances, le législateur a assujéti la LIPR aux instruments internationaux portant sur les droits de la personne dont le Canada est signataire — L'expulsion dans un pays pratiquant la torture pourrait être possible en vertu de l'article premier et de l'art. 7 de la Charte.*

*Juges et tribunaux — La Cour trouve inquiétante la période de neuf mois qui s'est écoulée avant qu'une décision ne soit prise sur la demande d'autorisation de contrôle judiciaire — Le délai institutionnel causé par les ressources limitées de la Cour fédérale s'ajoute à la lenteur du gouvernement à pourvoir les postes de juge vacants.*

Il s'agissait d'un appel de la décision rendue par un juge désigné rejetant une demande de mise en liberté, en application du paragraphe 84(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

The facts were worthy of careful consideration since time as well as the parties' behaviour are of the essence of a subsection 84(2) judicial release from detention application. Almrei, a foreign national, was granted refugee status in June 2000. Security intelligence reports suggested that he belonged to an extremist network which supported Usama bin Laden and was involved in the forgery of documents to be used for international travel. Almrei has been in detention since October 19, 2001 under a security certificate indicating that it is believed he will engage in terrorism and belonged to an organization that has engaged in terrorist activities. A Judge of the then Federal Court—Trial Division found the certificate to be reasonable. In December, 2001 Almrei was notified of the Minister's intention to seek an opinion that he constituted a danger to Canadian security, thereby clearing the way for his removal to Syria. Then, on February 11, 2002, Almrei was ordered to be deported as a member of an inadmissible class. In January, 2003 a danger opinion was rendered. Almrei sought leave to apply for judicial review of the Minister's decision that he be removed. The Minister then agreed to suspend execution of the removal order and admitted that the danger opinion was tainted by serious errors. But, when his judicial release application was pending before a Judge, he was served with a notice that a fresh danger opinion was being sought. Then, on October 23, 2003, the Minister's delegate, acting under paragraph 115(2)(b) of the Act, determined that Almrei would be removed to Syria. Almrei sought a stay of the removal order and on November 27, 2003 the deportation order was stayed. At the resumed judicial release proceedings, the section 78, IRPA provision for *in camera*, *ex parte* procedures were debated and, following written submissions, it was ruled that the section did apply to a release application. A decision upon an application for the judicial review of the new danger opinion has not yet been rendered.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The preliminary issue was whether there is a right of appeal from the decision of a designated judge under IRPA, subsection 84(2). Such a decision being a decision of the Court, it is open to appeal unless the right has been either expressly or implicitly denied. Unlike the detention review of a permanent resident under section 83, a review of the detention of a foreign national under subsection 84(2) takes place following a determination of the reasonableness of the certificate and does not impact upon that determination. Nor is

Il fallait tenir particulièrement compte des faits puisque les délais et les agissements des parties sont une question essentielle lors d'une demande de mise en liberté en application du paragraphe 84(2). M. Almrei, un étranger, a obtenu le statut de réfugié en juin 2000. Selon les rapports secrets en matière de sécurité, M. Almrei faisait partie d'un réseau de groupes extrémistes qui soutenait Oussama ben Laden et d'un réseau de faussaires qui produisait de faux documents pour faciliter les déplacements à l'étranger. M. Almrei est détenu depuis le 19 octobre 2001 en vertu d'un certificat de sécurité indiquant qu'on pouvait penser qu'il commettrait des actes de terrorisme et qu'il était membre d'une organisation qui s'est livrée à des actes de terrorisme. Un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale a décidé que le certificat était raisonnable. En décembre 2001, M. Almrei a été informé que le ministre avait l'intention de solliciter un avis selon lequel le demandeur constituait un danger pour la sécurité au Canada, préparant ainsi son renvoi en Syrie. Ensuite, le 11 février 2002, une mesure d'expulsion a été prononcée contre M. Almrei au motif qu'il appartenait à une catégorie non admissible. Un avis selon lequel M. Almrei constituait un danger a été préparé en janvier 2003. M. Almrei a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du ministre de le renvoyer. Ensuite, le ministre a pris des dispositions pour surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi et il a reconnu que l'avis de danger était entaché d'erreurs graves. Mais le juge n'avait pas encore entendu la demande de mise en liberté quand un avis a été signifié à M. Almrei selon lequel le ministre allait demander un nouvel avis de danger. Ensuite, le 23 octobre 2003, le représentant du ministre a décidé, en application de l'alinéa 115(2)(b) de la Loi, que l'appelant serait renvoyé en Syrie. M. Almrei a sollicité un sursis d'exécution de la mesure de renvoi et, le 27 novembre 2003, la mesure d'expulsion a été suspendue. À la reprise de l'audience relative à l'examen de la demande de mise en liberté, l'article 78 de la LIPR concernant l'applicabilité de l'examen à huis clos et *ex parte* a été débattu et après la déposition des observations écrites, le juge a décidé que l'article 78 s'appliquait bien à une demande de mise en liberté. La décision concernant la demande de contrôle judiciaire du nouvel avis de danger n'a pas encore été rendue.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

La question préliminaire était de savoir si la décision rendue par un juge désigné, en application du paragraphe 84(2) de la LIPR, est susceptible d'appel. Puisqu'il s'agit d'une décision de la Cour fédérale, cette décision est susceptible d'appel, à moins d'une disposition expresse ou implicite à l'effet contraire. Contrairement à l'examen des motifs de la détention d'un résident permanent en vertu de l'article 83, l'examen des motifs de la détention d'un ressortissant étranger en application du paragraphe 84(2) a lieu après la décision sur



a right of appeal incompatible with the objective of subsection 84(2), which is to ensure due diligence on the part of the authorities in removing a foreign national detained on security grounds. Also, the detention or release issue is important in the context of an unreasonable delay that unduly prolongs detention, contrary to the constitutional right to liberty and security. Had it been Parliament's intention that erroneous detention or release decisions were to be left undisturbed, it would have made subsection 84(2) decisions final and exempt from appeal (as it did with respect to those on the reasonableness of a security certificate) or impliedly indicated (as in section 83) that such was the intention. It was in the public interest that subsection 84(2) be accorded an appellate court's binding interpretation and directions be given as to its scope, meaning, factors to be considered in its application and the burden and onus of proof. This was so because one designated judge is not bound by the decisions of another. Uniformity and consistency are desirable since the government's obligation to prevent the violation of a constitutional right is at stake.

The granting of a right of appeal raises a concern around dealing with the secret evidence that was before the designated judge but that problem was not too serious in the case at bar for a number of reasons, including that the primary focus of a subsection 84(2) application is whether the foreign national will be removed within a reasonable time; the secret evidence is not needed to determine that. It is otherwise in a section 83 detention review, because it is done almost exclusively on national security grounds. A subsection 84(2) application happens late in the process—at the enforcement stage—while section 83 detention reviews take place at an earlier stage when disclosure is being made on a continuing basis. It was conceded by the Crown that a renewal of a subsection 84(2) application is possible if new facts are discovered or there is a substantial change in the circumstances. In such situation, rather than to appeal the earlier decision, a new application should be brought.

Therefore *Federal Courts Act*, subsection 27(1) is still operative and gives the applicant a right of appeal against the subsection 84(2) judicial release decision.

le caractère raisonnable du certificat et n'a aucun impact sur cette décision. Le droit d'appel d'une décision n'est pas non plus incompatible avec le paragraphe 84(2) qui a pour objet d'assurer que les autorités feront preuve de diligence dans le renvoi d'un ressortissant étranger qui a été détenu pour des motifs de sécurité. En outre, le maintien de la détention ou la mise en liberté d'une personne est une question importante, dans le contexte d'un délai déraisonnable, lorsque la détention est prolongée d'une manière indue et injustifiable, en violation du droit constitutionnel à la liberté et à la sécurité de la personne. Si le législateur avait eu l'intention de ne pas modifier les décisions qui entraînent une détention ou une mise en liberté illégale, il aurait dit expressément que les décisions en vertu du paragraphe 84(2) étaient définitives et non susceptibles d'appel (comme il l'a fait concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité) ou il aurait en quelque sorte implicitement indiqué (comme il l'a fait à l'article 83) que telle était son intention. Le paragraphe 84(2) est une disposition qui, dans l'intérêt public, exige d'une juridiction d'appel une interprétation et des directives obligatoires relativement à sa portée, à son sens et aux facteurs dont il faut tenir compte dans son application et à la charge de la preuve. Il en était ainsi parce qu'un juge désigné n'est pas lié par les décisions des autres juges désignés. L'uniformité et la cohérence sont souhaitables puisque l'obligation du gouvernement d'empêcher toute atteinte à un droit constitutionnel est en jeu.

La reconnaissance d'un droit d'appel soulève une préoccupation concernant la preuve secrète dont était saisi le juge désigné, mais ce problème n'était pas trop grave en l'espèce pour plusieurs raisons, notamment qu'une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) vise essentiellement la question de savoir si l'étranger sera renvoyé dans un délai raisonnable; la preuve secrète n'est pas nécessaire pour prendre cette décision. La situation est différente lorsqu'il s'agit d'un contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83, parce que tel contrôle est fait presque exclusivement pour des motifs de sécurité nationale. Une demande en vertu du paragraphe 84(2) se produit à la fin du processus—à l'étape de l'exécution—alors que le contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83 a lieu tôt dans le processus pendant que la divulgation de la preuve se poursuit. La Couronne a reconnu que le renouvellement d'une demande en vertu du paragraphe 84(2) est possible s'il existe de nouveaux faits ou s'il y a un changement important des circonstances. Le cas échéant, il ne faut pas interjeter appel de la décision antérieure, mais plutôt déposer une nouvelle demande.

Pour ces motifs, le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique toujours et confère à l'appelant un droit d'appel contre la décision du juge concernant une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2).

Upon a subsection 84(2) judicial release application, applicant bears the onus of proof which has to be discharged on a balance of probabilities. The Court was unable to agree with appellant's submission that it was an impossible burden. In reality, he had only to establish that: (1) he has not been removed from Canada; (2) at least 120 days had elapsed since the security certificate was found reasonable; (3) he will not be removed within a reasonable time; and (4) release would not pose a danger to either national security or to any person's safety. In order to satisfy the third and fourth conditions, he has to put forward some evidence and the burden then shifts to the party opposing release. The Crown bears the evidentiary burden of introducing evidence that removal will be accomplished within a reasonable time and that the individual continues to constitute a threat. In this context of a first hearing the subsection 84(2) release applicant is not called upon to demonstrate a change in circumstances or to submit evidence not previously available.

The next question was whether the Judge erred in concluding that time spent by an applicant in seeking judicial remedies was not to be counted in determining whether removal will be carried out within a reasonable time. Appellant's challenge went to the Judge's jurisdiction to discount such delay. He further argued that, even if the Judge did possess such jurisdiction, it was here improperly exercised. While judicial remedies must be pursued diligently and in a timely fashion, this applies also to the government's responses and judicial hearings. Thus a judge must look both at the delay generated by the parties and at institutional delay. Under subsection 84(2) a judge is empowered to discount, in whole or in part, the delay due to proceedings resorted to by an applicant which have prevented the Crown from compliance with the law within a reasonable time. The Judge did not err in discounting the delay generated by appellant's challenge to the removal order.

The applicant argued that the Judge erred in law in finding that the IRPA, section 78 procedure is applicable to a subsection 84(2) application because subsection 84(2) does not incorporate section 78 unlike other provisions. Therefore Parliament's intention, it was argued, was that this unfair secret process not apply to a release application, the Crown having previously had the chance to adduce secret evidence at the hearing to determine the reasonableness of the certificate. The Court could not accede to that proposition. It could not be assumed that the need to protect national security ended once

Lors d'une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), la charge de la preuve incombe à la partie qui demande sa mise en liberté et la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités. La Cour a rejeté l'observation de l'appelant selon laquelle il s'agissait d'une charge impossible. En fait, l'appelant devait simplement établir: 1) qu'il n'avait pas été renvoyé du Canada; 2) qu'au moins 120 jours s'étaient écoulés depuis que le certificat de sécurité avait été jugé raisonnable; 3) qu'il ne serait pas renvoyé dans un délai raisonnable; 4) que sa mise en liberté ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Afin de satisfaire aux troisième et quatrième conditions, la personne qui demande sa mise en liberté a la charge de présenter une preuve et la partie qui conteste la mise en liberté a, à son tour, la charge de présenter une preuve. La Couronne a le fardeau de présenter une preuve que le renvoi aura lieu dans un délai raisonnable et que l'individu constitue toujours un danger. Dans le contexte d'une première audience, il n'est pas nécessaire que la personne qui sollicite sa mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) fasse la preuve d'un changement de circonstances ou soumette une preuve non disponible jusqu'alors.

La question suivante était de savoir si le juge avait commis une erreur en décidant que la période de temps qui s'est écoulée pendant qu'un demandeur sollicite réparation ne devait pas être calculée lorsqu'il s'agissait de décider si le renvoi aurait lieu dans un délai raisonnable. L'appelant a contesté la compétence du juge de ne pas tenir compte d'un tel délai. De plus, M. Almrei a allégué que même si le juge possédait cette compétence, il l'avait irrégulièrement exercée en l'espèce. Les demandes de réparations judiciaires doivent être présentées avec diligence et en temps utile et il en va de même pour les réponses gouvernementales et l'audition des demandes. Ainsi, le juge doit tenir compte du délai occasionné par les parties, ainsi que du délai institutionnel. Selon le paragraphe 84(2), un juge peut ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d'une procédure amorcée par un demandeur qui a empêché la Couronne d'appliquer la loi dans un délai raisonnable. Le juge n'a pas commis une erreur en ne tenant pas compte du délai occasionné par la contestation de M. Almrei de sa mesure de renvoi.

L'appelant a prétendu que le juge avait commis une erreur de droit en concluant que la procédure autorisée par l'article 78 de la LIPR s'appliquait à une demande en vertu du paragraphe 84(2) parce que le paragraphe 84(2) n'incorpore pas l'article 78, contrairement à d'autres dispositions. Ainsi, selon l'argument proposé, le législateur voulait que ce processus secret et injuste ne s'applique pas à une demande de mise en liberté parce que la Couronne avait déjà eu l'occasion de présenter une preuve secrète sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité à l'audience. La Cour ne pouvait accepter

the security certificate was found reasonable. And, the Supreme Court having held in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that a finding of reasonableness of the certificate is not conclusive proof that the individual is a danger to national security, it could not be said that the necessity for the Ministers to adduce evidence on the detention issue was preempted by their opportunity to present confidential evidence at the reasonableness hearing. A subsection 84(2) release application raises, for the first time, the need to detain in order to protect national security. Appellant's position would lead to incongruities and even absurdities: he could gain access to information that a citizen, charged with a criminal offence, would be denied.

Recognizing that oversights do occur in legislative drafting, Parliament apparently forgot to expressly make applicable to subsection 84(2) the procedural regime devised in section 78 to ensure protection of national security. The Court was, however, entitled to look at the impugned provision, its purpose, the Division in which located, the Division's purpose and the legislation's overall objective to ascertain whether the intention of Parliament could be presumed or was necessarily implied. Such an exercise led to the conclusion that Parliament intended that the section 78 safeguards would apply to a subsection 84(2) application. The same result would follow from *Canada Evidence Act*, section 38, which put in place an elaborate process to prevent the disclosure of sensitive or potentially injurious information in the context of a court proceeding. Furthermore, security information is frequently received in confidence from foreign sources, which would soon "dry up" if released to the public at the detention hearing of a foreign national. Parliament could not have intended that this would happen.

The appellant also suggested that the Judge had erred in his understanding and application of what was a "reasonable time". While the time already spent in detention and the conditions of that detention are factors to be taken into account, they are hardly determinative of the application. Indeed, upon a subsection 84(2) application, the test is future-oriented and release is not an option if the government provides compelling evidence of an imminent removal. Past delays or even abuses would, in that event, be irrelevant subject to the *caveat* that the length and conditions of past detention might be relevant in assessing the credibility of the evidence that removal is imminent. The appellant has been

cet argument. On ne pouvait prendre pour acquis que la nécessité de protéger la sécurité nationale cessait d'exister lorsqu'on concluait qu'un certificat de sécurité était raisonnable. De plus, la Cour suprême ayant dit dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* que ce n'est pas parce que le certificat de sécurité a été jugé raisonnable qu'il faut conclure que l'individu visé constitue un danger pour la sécurité nationale, on ne pouvait donc affirmer que les ministres avaient satisfait à leur besoin de présenter une preuve sur la question de la détention du fait qu'ils avaient eu l'occasion de le faire lors de l'étude du caractère raisonnable du certificat. Une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) soulève, pour la première fois, la nécessité de maintenir la détention afin de protéger la sécurité nationale. La position de l'appelant mènerait à des incongruités, voire des absurdités: l'appelant pourrait avoir accès à des renseignements qu'un citoyen canadien, accusé d'avoir perpétré une infraction criminelle, ne pourrait pas obtenir.

Il est vrai que la rédaction législative a quelquefois des ratés et le législateur semble avoir oublié de dire expressément que le régime décrit à l'article 78 qui a pour objet d'assurer la protection de la sécurité nationale s'applique au paragraphe 84(2). Néanmoins, la Cour pouvait examiner la disposition en cause, son objet, la section de la Loi dans laquelle elle se trouve, l'objet de cette section, ainsi que l'objectif global de la Loi afin de décider si l'intention du législateur pouvait être présumée ou était nécessairement implicite. L'examen a amené le juge à conclure que le législateur voulait que les mesures de protection prévues par l'article 78 s'appliquent à une demande en vertu du paragraphe 84(2). On atteindrait le même résultat en appliquant l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui a mis en place un processus détaillé pour empêcher la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles dans le cours d'une instance. De plus, les renseignements relatifs à la sécurité sont souvent reçus à titre confidentiel de sources étrangères; ces sources seraient bien vite «taries» si les renseignements étaient divulgués à une audience sur les motifs de la détention concernant un étranger. Cela ne pouvait pas être l'intention du législateur.

L'appelant a également prétendu que le juge avait commis une erreur concernant le sens et l'application des termes «dans un délai raisonnable». Même si le temps de détention et les conditions de cette détention sont des facteurs dont il faut tenir compte, ils sont loin d'être déterminants pour ce qui concerne la demande. De fait, le critère applicable pour une demande en vertu du paragraphe 84(2) est un critère qui vise l'avenir et la mise en liberté n'est plus possible si le gouvernement produit une preuve crédible d'un renvoi imminent. Le cas échéant, les délais antérieurs, voire les abus, ne seraient pas pertinents, mais la durée et les conditions de la détention antérieure pourraient l'être lors de l'appréciation de la crédibilité de la

detained for over three years and the history of the proceedings was chronicled in a timeline chart. It took 13 months to issue a danger opinion after deportation was ordered. The appellant suggested that this represented an unreasonable delay and resulted from understaffing at the Minister's department. But, while that may be true to a point, the major cause of delay at that stage originated with appellant. Once Almrei was advised that a danger opinion was to be sought, he totally changed his story, now admitting that he had been to Afghanistan, had lied to CSIS officers and, like other youths, had been encouraged by the Saudi government to go there to fight the infidels. He had taken basic military training and taught the Koran. He had also gone to a military camp for use in a new jihad developing in Tajikistan against the Russians. All Almrei's new revelations demanded careful analysis, both as to what they contained and what might remain concealed. That explained the delay in preparing the initial danger opinion. Furthermore, certain institutional delays did result from the coming into force, on June 28, 2002, of the IRPA. Again, the delay after January 17, 2003 was due to legal proceedings launched by appellant. While Almrei complained of abnormally long institutional delays in processing his judicial review applications, the delay was not unusual or unreasonable other than for a nine-month delay in rendering a decision on his leave application for judicial review. This was disturbing, considering that Almrei was in detention. Even so, the Federal Court possesses limited resources, a problem compounded by the Government's dilatoriness in making judicial appointments to fill vacant positions. On the other hand, the record did not indicate that Almrei had sought an expedited hearing of the leave application or of the judicial review, once leave had been granted. Almrei could have terminated his detention by indicating a willingness to leave Canada. Under subsection 84(1), he could have made application to the Minister, listing countries other than Syria to which he was willing to go. Almrei never made inquiries as to whether any country other than Syria would accept him. The evidence unequivocally indicated Almrei was about to be removed when he instituted these proceedings. Initially detained in solitary confinement under harsh conditions, the appellant was transferred into the general population where he was assaulted necessitating a return to solitary confinement. But he is seeking not an improvement of detention conditions but release. A subsection 84(2) application is not an appropriate remedy to seek relief from harsh detention conditions.

preuve selon laquelle le renvoi est imminent. L'appelant est détenu depuis plus de trois ans et l'historique des instances a été présenté dans un calendrier. L'avis de danger a été préparé 13 mois après la mesure d'expulsion. L'appelant a prétendu que ce délai était déraisonnable et qu'il était dû au manque de personnel au ministère. Mais même si cela est vrai jusqu'à un certain point, M. Almrei est la cause principale des délais à cette étape. Lorsque M. Almrei a été avisé qu'un avis de danger serait demandé, il a totalement modifié son discours, reconnaissant maintenant qu'il était allé en Afghanistan, qu'il avait menti aux agents du SCRS et, comme bien d'autres jeunes, qu'il avait été encouragé par le gouvernement saoudien à se battre contre les infidèles dans ce pays. Il avait reçu une formation militaire de base et avait enseigné le Coran. Il était également allé dans un camp militaire parce qu'un nouveau djihad était en train de se préparer contre les Russes au Tadjikistan. Tous ces renseignements nouvellement révélés par M. Almrei devaient être soigneusement analysés, non seulement pour ce qu'ils contenaient, mais pour ce qu'ils pouvaient cacher. Cela expliquait le délai dans la préparation du premier avis de danger. En outre, certains délais institutionnels avait été occasionnés par l'entrée en vigueur de la LIPR le 28 juin 2002. De plus, le délai postérieur au 17 janvier 2003 était dû aux demandes de contrôle judiciaire de l'appelant. Même si M. Almrei s'est plaint de délais institutionnels excessifs dans le traitement de ses demandes de contrôle judiciaire, le délai n'était pas inhabituel ou déraisonnable, sauf la période de neuf mois qui s'était écoulée avant la décision relative à la demande d'autorisation de contrôle judiciaire. Cela était inquiétant puisque M. Almrei était détenu. Néanmoins, la Cour fédérale a des ressources limitées, un problème qui s'est aggravé à cause de la lenteur du gouvernement à pourvoir les postes de juge vacants. Par contre, il n'y avait rien au dossier qui indiquait que M. Almrei avait demandé une audience accélérée sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, lorsque l'autorisation avait été accordée. M. Almrei aurait pu mettre fin à sa détention s'il s'était montré disposé à quitter le Canada. Selon le paragraphe 84(1), il aurait pu présenter une demande au ministre en indiquant dans quels pays, autres que la Syrie, il était disposé à se rendre. M. Almrei ne s'est jamais renseigné au sujet d'autres pays que la Syrie qui seraient disposés à l'accepter. La preuve démontrait sans équivoque que M. Almrei était sur le point d'être renvoyé lorsqu'il a déposé la présente demande. Il était détenu en isolement cellulaire dans des conditions très sévères, puis il a été transféré à la population carcérale générale où il a été agressé et il a fallu le renvoyer en isolement cellulaire. Il ne demande pas une amélioration des conditions de sa détention mais sa mise en liberté. Une demande en vertu du paragraphe 84(2) n'est pas le redressement approprié lorsqu'une personne veut se plaindre des conditions de détention sévères.

Appellant having failed to satisfy the Court that he will not be removed within a reasonable time, there was no need to speculate on whether his release would pose a threat to national security. For the same reason, it was unnecessary to consider the reliability and credibility of the secret evidence on national security threat. The Crown's decision not to file the secret evidence upon this appeal would have left the Court in a dilemma had the security issue remained alive herein. In such case, the Court would have directed the Crown to elect either to produce the evidence or renounce reliance upon it.

Even assuming that detention for three years in solitary confinement amounted to cruel and unusual treatment, contrary to Charter, section 12, judicial release from mandatory detention in the national security interest, is not a just and appropriate remedy within the contemplation of Charter, section 24. An appropriate and just remedy would be to alter or suppress those conditions of detention.

Reference was made to the House of Lords decision in *A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, but that case concerned the legality of indefinite detention, without charges, of terrorist suspects under *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.); our IRPA does not authorize indefinite administrative detention. While non-refoulement of an individual to a country where torture is practised is the general principle under the IRPA, paragraph 115(2)(b) does authorize the refoulement of those inadmissible on security grounds if, in the Minister's opinion, such person presents a danger to Canadian security. That said, Parliament has subjected the Act's application to international human rights instruments to which Canada is signatory. The Convention against Torture, which Canada has ratified, absolutely prohibits deportation to torture while the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Article 33(2) permits the refoulement of a refugee believed to present a security risk to the country in which he is. In *Suresh*, our Supreme Court, while acknowledging that the prohibition of torture may have gained status in international law as a peremptory norm, declined to shut the door to deportation to torture. Deportation to torture might be saved under the Charter, section 7 balancing process or possible under section 1. But that issue was not up for determination in the present proceeding. Contrary to the *A(FC)* case in the House of Lords, there was here no improper resort to immigration law in the battle against terrorism: Almrei had entered Canada by fraud and that justified utilization of Canadian immigration law. Also distinguishable was the very recent U.S. Supreme Court decision in *Clark v. Martinez*, which relates to limits on the detention of an alien.

Puisque l'appelant n'avait pas convaincu la Cour qu'il ne serait pas renvoyé dans un délai raisonnable, il n'était donc pas nécessaire de se demander si sa remise en liberté constituerait un danger pour la sécurité nationale. Pour la même raison, il n'était pas nécessaire de savoir si la preuve secrète concernant la sécurité nationale était fiable et crédible. Si la question de la sécurité s'était réellement posée, la décision de la Couronne de ne pas déposer la preuve secrète dans le présent appel aurait pu amener la Cour à faire face à un dilemme. Dans un tel cas, la Cour aurait ordonné à la Couronne de choisir entre produire la preuve ou renoncer à se fonder sur celle-ci.

Même si trois années passées en isolement cellulaire constituaient un traitement ou peine cruel et inusité, contrairement à l'article 12 de la Charte, la remise en liberté judiciaire lorsqu'il s'agit d'une détention obligatoire dans l'intérêt de la sécurité nationale n'est pas la réparation convenable et juste que l'article 24 de la Charte autorise. Une réparation juste et convenable serait de modifier ou de supprimer ces conditions de détention.

La décision de la Chambre des lords dans *A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, a été citée, mais cette décision concerne la légalité de la détention indéfinie de présumés terroristes en vertu de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (R.-U.), sans qu'aucune accusation ne soit portée; la LIPR n'autorise pas la détention administrative indéfinie. Même si l'alinéa 115(2)(b) de la LIPR établit le principe du non-refoulement d'une personne dans un pays où elle risque la torture, la disposition autorise le refoulement d'une personne interdite de territoire pour des raisons de sécurité si le ministre est d'avis que cette personne constitue un danger pour la sécurité nationale au Canada. Cela étant dit, le législateur a assujéti la mise en œuvre de la Loi aux instruments internationaux dont le Canada est signataire. La Convention contre la torture que le Canada a ratifiée interdit absolument de renvoyer une personne qui risque d'être soumise à la torture alors que le paragraphe 33(2) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* autorise le refoulement d'un réfugié réputé représenter un danger pour la sécurité du pays où il se trouve. Dans *Suresh*, la Cour suprême, même si elle a reconnu que la prohibition de la torture avait atteint en droit international le statut de norme impérative, n'a pas exclu l'expulsion vers un pays qui pratique la torture. L'expulsion vers un pays qui pratique la torture pourrait être légitimée par le processus de pondération de l'article 7 de la Charte ou en vertu de l'article premier. Cette question ne faisait toutefois pas l'objet de la présente instance. Contrairement à l'arrêt *A(FC)* de la Chambre des lords, les dispositions en matière d'immigration ont été régulièrement appliquées pour combattre le terrorisme: M. Almrei était entré au Canada par des moyens frauduleux, un comportement qui justifiait l'application des lois sur l'immigration. La situation

The instant appeal, as well as the pair of Charkaoui cases, are illustrative of the necessity for a policy reassessment as to the right of appeal in detention matters in order to clarify the intention of Parliament and for the sake of greater consistency. Also in need of review is the access to and use of secret evidence by appellate judges. Finally, Parliament should indicate what remedy is available to a permanent resident who, while detained, will not be removed within a reasonable time.

n'était pas la même dans la nouvelle décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Clark v. Martinez*, qui vise les limites de la détention d'un ressortissant étranger.

Le présent appel, ainsi que les deux décisions Charkaoui, révèlent qu'il faut réévaluer la politique sur le droit d'appel dans des cas de détention, afin de clarifier l'intention du législateur et d'assurer une plus grande cohérence. Il y a également lieu de se pencher sur la question de l'utilisation et de l'accès à la preuve secrète par les juges siégeant en appel. Enfin, le législateur devrait indiquer les réparations que peut obtenir un résident permanent qui est détenu et qui ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 12, 24.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Arts. 1, 2, 3, 16.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 27(1) (as am. *idem*, s. 34).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(e)(iii) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (iv)(C) (as am. *idem*), (f)(ii) (as am. *idem*), (iii)(B) (as am. *idem*), 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), 40.1(8) (as enacted *idem*, c. 29, s. 4), (9) (as enacted *idem*).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 34(1), 76 "information", 77(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 115(1),(2)(b).
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts. 4(2), 7.
- Terrorism Act 2000* (U.K.), 2000, c. 11.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33(2).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24.
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 12, 24.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 1, 2, 3, 16.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 33(2).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 27(1) (mod., *idem*, art. 34).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(e)(iii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (iv)(C) (mod., *idem*), (f)(ii) (mod., *idem*), (iii)(B) (mod., *idem*), 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11), 40.1(8) (édicte, *idem*, ch. 29, art. 4), (9) (édicte, *idem*).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)(f), 34(1), 76 «enseignements», 77(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 115(1),(2)(b).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 4(2), 7.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).
- Terrorism Act 2000* (R.-U.), 2000, ch. 11.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Charkaoui (Re)* (2004), 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; 77 C.R.R. (2d) 144; 7 Imm. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 40 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44.

## DISTINGUISHED:

*A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 FCA 407; *Abbott v. Canada* (1993), 64 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Clark v. Martinez*, 125 S. Ct. 716; 160 L. Ed. 2d 734 (2005).

## CONSIDERED:

*R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; (1990), 65 D.L.R. (4th) 193; 42 Admin. L.R. 118; 52 C.C.C. (3d) 481; 74 C.R. (3d) 1; 46 C.R.R. 104; 104 N.R. 81; 37 O.A.C. 63.

## REFERRED TO:

*A v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1502; [2002] E.W.J. No. 4678 (QL); *Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297; 2001 FCT 1288; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 245 F.T.R. 27; 2003 FC 1523; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2004] 1 F.C.R. 493; (2003), 238 F.T.R. 12; 2003 FC 928; *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68; 38 Imm. L.R. (3d) 179; 2004 FC 299; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; leave to appeal to S.C.C. denied October 22, 2003; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455; (2000), 184 D.L.R. (4th) 385; 134 B.C.A.C. 236; 143 C.C.C. (3d) 129; 32 C.R. (5th) 58; 252 N.R. 332; 2000 SCC 18; *Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 5198 (QL); [2003] O.T.C. 1104 (S.C.J.).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Charkaoui (Re)* (2004), 328 N.R. 201; 2004 CAF 421; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; 77 C.R.R. (2d) 144; 7 Imm. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 40 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 CSC 44.

## DÉCISIONS DISTINCTES:

*A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451; (2003), 236 D.L.R. (4th) 91; 315 N.R. 1; 2003 CAF 407; *Abbott c. Canada* (1993), 64 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Clark v. Martinez*, 125 S. Ct. 716; 160 L. Ed. 2d 734 (2005).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; (1990), 65 D.L.R. (4th) 193; 42 Admin. L.R. 118; 52 C.C.C. (3d) 481; 74 C.R. (3d) 1; 46 C.R.R. 104; 104 N.R. 81; 37 O.A.C. 63.

## DÉCISIONS CITÉES:

*A v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1502; [2002] E.W.J. n° 4678 (QL); *Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297; 2001 CFPI 1288; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 245 F.T.R. 27; 2003 CF 1523; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, [2004] 1 R.C.F. 493; (2003), 238 F.T.R. 12; 2003 CF 928; *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68; 38 Imm. L.R. (3d) 179; 2004 CF 299; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 CAF 246; autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée le 22 octobre 2003; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455; (2000), 184 D.L.R. (4th) 385; 134 B.C.A.C. 236; 143 C.C.C. (3d) 129; 32 C.R. (5th) 58; 252 N.R. 332; 2000 CSC 18; *Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. n° 5198 (QL); [2003] O.T.C. 1104 (C.S.J.).

APPEAL against a Federal Court decision ([2004] 4 F.C.R. 327; (2004), 249 F.T.R. 53; 38 Imm. L.R. (3d) 117; 2004 FC 420) denying an application for release from detention, under *Immigration and Refugee Protection Act*, subsection 84(2). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*John R. Norris, Barbara L. Jackman and Hadayt Nazami* for appellant.  
*Donald A. MacIntosh, Alexis Singer and Toby J. Hoffmann* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

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

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal against a decision of Blanchard J., of the Federal Court of Canada [[2004] 4 F.C.R. 327], sitting as a designated judge (Judge) under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] The learned Judge dismissed an application for judicial release from detention made by the appellant, Mr. Hassan Almrei, pursuant to subsection 84(2) of the IRPA. In order to facilitate the reading of these reasons, the following table of contents is provided:

Table of Contents

	<u>Para.</u>
Statement of the issues	3
Facts and procedure	5
Legislation	24
Preliminary issue: Whether a right of appeal exists against a decision of a designated judge rendered pursuant to subsection 84(2) of the IRPA	25

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2004] 4 R.C.F. 327; (2004), 249 F.T.R. 53; 38 Imm. L.R. (3d) 117; 2004 CF 420) rejetant la demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*John R. Norris, Barbara L. Jackman et Hadayt Nazami* pour l'appelant.  
*Donald A. MacIntosh, Alexis Singer et Toby J. Hoffmann* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Jackman and Associates, Toronto et Ruby & Edwardh, Toronto* pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision du juge désigné Blanchard de la Cour fédérale du Canada [[2004] 4 R.C.F. 327] en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[2] Le juge Blanchard a rejeté la demande de mise en liberté présentée par l'appelant, M. Hassan Almrei, en application du paragraphe 84(2) de la LIPR. Par souci de commodité, voici la table des matières des présents motifs:

Table des matières

	<u>paragraphe</u>
Énoncé des questions en litige	3
Faits et procédure	5
Dispositions législatives	24
Question préliminaire: La décision rendue par un juge désigné, en application du paragraphe 84(2) de la LIPR, est-elle susceptible d'appel?	25



Analysis of the issues	39	Analyse des questions en litige	39
1. Whether the Judge erred in deciding that, on an application for judicial release pursuant to subsection 84(2) of the IRPA, the burden is on the foreign national to prove that he or she will not be removed from Canada within a reasonable time and that his or her release will not pose a danger to national security or to the safety of any person	39	1. Le juge a-t-il commis une erreur en décidant que, dans une demande de mise en liberté présentée en application du paragraphe 84(2) de la LIPR, il incombe à l'étranger d'établir que la mesure de renvoi ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui?	39
2. Whether the Judge erred in concluding that the time spent by an applicant seeking remedies in court is not to be counted in determining whether removal will occur within a reasonable time	53	2. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que la période de temps qui s'est écoulée pendant que le demandeur demandait réparation au tribunal ne doit pas être calculée lorsqu'il s'agit de décider si le renvoi aura lieu dans un délai raisonnable?	53
3. Whether the Judge erred when he decided that section 78 of the IRPA, which deals with the protection of information relating to national security, applies to an application for judicial release under subsection 84(2), thereby allowing a designated judge to hear <i>ex parte</i> and <i>in camera</i> evidence from the Crown	59	3. Le juge a-t-il commis une erreur quand il a décidé que l'article 78 de la LIPR, qui garantit la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale, s'applique à une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), permettant ainsi à un juge désigné d'entendre à huis clos et <i>ex parte</i> la preuve de la Couronne?	59
4. Whether the <i>ex parte</i> and <i>in camera</i> process resulted in a breach of the principles of fairness	77	4. Le processus <i>ex parte</i> et à huis clos a-t-il entraîné une violation des principes d'équité?	77
5. Whether Mr. Almrei had provided evidence that his removal would not occur within a reasonable time and the Judge erred in not acknowledging it	78	5. M. Almrei avait-il établi que son renvoi n'aurait pas lieu dans un délai raisonnable et le juge a-t-il commis une erreur en ne reconnaissant pas le bien-fondé de cette preuve?	78
(a) the length of detention	84	a) la durée de la détention	84
(b) the conditions of detention	103	b) les conditions de détention	103
6. Whether the Judge failed to articulate the basis upon which he concluded that the secret evidence that he received was reliable,	107	6. Le juge a-t-il omis de présenter les motifs qui lui ont permis de conclure que la preuve secrète qu'il avait reçue était fiable, crédible	107

	credible and trustworthy, or whether he failed to properly test the reliability, credibility and trustworthiness of the evidence		et digne de foi, ou a-t-il omis de vérifier si la preuve était fiable, crédible et digne de foi?	
7.	Whether Mr. Almrei failed to establish that he would not be a danger to the security of Canada	107	7. M. Almrei a-t-il réussi à établir que sa mise en liberté ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale?	107
8.	Whether the Judge was mistaken in concluding that the continued detention of Mr. Almrei does not violate his constitutional rights under sections 7 and 12 of the Charter	111	8. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le maintien de la détention de M. Almrei ne violait pas les droits de M. Almrei en vertu des articles 7 et 12 de la Charte?	111
	The decision of the House of Lords in <i>A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department</i>	115	Décision de la Chambre des lords dans <i>A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department</i>	115
	The decision of the U.S. Supreme Court in <i>Clark v. Martinez</i>	131	Décision de la Cour suprême des États-Unis dans <i>Clark v. Martinez</i>	131
	Conclusion	134	Conclusion	134

#### Statement of the issues

[3] Mr. Almrei raises a number of issues that can be summarized as follows:

1 - Whether the Judge erred in deciding that, on an application for judicial release pursuant to subsection 84(2) of the IRPA, the burden is on the foreign national to prove that he or she will not be removed from Canada within a reasonable time and that his or her release will not pose a danger to national security or to the safety of any person;

2 - Whether the Judge erred in concluding that the time spent by an applicant seeking remedies in court is not to be counted in determining whether removal will occur within a reasonable time;

3 - Whether the Judge erred when he decided that section 78 of the IRPA, which deals with the protection of information relating to national security, applies to an application for judicial release under subsection 84(2),

#### Énoncé des questions en litige

[3] M. Almrei soulève plusieurs questions. En voici un résumé:

1 - Le juge a-t-il commis une erreur en décidant que, dans une demande de mise en liberté présentée en application du paragraphe 84(2) de la LIPR, il incombe à l'étranger d'établir que la mesure de renvoi ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui?

2 - Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que la période de temps qui s'est écoulée pendant que le demandeur demandait réparation au tribunal ne doit pas être calculée lorsqu'il s'agit de décider si le renvoi aura lieu dans un délai raisonnable?

3 - Le juge a-t-il commis une erreur quand il a décidé que l'article 78 de la LIPR, qui garantit la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale, s'applique à une demande de mise

thereby allowing a designated judge to hear *ex parte* and *in camera* evidence from the Crown;

4 - Whether the *ex parte* and *in camera* process resulted in a breach of the principles of fairness;

5 - Whether Mr. Almrei had provided evidence that his removal would not occur within a reasonable time and the Judge erred in not acknowledging it;

6 - Whether the Judge failed to articulate the basis upon which he concluded that the secret evidence that he received was reliable, credible and trustworthy, or whether he failed to properly test the reliability, credibility and trustworthiness of the evidence;

7 - Whether Mr. Almrei failed to establish that he would not be a danger to the security of Canada; and

8 - Whether the Judge was mistaken in concluding that the continued detention of Mr. Almrei does not violate his constitutional rights under sections 7 (liberty and security of the person) and 12 (protection against cruel and unusual treatment or punishment) 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.) [L.R.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter).

[4] Pursuant to a Direction issued by the Court on December 13, 2004, the parties were invited to submit their views as to whether there is a right to appeal a decision of a designated judge dismissing an application for judicial release made pursuant to subsection 84(2). At their request, the parties were given permission to file written submissions on the issue, January 28, 2005 being the latest date upon which Mr. Almrei could file his reply submissions. They also wanted to review and address a decision rendered by the House of Lords on December 16, 2004 regarding the legality of the detention of foreign nationals under the *English Terrorism Act 2000* (U.K.) 2000, c. 11: see *A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, on appeal from [2002] EWCA Civ 1502 [*sub. nom. A. v. Secretary of State for the Home Department*.

en liberté en vertu du paragraphe 84(2), permettant ainsi à un juge désigné d'entendre à huis clos et *ex parte* la preuve de la Couronne?

4 - Le processus *ex parte* et à huis clos a-t-il entraîné une violation des principes d'équité?

5 - M. Almrei avait-il établi que son renvoi n'aurait pas lieu dans un délai raisonnable et le juge a-t-il commis une erreur en ne reconnaissant pas le bien-fondé de cette preuve?

6 - Le juge a-t-il omis de présenter les motifs qui lui ont permis de conclure que la preuve secrète qu'il avait reçue était fiable, crédible et digne de foi, ou a-t-il omis de vérifier si la preuve était fiable, crédible et digne de foi?

7 - M. Almrei a-t-il réussi à établir que sa mise en liberté ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale?

8 - Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le maintien de la détention de M. Almrei ne violait pas les droits de M. Almrei en vertu de l'article 7 (liberté et sécurité de sa personne) et de l'article 12 (protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte)?

[4] Conformément à l'instruction de la Cour donnée le 13 décembre 2004, les parties ont été invitées à présenter leurs observations sur la question de savoir si la décision rendue par le juge désigné rejetant une demande de mise en liberté en application du paragraphe 84(2) était susceptible d'appel. À leur demande, les parties ont obtenu la permission de déposer des observations écrites à cet égard. M. Almrei avait jusqu'au 28 janvier 2005 pour déposer ses observations en réponse. Les parties souhaitaient également traiter d'une décision rendue par la Chambre des lords, le 16 décembre 2004, concernant la légalité de la détention de ressortissants étrangers en vertu de la loi britannique, la *Terrorism Act 2000* (R.-U.), 2000, ch. 11: voir *A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, affaire entendue en appel de [2002] EWCA

Following a brief summary of the relevant facts and procedure, I will begin by addressing the question of the existence of a right of appeal.

#### Facts and procedure

[5] The facts in these proceedings require special attention because time and the behaviour of the parties are of the essence of a subsection 84(2) application for judicial release from detention.

[6] Mr. Almrei is a foreign national. He was granted refugee status in June 2000.

[7] Security intelligence reports indicated that Mr. Almrei was a member of an international network of extremists supporting the views and ideas promoted by Usama bin Laden and that he was involved in a forgery ring with international connections and ramifications that produces false documents to facilitate international travel. He had obtained and used false passports to enter and exit countries. These reports also mentioned that he participated in jihad. A more detailed account of Mr. Almrei's alleged involvement with extremist groups and with the Bin Laden network can be found at paragraphs 37 to 43 of the Judge's decision. I will refer to it and to other relevant facts when reviewing some of the grounds of appeal.

[8] Mr. Almrei has been detained since October 19, 2001 on a security certificate. The certificate asserted that Mr. Almrei was a person inadmissible for the reasons stated in subparagraph 19(1)(e)(iii) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and clause 19(1)(e)(iv)(C) [as am. *idem*] as well as subparagraph 19(1)(f)(ii) [as am. *idem*] and clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. In a nutshell, it was alleged that there were reasonable grounds to believe that Mr. Almrei was engaged or will engage in terrorism and that he was a member of an organization that had engaged, is engaged or will engage in terrorism. The certificate was found to be reasonable by Tremblay-Lamer J. on November 23, 2001 [*Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (F.C.T.D.)].

Civ 1502 [*sub. nom. A. v. Secretary of State for the Home Department*]. Après avoir brièvement résumé les faits et la procédure en cause, je commencerai par examiner la question de l'existence d'un droit d'appel.

#### Faits et procédure

[5] En l'espèce, il faut tenir particulièrement compte des faits puisque les délais et les agissements des parties sont une question essentielle lors d'une demande de mise en liberté en application du paragraphe 84(2).

[6] M. Almrei est un étranger. Il a obtenu le statut de réfugié en juin 2000.

[7] Selon des rapports secrets en matière de sécurité, M. Almrei faisait partie d'un réseau international de groupes extrémistes qui observent et soutiennent les idéaux islamiques et les opinions embrassés par Oussama ben Laden; il faisait également partie d'un réseau de faussaires aux ramifications internationales qui produit des faux documents pour faciliter les déplacements à l'étranger. Il avait obtenu et utilisé de faux passeports pour entrer et sortir de divers pays. Les rapports mentionnaient également qu'il avait participé au djihad. On trouvera un compte rendu plus détaillé de la participation alléguée de M. Almrei aux groupes extrémistes et au réseau ben Laden aux paragraphes 37 à 43 de la décision du juge. J'y reviendrai, ainsi qu'à d'autres faits pertinents, dans l'examen de quelques-uns des motifs d'appel.

[8] M. Almrei est détenu depuis le 19 octobre 2001 en vertu d'un certificat de sécurité. Le certificat affirmait que M. Almrei était une personne interdite de territoire pour les motifs énoncés au sous-alinéa 19(1)e)(iii) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], division 19(1)e)(iv)(C) [mod. *idem*], sous-alinéa 19(1)f)(ii) [mod., *idem*] et division 19(1)f)(iii)(B) [mod., *idem*] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. En résumé, il était allégué qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Almrei était une personne dont on pouvait penser qu'elle se livrait ou s'était livrée à des actes de terrorisme et qu'elle était membre d'une organisation dont il y avait des motifs de croire qu'elle avait commis ou commettrait des actes de terrorisme. La juge Tremblay-Lamer a conclu, le 23 novembre 2001, que le

[9] On December 5, 2001, Mr. Almrei was informed that the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) would be seeking an opinion that he constituted a danger to the security of Canada. The issuance of such an opinion would permit Mr. Almrei's removal to Syria, a country of which he is a citizen.

[10] A deportation order was issued against Mr. Almrei on February 11, 2002 pursuant to subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the former *Immigration Act* on the ground that he was a member of a class inadmissible to Canada. On June 28, 2002, the IRPA came into force. Mr. Almrei applied for judicial release from detention under the IRPA on September 23, 2002. He could have applied for such release as early as June 2002.

[11] A first danger opinion was rendered in January 2003, following which the Minister, on January 13, 2003, decided to remove Mr. Almrei to Syria. Mr. Almrei was notified, on January 16, 2003, of the decision to remove him and of the arrangements made to that effect.

[12] The following day, Mr. Almrei sought leave for judicial review of the Minister's decision and a stay against the execution of his removal order. The Minister consented to leave being granted and undertook to suspend the execution of the removal order. In return, Mr. Almrei agreed to suspend his application for judicial release from detention.

[13] The Minister admitted that serious errors were made in the first danger opinion and consented to Mr. Almrei's application for judicial review of the opinion. Consent was given on April 23, 2003. Mr. Almrei then reinstated his application for judicial release from detention and the hearing was set for June 24, 2003. It lasted two days. The parties were given until the end of August 2003 to file written submissions.

certificat était raisonnable [*Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)].

[9] Le 5 décembre 2001, M. Almrei a été informé que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) solliciterait un avis selon lequel il constituait un danger pour la sécurité du Canada. S'il était rendu, l'avis autoriserait le renvoi du demandeur en Syrie, pays dont il est citoyen.

[10] Une mesure d'expulsion a été prononcée contre M. Almrei le 11 février 2002, conformément au paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, au motif qu'il appartenait à une catégorie non admissible au Canada. Le 28 juin 2002, la LIPR est entrée en vigueur. M. Almrei a présenté une demande de mise en liberté en vertu de la LIPR, le 23 septembre 2002. Il aurait pu demander sa mise en liberté dès juin 2002.

[11] Un premier avis selon lequel M. Almrei constituait un danger a été exprimé en janvier 2003, suivant lequel le ministre a décidé, le 13 janvier 2003, de renvoyer M. Almrei en Syrie. Le 16 janvier 2003, M. Almrei a été informé de la décision, ainsi que des dispositions prises à cet égard.

[12] Le lendemain, M. Almrei a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du ministre, ainsi qu'une requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi. Le ministre a consenti à ce que soit autorisé le dépôt de la demande de contrôle judiciaire et a pris des dispositions pour surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi. En retour, M. Almrei a accepté que soit suspendu l'examen de sa demande de mise en liberté.

[13] Le ministre a reconnu que de graves erreurs avaient été commises dans le premier avis de danger et il a consenti à la demande de contrôle judiciaire de l'avis présentée par M. Almrei. Il a donné son consentement le 23 avril 2003. M. Almrei a alors demandé la reprise de l'examen de sa demande de mise en liberté et la date de l'audience a été fixée au 24 juin 2003. L'audience a duré deux jours. Les parties devaient déposer leurs observations écrites avant la fin du mois d'août 2003.

[14] While his application for judicial release was still pending before the Judge, Mr. Almrei was served, on July 28, 2003, with a subsequent notice that a second danger opinion would be sought pursuant to paragraph 115(2)(b) of the IRPA. Mr. Almrei requested and obtained an extension of time, until September 2, 2003, to make submissions on the risk that he would face if a danger opinion were issued and if he were to be returned to Syria.

[15] On September 16, 2003, the parties discussed, during a telephone conference, the resumption of the hearing of the judicial release application. The earliest available date was November 24, 2003.

[16] Thereafter ensued, on October 17, 2003, an order requiring that some material be sealed and protected, and that a Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officer be made available for examination by Mr. Almrei. On November 21 and 24, 2003, after submissions were received from the parties, orders were issued whereby the disclosure of certain portions of the evidence was forbidden.

[17] However, on October 23, 2003, the Minister's delegate made a determination, as authorized by paragraph 115(2)(b) of the IRPA, that the appellant be removed to Syria. A week later, Mr. Almrei applied for leave and for judicial review of the Minister's delegate's decision.

[18] On November 21, 2003, it was indicated in an affidavit filed on behalf of the Crown that Mr. Almrei's removal date had been fixed and that the removal would occur within two and a half weeks.

[19] The removal being imminent, Mr. Almrei requested a stay of the removal order until his application for leave and for judicial review of the Minister's delegate's decision could be heard. In the meantime, the hearing of the judicial release application was adjourned. On November 27, 2003, the deportation order dated February 11, 2003 was stayed and the judicial release proceedings resumed. They continued on the following day.

[14] Le juge n'avait pas encore entendu la demande de mise en liberté quand un avis a été signifié à M. Almrei, le 28 juillet 2003, selon lequel le ministre allait demander un deuxième avis de danger, conformément à l'alinéa 115(2)b) de la LIPR. M. Almrei a sollicité et obtenu une prorogation du délai, jusqu'au 2 septembre 2003, afin de présenter ses observations sur les risques auxquels il serait exposé si un avis de danger était émis et qu'il devait retourner en Syrie.

[15] Le 16 septembre 2003, les parties ont discuté, par conférence téléphonique, de la reprise de l'examen de la demande de mise en liberté du demandeur. Le 24 novembre 2003 était la date la plus rapprochée disponible pour la reprise de l'examen.

[16] S'en est suivie, le 17 octobre 2003, une ordonnance qui exigeait que certains documents demeurent confidentiels et qu'un agent du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) soit disponible pour être interrogé par M. Almrei. Les 21 et 24 novembre 2003, après réception des observations des parties, des ordonnances ont été rendues concernant la non-divulgence de certains éléments de preuve.

[17] Toutefois, le 23 octobre 2003, le représentant du ministre a décidé, en application de l'alinéa 115(2)b) de la LIPR, que l'appelant devait être renvoyé en Syrie. Une semaine plus tard, M. Almrei a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre.

[18] Le 21 novembre 2003, une preuve par affidavit produite au nom de la Couronne indiquait que la date de renvoi de M. Almrei avait été choisie et que le renvoi aurait lieu, au plus tard, dans deux semaines et demie.

[19] Comme son renvoi était imminent, M. Almrei a sollicité un sursis d'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit disposé de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre. Entre-temps, l'audition de la demande de mise en liberté a été ajournée. Le 27 novembre 2003, la mesure d'expulsion du 11 février 2003 a été suspendue et l'examen de la demande de mise en liberté a repris. L'examen s'est poursuivi le lendemain.

[20] At this two-day hearing, arguments were made as to the applicability of the *in camera* and *ex parte* process envisaged by section 78 of the IRPA. The debate led to written submissions made by the parties and a decision by the Judge, on December 29, 2003, that section 78 applied to an application for release under subsection 84(2) of the IRPA [*Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 245 F.T.R. 27 (F.C.)].

[21] The judicial release hearing resumed on January 5, 2004 and concluded two days later. Submissions were filed by the parties and Mr. Almrei requested and obtained an extension of time, until February 18, 2004, to file his reply submissions. The decision on the subsection 84(2) application for judicial release was rendered on March 19, 2004. This is the decision under appeal.

[22] I should add, for the sake of completeness, that leave to seek judicial review of the second danger opinion was granted on August 3, 2004 and that the hearing on the application for judicial review itself took place on November 16 and 17, 2004. The matter was reserved. At the time of writing these reasons, the decision had not yet been rendered.

[23] As this brief summary of the facts and procedure points out, Mr. Almrei's case has generated many hearings and proceedings which, in turn, have been time-consuming and have resulted in a protracted process. I now turn to the legislative framework.

#### Legislation

[24] I reproduce below all relevant provisions [of the IRPA] because their reading facilitates the understanding of the analysis that follows [ss. 77(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 79 (as am. *idem*)]:

#### DIVISION 4

##### INADMISSIBILITY

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

[20] Au cours de l'audience de deux jours, des arguments ont été présentés concernant l'applicabilité de l'examen à huis clos et *ex parte* prévu par l'article 78 de la LIPR. La discussion a amené les parties à déposer des observations écrites et le juge a décidé, le 29 décembre 2003, que l'article 78 de la LIPR s'appliquait à une demande de mise en liberté faite en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR [*Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 245 F.T.R. 27 (C.F.)].

[21] L'examen de la demande de mise en liberté a repris le 5 janvier 2004 et s'est terminé le 7 janvier 2004. Les parties ont présenté leurs observations et M. Almrei a demandé et obtenu une prorogation du délai pour déposer ses observations en réponse, soit jusqu'au 18 février 2004. La décision concernant la demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) a été rendue le 19 mars 2004. Il s'agit de la décision visée par l'appel.

[22] Je devrais ajouter, pour tout dire, que l'autorisation relative au contrôle judiciaire du deuxième avis de danger a été accordée le 3 août 2004 et que l'audition de la demande de contrôle judiciaire a eu lieu les 16 et 17 novembre 2004. La question a été mise en délibéré. Au moment de la rédaction des présents motifs, la décision n'avait pas encore été rendue.

[23] Comme le souligne ce bref résumé des faits et de la procédure, le dossier de M. Almrei a rendu nécessaires plusieurs audiences et instances qui, d'ailleurs, ont pris beaucoup de temps et ont retardé le processus. Je vais maintenant examiner le cadre législatif.

#### Dispositions législatives

[24] Voici toutes les dispositions pertinentes [de la LIPR]. Leur lecture permettra de mieux comprendre l'analyse qui suit [art. 77(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 79 (mod., *idem*)]:

#### SECTION 4

##### INTERDICTIONS DE TERRITOIRE

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

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

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

(c) engaging in terrorism;

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

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

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

...

#### DIVISION 9

##### PROTECTION OF INFORMATION

...

**76.** The definitions in this section apply in this Division.

...

“information” means security or criminal intelligence information and information that is obtained in confidence from a source in Canada, from the government of a foreign state, from an international organization of states or from an institution of either of them.

...

**77.** (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

...

**78.** The following provisions govern the determination:

(a) the judge shall hear the matter;

(b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any

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

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

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

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

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

[. . .]

#### SECTION 9

##### EXAMEN DE RENSEIGNEMENTS À PROTÉGER

[. . .]

**76.** Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente section.

[. . .]

«renseignements» Les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et ceux obtenus, sous le sceau du secret, de source canadienne ou du gouvernement d’un État étranger, d’une organisation internationale mise sur pied par des États ou de l’un de leurs organismes.

**77.** (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu’un résident permanent ou qu’un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu’il en soit disposé au titre de l’article 80.

[. . .]

**78.** Les règles suivantes s’appliquent à l’affaire:

a) le juge entend l’affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments



other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a

de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce

proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

**80.** (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

**81.** If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

...

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

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

dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

**80.** (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

**81.** Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

[ . . . ]

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

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

Preliminary issue: Whether a right of appeal exists against a decision of a designated judge rendered pursuant to subsection 84(2) of the IRPA

[25] Rights of appeal are statutory rights. As a general rule, they do not exist unless they are created by statute. Subsection 27(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] gives a right of appeal against an interlocutory or final decision of the Federal Court. This Court held in *Charkaoui (Re)* (2004), 328 N.R. 201 (F.C.A.) (*Charkaoui* (2004)), at paragraphs 40-42, that a decision of a designated judge under the IRPA is a decision of the Court. Therefore, a decision rendered by a designated judge pursuant to subsection 84(2) can be appealed unless the right of appeal has been expressly or implicitly denied.

[26] Counsel for the respondents (the Crown) contends that the right of appeal conferred by the *Federal Courts Act* has been implicitly denied by the regime put in place under the IRPA. He relies upon another decision of this Court involving Mr. Charkaoui, *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 451 (F.C.A.) (*Charkaoui* (2003)) where it was found that the decision of a designated judge regarding the detention of a permanent resident is not subject to appeal mainly because of the continuous detention review process for permanent residents established by section 83 of the IRPA. With respect, I believe that the situation is factually and legally different in the present instance where the detention of a foreign national occurs under sections 82 and 84.

[27] The review of the detention of a permanent resident under section 83 takes place before a judge makes a determination on the reasonableness of the certificate, and thus before the judicial determination that would result in the permanent resident being found conclusively to be inadmissible to Canada. A decision by our Federal Court of Appeal, to whom, by way of appeal, the question of detention would be submitted, if it were to conclude that the detainee poses no risk to the security

Question préliminaire: La décision rendue par un juge désigné, en application du paragraphe 84(2) de la LIPR, est-elle susceptible d'appel?

[25] Un droit d'appel est un droit prévu par la loi. En règle générale, il n'y a pas de droit d'appel sauf si ce droit est prévu par une disposition législative. Le paragraphe 27(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], reconnaît le droit d'interjeter appel d'un jugement définitif ou interlocutoire de la Cour fédérale. La Cour a décidé, dans *Charkaoui (Re)* (2004), 328 N.R. 201 (C.A.F.) (*Charkaoui* (2004)), aux paragraphes 40 à 42, que la décision d'un juge désigné, en vertu de la LIPR, est une décision de la Cour. Par conséquent, la décision rendue par un juge désigné en application du paragraphe 84(2) est susceptible d'appel, à moins d'une disposition expresse ou implicite à l'effet contraire.

[26] L'avocat des intimés (la Couronne) prétend que le régime mis en place par la LIPR empêche implicitement l'exercice du droit d'appel conféré par la *Loi sur les Cours fédérales*. Il se fonde sur une autre décision de la Cour concernant M. Charkaoui, *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 451 (C.A.F.) (*Charkaoui* (2003)), dans laquelle la Cour a conclu que la décision d'un juge désigné concernant le maintien en détention d'un résident permanent n'est pas susceptible d'appel, au motif principalement qu'il existe en vertu de l'article 83 de la LIPR un processus d'examen continu des motifs de la détention d'un résident permanent. J'estime respectueusement que, dans la présente affaire, les faits et les dispositions législatives applicables ne sont pas les mêmes lorsque la détention d'un étranger s'opère en vertu des articles 82 et 84.

[27] L'examen des motifs de la détention d'un résident permanent, en vertu de l'article 83, a lieu avant que le juge ne prenne une décision sur le caractère raisonnable du certificat, et donc avant que le tribunal ne décide, d'une manière définitive, que le résident permanent est interdit de territoire au Canada. Si la Cour d'appel fédérale, saisie en appel de la question des motifs de la détention, devait conclure que le détenu ne constitue pas un danger pour la sécurité nationale, la décision

of Canada, would, for all practical purposes, preempt the decision of the judge on the reasonableness of the security certificate while such decision has been reserved to the designated judge and is final and without appeal or judicial review: see subsection 80(3) of the IRPA. By contrast, a review of the detention of a foreign national under subsection 84(2) happens after the determination on the reasonableness of the certificate has been made and in the different context of a delayed removal from Canada. At that stage, an appeal on the question of detention bears no impact on the finding regarding the reasonableness of the certificate and on the designated judge's exclusive jurisdiction to make such a finding.

[28] Secondly, nothing indicates, in subsection 84(2) of the IRPA, that the appeal permitted under subsection 27(1) of the *Federal Courts Act*, is prohibited. A right of appeal of a decision rendered pursuant to subsection 84(2) is not incompatible with the objective of that subsection which, broadly stated, is to ensure that due diligence will be exercised by the authorities in removing a foreign national who has been detained for security reasons. Contrary to section 83 which applies to permanent residents whose continuous and mandatory periodical revision of detention by a designated judge makes a right of appeal impracticable and impractical, subsection 84(2) does not afford this kind of protection. In these circumstances, a review by way of appeal is likely to ensure better compliance with the provision and the obligation that it contains to proceed with the removal within a reasonable time.

[29] Thirdly, the issue of detention or release is an important and significant one in the context of an unreasonable delay by the authorities that unduly and unjustifiably prolongs the detention of a person in violation of his or her constitutional right to liberty and security of the person. I can see no benefit to society in either the illegal, unconstitutional or unwarranted detention of a foreign national or his or her illegal or unwarranted release from detention resulting from legal errors or arbitrary findings, by a designated judge, that cannot be corrected. If Parliament's intent was to leave undisturbed erroneous or arbitrary decisions leading to

évincerait, à toutes fins pratiques, la décision du juge concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité, alors que cette décision est réservée au juge désigné et qu'elle est définitive et non susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire: voir le paragraphe 80(3) de la LIPR. Par contre, l'examen des motifs de la détention d'un ressortissant étranger, en application du paragraphe 84(2), a lieu après la décision sur le caractère raisonnable du certificat et dans le contexte différent d'un renvoi différé du Canada. À cette étape, un appel concernant la détention n'a aucun impact sur la décision relative au caractère raisonnable du certificat, ni sur la compétence exclusive du juge désigné pour prendre une telle décision.

[28] Deuxièmement, rien n'indique, au paragraphe 84(2) de la LIPR, que l'appel autorisé en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* soit interdit. Le droit d'appel d'une décision rendue conformément au paragraphe 84(2) n'est pas incompatible avec la disposition qui, en termes généraux, a pour objet d'assurer que les autorités feront preuve de diligence dans le renvoi d'un ressortissant étranger qui a été détenu pour des motifs de sécurité. L'article 83 s'applique aux résidents permanents et prévoit le contrôle continu et périodique obligatoire des motifs de la détention par un juge désigné. Contrairement à cet article qui, de ce fait, rend l'exercice du droit d'appel peu pratique et virtuellement impossible, le paragraphe 84(2) ne prévoit pas ce type de protection. Dans ces circonstances, un examen par voie d'appel est susceptible de mieux assurer le respect de la disposition et de l'obligation de procéder au renvoi dans le délai raisonnable qu'elle prévoit.

[29] Troisièmement, le maintien de la détention ou la mise en liberté d'une personne est une question importante, dans le contexte d'un délai déraisonnable, lorsque les autorités prolongent d'une manière indue et injustifiable la détention d'une personne, en violation de son droit constitutionnel à la liberté et à la sécurité de la personne. Je ne vois aucun avantage, pour la société, qu'un ressortissant étranger soit détenu d'une manière injustifiée, inconstitutionnelle et illégale, ni qu'il soit mis en liberté d'une manière injustifiée ou illégale à cause d'erreurs juridiques ou de conclusions arbitraires, tirées par un juge désigné, qui ne peuvent être corrigées. Si le

an unlawful detention or release, it would have either expressly made these decisions under subsection 84(2) final and exempt from appeal, as it did with respect to the reasonableness of the security certificate, or it would have somehow indicated, at least impliedly as it did in section 83, that this is what it wished.

[30] Fourthly, as will become apparent when I review Mr. Almrei's grounds of appeal, subsection 84(2) is a provision which, in the public interest, requires binding interpretations and directions as to its scope, meaning, the factors to be taken into account in its application and the burden and onus of proof, a result which can only be obtained from an appellate power since a designated judge is not bound by the decisions of other designated judges. Consistency and uniformity in the interpretation and application of this provision is most desirable when the constitutional right to liberty and the government's obligation to prevent a violation of that constitutional right are at stake.

[31] Fifthly, as a purely practical reason to be acknowledged as this Court did in *Charkaoui* (2004), at paragraph 60, parallel challenges could have been or could be initiated before the Federal Court and possibly the same designated judge regarding Charter breaches of sections 7 and 12 and the scope of the jurisdiction of a judge hearing a subsection 84(2) application, be it a question of lack, abuse or excess of jurisdiction or refusal to exercise it. The ensuing decisions of the Federal Court on these constitutional challenges, Charter breaches or jurisdictional questions would be subject to appeal. Two of Mr. Almrei's grounds of appeal raise these questions and it would be a waste of time and judicial resources to ask him to start new proceedings in the Federal Court.

[32] The granting of a right of appeal does raise a practical concern with the handling and review of the secret evidence that was before the designated judge. This concern was discussed in *Charkaoui* (2003),

législateur avait l'intention ne pas modifier des décisions erronées ou arbitraires qui entraînent une détention ou une mise en liberté illégale, il aurait dit expressément que les décisions en vertu du paragraphe 84(2) étaient définitives et non susceptibles d'appel, comme il l'a fait concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité, ou il aurait en quelque sorte indiqué, du moins implicitement comme il l'a fait à l'article 83, que tel était son désir.

[30] Quatrièmement, comme il apparaîtra dans l'examen des motifs d'appel de M. Almrei, le paragraphe 84(2) est une disposition qui, dans l'intérêt public, exige des interprétations et directives obligatoires relativement à sa portée, à son sens, aux facteurs dont il faut tenir compte dans son application et à la charge de la preuve, résultat qui ne peut être obtenu que d'une juridiction d'appel puisqu'un juge désigné n'est pas lié par les décisions des autres juges désignés. Il est beaucoup plus souhaitable d'assurer la cohérence et l'uniformité de l'interprétation et de l'application de cette disposition lorsque le droit constitutionnel à la liberté de la personne et l'obligation du gouvernement d'empêcher toute atteinte à ce droit constitutionnel sont en jeu.

[31] Cinquièmement, pour des raisons tout à fait pratiques qu'il faut reconnaître, comme l'a fait la Cour au paragraphe 60 de l'arrêt *Charkaoui* (2004), les parties auraient pu suivre une procédure parallèle devant la Cour fédérale et peut-être devant le même juge désigné au sujet de la violation des articles 7 et 12 de la Charte et de la compétence du juge qui entend une demande en vertu du paragraphe 84(2), qu'il s'agisse d'une question d'absence, d'abus ou d'excès de compétence ou du refus d'exercer ladite compétence. Les décisions prises par la suite, par la Cour fédérale, concernant ces questions constitutionnelles, violations de la Charte ou questions de compétence, seraient susceptibles d'appel. Deux des motifs d'appel de M. Almrei soulèvent ces questions et ce serait une perte de temps et de ressources judiciaires de lui demander d'instituer une nouvelle procédure devant la Cour fédérale.

[32] La reconnaissance d'un droit d'appel soulève néanmoins une préoccupation pratique concernant le traitement et l'examen de la preuve secrète dont est saisi le juge désigné. Cette préoccupation a été abordée dans

especially in respect of new evidence concerning the issue of national security that may be obtained after a decision on the issue of detention has been rendered. I believe that such a concern, while still a proper one, is not as serious in the present instance for the following reasons.

[33] As these very proceedings reveal and as it will become apparent when I discuss grounds of appeal Nos. 6 and 7, the primary focus of a subsection 84(2) application for judicial release is whether or not the foreign national will be removed within a reasonable time. The secret evidence is not needed for that purpose. It is only if there is evidence that the removal will not take place within a reasonable time that it is necessary to consider whether the release of the foreign national would pose a danger to national security or to the safety of any person. At that time, a review of the order maintaining detention may require a review of the secret evidence, but, again, this is necessary only if the evidence on the public record appears insufficient to support the order. Thus, the filing of the secret evidence may not be necessary in each case of a subsection 84(2) application for judicial release.

[34] The situation is obviously quite different when it is a detention review under section 83 because it is done primarily, indeed almost exclusively, on grounds of national security in the context of proceedings to determine the reasonableness of security certificates (the other ground being the likelihood of not appearing at a proceeding or for removal). Thus, in section 83 detention reviews, national security is at the forefront of the review while, in a subsection 84(2) application for judicial release, removal within a reasonable time, after the security proceedings are completed, is the central question.

[35] In addition, for the reasons that I just stated above, the question of admissibility and evaluation of new evidence relating to national security is less likely to occur in the context of a subsection 84(2) application for

*Charkaoui* (2003), particulièrement au regard d'une nouvelle preuve concernant la sécurité nationale qui peut être obtenue après qu'une décision sur la question de la détention a été rendue. J'estime qu'une telle préoccupation, quoique régulière, n'est pas aussi grave en l'espèce pour les motifs suivants.

[33] Comme le révèle la présente procédure et comme il apparaîtra quand j'aborderai les motifs d'appel nos 6 et 7, une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) vise essentiellement la question de savoir si l'étranger sera renvoyé dans un délai raisonnable. Il n'est point nécessaire d'avoir une preuve secrète à cette fin. Ce n'est que s'il existe une preuve que le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable qu'il faut examiner la question de savoir si la mise en liberté du ressortissant étranger constituera un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. À ce moment-là, un examen de l'ordonnance en vue du maintien de la détention pourrait exiger un examen de la preuve secrète, mais, encore une fois, cela n'est nécessaire que si la preuve au dossier public ne justifie pas l'ordonnance. Ainsi, la production d'une preuve secrète n'est pas toujours nécessaire à chaque fois qu'il y a une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2).

[34] Bien entendu, la situation est différente lorsqu'il s'agit d'un contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83, parce que tel contrôle est fait d'abord, et d'ailleurs presque exclusivement, pour des motifs de sécurité nationale dans une instance qui a pour objet de décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité (l'autre motif étant que la personne se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi). Ainsi, lors d'un contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83, la question de la sécurité nationale est au cœur de l'examen alors que, dans une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), le renvoi dans un délai raisonnable, lorsque la procédure relative au certificat de sécurité est terminée, est la question principale qui se pose.

[35] En outre, pour les motifs que j'ai déjà énoncés, la question d'admissibilité et d'appréciation d'une nouvelle preuve concernant la sécurité nationale est moins susceptible de se poser lors d'une demande de mise en

judicial release than in the course of a detention review under section 83. The subsection 84(2) application comes late in the process, indeed at the enforcement stage of the decision confirming the reasonableness of the security certificate, that is to say at least four months after that decision. The section 83 detention reviews take place early on and throughout the process leading to the adjudication on the security certificate. During these proceedings, disclosure of evidence occurs on a continuing basis: see *Charakaoui* (2003), at paragraph 79. The addition of new evidence relating to national security, at various stages of the process, is almost a hallmark of these proceedings. That is less likely to be the case in subsection 84(2) applications where evidence of removal within a reasonable time is the key element.

[36] The Crown conceded at the hearing that a renewal of a subsection 84(2) application is possible if new facts are discovered or if there is a substantial change in circumstances since the previous application. It submitted, in its supplementary memorandum of facts and law, that this expansive interpretation of subsection 84(2) is warranted and supported by a purposive interpretation of the section whose objective is to ensure judicial examination of detention and judicial protection against indeterminate or indefinite detention. In such a case, in my respectful view, the procedure to follow is not to bring an appeal from the earlier decision, but to make a new application on the basis of new evidence or of a change in circumstances. Should new evidence be discovered when an appeal in relation to a subsection 84(2) application is pending and should new evidence pose practical difficulties, this Court can send the matter back to a designated judge for a new determination on the basis of the new evidence.

[37] In conclusion, I do not expect the same kind and level of practical difficulties on a subsection 84(2) application for judicial release as those that are encountered on a section 83 detention review.

liberté en application du paragraphe 84(2), qu'au cours d'un contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83. Une demande en vertu du paragraphe 84(2) se produit à la fin du processus et d'ailleurs, à l'étape de l'exécution d'une décision confirmant le caractère raisonnable du certificat de sécurité, c'est-à-dire au moins quatre mois après cette décision. Le contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83 a lieu tôt dans le processus et pendant l'ensemble de celui-ci, jusqu'à la décision sur le certificat de sécurité. Pendant ces diverses instances, la divulgation de la preuve se poursuit: voir *Charakaoui* (2003), au paragraphe 79. Il y a presque toujours une nouvelle preuve concernant la sécurité nationale qui s'ajoute, à diverses étapes du processus. Cela est moins susceptible de se produire lors d'une demande en vertu du paragraphe 84(2), alors que l'élément clé est une preuve de renvoi dans un délai raisonnable.

[36] La Couronne a reconnu, à l'audience, que le renouvellement d'une demande en vertu du paragraphe 84(2) est possible s'il existe de nouveaux faits ou s'il y a un changement important des circonstances depuis la demande antérieure. La Couronne prétend, dans son mémoire supplémentaire des faits et du droit, que cette interprétation élargie du paragraphe 84(2) est justifiée et appuyée par une interprétation de la disposition législative en vertu de son objet, celui-ci étant d'assurer le contrôle judiciaire des motifs de la détention et la protection judiciaire contre toute détention de durée indéterminée ou indéfinie. Le cas échéant, avec respect, il ne faut pas interjeter appel de la décision antérieure, mais déposer une nouvelle demande au motif qu'il existe une nouvelle preuve ou un changement de circonstances. Si une nouvelle preuve devient disponible pendant qu'un appel en rapport avec une demande en vertu du paragraphe 84(2) est en cours et si cette nouvelle preuve pose des difficultés d'ordre pratique, la Cour peut renvoyer l'affaire devant un juge désigné, pour nouvelle décision, compte tenu de la nouvelle preuve.

[37] Somme toute, je ne m'attends pas aux mêmes difficultés pratiques lors d'une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) que celles que nous rencontrons dans un contrôle des motifs de la détention en vertu de l'article 83.



[38] For these reasons, I am of the view that subsection 27(1) of the *Federal Courts Act* is still operative and gives Mr. Almrei a right of appeal against the decision of the Judge on the subsection 84(2) application for judicial release. If I am wrong in my conclusion, I nonetheless believe that, in view of all the time, expense and energy spent, I should answer Mr. Almrei's grounds of appeal.

#### Analysis of the issues

Ground No. 1: Whether the Judge erred in deciding that, on an application for judicial release pursuant to subsection 84(2) of the IRPA, the burden is on the foreign national to prove that he or she will not be removed from Canada within a reasonable time and that his or her release will not pose a danger to national security or to the safety of any person

[39] The issue of the burden of proof on a subsection 84(2) application for judicial release was conclusively determined by this Court in *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (F.C.A.). Linden J.A., for a unanimous Court, decided that the onus of proof rests with the person who brings the application for judicial release and that it has to be discharged on a balance of probabilities. At issue was an application for judicial release pursuant to subsections 40.1(8) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4] and (9) [as enacted *idem*] of the former *Immigration Act*. These subsections have now been replaced by subsection 84(2) of the IRPA. Mr. Almrei wants us to revisit that decision. He submits that it is an impossible burden, especially in view of the fact that it has to be discharged according to the standard of a balance of probabilities.

[40] Apart from the fact that I agree with my colleague Linden J.A. that his conclusion regarding the onus of proof is warranted by the text of subsection 84(2), I do not share Mr. Almrei's concern that it puts an impossible burden on him for the following reasons.

[38] Pour ces motifs, je suis d'avis que le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique toujours et confère à M. Almrei un droit d'appel contre la décision du juge concernant la demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2). Si ma conclusion est erronée, j'estime néanmoins que, compte tenu du temps, de l'argent et de l'énergie dépensés, je devrais répondre aux motifs d'appel de M. Almrei.

#### Analyse des questions en litige

Motif n° 1: Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que, dans une demande de mise en liberté présentée en application du paragraphe 84(2) de la LIPR, il incombe à l'étranger d'établir que la mesure de renvoi ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui?

[39] La question de la charge de la preuve lors d'une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) a été tranchée par la Cour, d'une manière irréfutable, dans *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (C.A.F.). Le juge Linden, J.C.A. a décidé, dans un jugement unanime, que la charge de la preuve incombe à la partie qui demande sa mise en liberté et que la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités. Il s'agissait, dans cette affaire, d'une demande de mise en liberté en vertu des paragraphes 40.1(8) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 29, art. 4] et (9) [édicte, *idem*] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Ces dispositions ont aujourd'hui été remplacées par le paragraphe 84(2) de la LIPR. M. Almrei nous demande d'examiner de nouveau cette décision. Il prétend qu'il s'agit d'un fardeau excessif, particulièrement du fait que la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités.

[40] Mis à part le fait que je conviens, avec mon collègue le juge Linden, que la conclusion concernant la charge de la preuve est justifiée par le contenu du paragraphe 84(2), je ne partage pas la préoccupation de M. Almrei selon laquelle il s'agit d'une charge impossible, pour les motifs suivants.

[41] The issue of burden of proof has given rise to a nice theoretical debate in the abstract. However, in practice, the reality is much simpler and rarely does the theoretical problem arise. A person who applies for judicial release under subsection 84(2) must establish four things:

- (a) that he or she has not been removed from Canada;
- (b) that at least 120 days have elapsed since the Federal Court determined the security certificate to be reasonable;
- (c) that he or she will not be removed from Canada within a reasonable time; and
- (d) that the release would not pose a danger to national security or to the safety of any person.

[42] The first two conditions for the application of subsection 84(2) are straightforward and certainly not difficult to prove. As for the last two conditions, the person applying for judicial release is faced with an evidentiary burden. This means that he has to file some evidence that he has reasonable grounds to believe that the removal will not be effected within a reasonable time and that his release will not pose a danger to national security or to the safety of any person. That evidence has to be answered. Otherwise, the applicant will be entitled to release. This means that the burden then shifts to the party that opposes the release. In practice, the Crown cannot sit idle. It also bears an evidentiary burden, i.e. the burden of introducing evidence that the removal will occur within a reasonable time and, if necessary, that the applicant is still a threat within the terms of subsection 84(2) of the IRPA. The judge will then assess the evidence adduced by both parties and determine whether the conditions of subsection 84(2) are met.

[43] Counsel for Mr. Almrei conceded that if this is what the *Ahani* decision means, as I think it does, he has no difficulty with the onus of proof thus defined resting on an applicant for judicial release under subsection 84(2) and with the standard of proof being that of the

[41] La question de la charge de la preuve a donné lieu à un débat théorique intéressant et abstrait. Toutefois, en pratique, la réalité est beaucoup plus simple et il est très rare qu'un problème théorique se pose. Toute personne qui demande sa mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) doit établir quatre éléments:

- a) qu'elle n'a pas été renvoyée du Canada;
- b) qu'au moins 120 jours se sont écoulés depuis que la Cour fédérale s'est prononcée sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité;
- c) qu'elle ne sera pas renvoyée du Canada dans un délai raisonnable;
- d) que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

[42] Les deux premières conditions d'une demande en vertu du paragraphe 84(2) sont simples et certainement peu difficiles à établir. Quant aux deux dernières, la personne qui demande sa mise en liberté a la charge d'introduire de la preuve. C'est-à-dire qu'elle doit déposer des éléments de preuve établissant qu'elle a des motifs raisonnables de croire que le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Il faut réfuter cette preuve. Sinon, le demandeur obtiendra sa mise en liberté. Cela veut dire que la partie qui conteste la mise en liberté a, à son tour, la charge d'introduire de la preuve. En pratique, la Couronne doit réagir. Elle a également un fardeau d'introduire de la preuve, c'est-à-dire celui de présenter une preuve que le renvoi aura lieu dans un délai raisonnable et, si nécessaire, que la mise en liberté du demandeur constituera un danger pour la sécurité, aux termes du paragraphe 84(2) de la LIPR. Le juge évaluera ensuite les éléments de preuve présentés par les deux parties et il décidera si les conditions du paragraphe 84(2) sont respectées.

[43] L'avocat de M. Almrei a reconnu que si c'est le sens qu'il faut donner à la décision *Ahani*, comme je le pense, la charge, ainsi définie, qui incombe au demandeur d'une mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), ainsi que la norme de preuve qui est celle de la

balance of probabilities.

[44] Mr. Almrei also objects to the following statement at paragraphs 14 and 15 of the *Ahani* decision on the basis that it imposes an unfair and arduous requirement upon him:

Normally one would expect that an individual would have to show some significant change in circumstances or new evidence not previously available to obtain his release.

To hold otherwise would be to accord the appellant a hearing *de novo*, something the legislation does not envision.

[45] This statement of the Court now has to be read in the context of sections 82 and 84, especially subsections 82(2) and 84(2).

[46] Indeed, pursuant to subsection 82(2) of the IRPA, the detention of a foreign national is mandatory and does not require a warrant. This situation has to be contrasted with that which prevails when the person who is detained is a permanent resident who is the subject of a security certificate.

[47] The legality of a permanent resident's detention is governed by section 83. Under subsection 83(3), his detention is the subject of constant judicial supervision and protection until a determination is made on the reasonableness of the certificate: see *Charkaoui* (2003), and *Charkaoui* (2004), at paragraph 131. I note in passing that the law appears to be silent on the question of the judicial examination of the detention of a permanent resident after the certificate has been found to be reasonable. Such a resident cannot resort to the subsection 84(2) application for judicial release which, by its wording, is limited to foreign nationals while subsection 84(1), which governs a release from detention ordered by the Minister, applies to either a permanent resident or a foreign national.

[48] By contrast, the detention of a foreign national, which is mandated by law, will not have been the subject of a judicial examination until 120 days have elapsed

prépondérance des probabilités, ne soulèvent aucune difficulté.

[44] M. Almrei s'objecte également à la déclaration suivante, aux paragraphes 14 et 15 de la décision *Ahani* [[2000] A.C.F. n° 114 (QL)], au motif qu'elle lui impose un fardeau injuste et excessif:

Normalement, on pourrait s'attendre à ce qu'une personne doive démontrer un changement important dans les circonstances ou présenter une nouvelle preuve qui n'était pas disponible auparavant afin d'être mise en liberté.

Arriver à une autre conclusion équivaudrait à accorder à l'appelant une audience *de novo*, chose que la loi ne prévoit pas.

[45] Il faut maintenant lire cette déclaration de la Cour dans le contexte des articles 82 et 84, et plus particulièrement dans le contexte des paragraphes 82(2) et 84(2).

[46] Il ne faut pas oublier qu'en conformité avec le paragraphe 82(2) de la LIPR, la mise en détention d'un étranger est obligatoire sans nécessité de mandat. Il faut comparer cette situation avec celle qui prévaut lorsque la personne qui est détenue est un résident permanent visé par un certificat de sécurité.

[47] La légalité de la mise en détention d'un résident permanent est régie par l'article 83. En vertu du paragraphe 83(3), sa détention fait l'objet d'un contrôle et de la protection du juge tant qu'il n'est pas statué sur le caractère raisonnable du certificat: voir *Charkaoui* (2003) et *Charkaoui* (2004), au paragraphe 131. Soit dit en passant, la LIPR semble silencieuse sur le contrôle judiciaire des motifs de la détention d'un résident permanent lorsque le certificat a été jugé raisonnable. Ce résident ne saurait présenter une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) qui, de par ses termes, ne s'applique qu'aux étrangers alors que le paragraphe 84(1), qui régit une mise en liberté ordonnée par le ministre, s'applique à un résident permanent ou à un étranger.

[48] En revanche, la détention d'un ressortissant étranger, rendue obligatoire en vertu de la loi, n'aura pas fait l'objet d'un contrôle judiciaire avant que 120 jours

since the determination of the reasonableness of the certificate and until an application pursuant to subsection 84(2) is brought. Thus, the said application is the first opportunity given to a foreign national to have the legality of his or her detention examined by the judiciary. Therefore, the possibility of a subsection 84(2) application turning into a hearing *de novo* no longer exists since, as curious as it may seem, it is now known that a decision on the reasonableness of the security certificate is not a decision that is conclusive proof that the person is a danger to the security of Canada: see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 83. To put it in different terms, the decision on the security certificate is not determinative of the merit, opportunity and legality of the detention of that person, although it may be grounded on a finding that the person is a danger to the security of Canada pursuant to paragraph 34(1)(d) of the IRPA.

[49] In this context of a first hearing, there is no requirement that an applicant seeking judicial release under subsection 84(2) of the IRPA show a change in circumstances or that new evidence not previously available be submitted. It may be that the judge hearing the application can be satisfied on the basis of the existing evidence that the detention which was legally mandated throughout and never reviewed is not warranted by any concerns about national security or the safety of any person.

[50] Of course, there may have been a change in circumstances which may be either of assistance or of detriment to an applicant. New facts may have been discovered which constitute new evidence of the need to detain or to release. The lapse of time may have shed a different and unfavourable light on the grounds invoked for detention. These are all elements that, if adduced in evidence, the judge will consider in reaching his decision as to whether the balance of probabilities has tipped in favour of one party or the other.

[51] Mr. Almrei asked us to reconsider a statement found at paragraph 13 of the *Ahani* decision where my colleague, Linden J.A., wrote “that release under

ne se soient écoulés depuis la décision sur le certificat et jusqu’à ce qu’une demande en conformité avec le paragraphe 84(2) ait été déposée. Ainsi, ladite demande est la première occasion qu’a le ressortissant étranger d’obtenir le contrôle judiciaire de la légalité de sa mise en détention. Il n’est donc plus possible qu’une demande en vertu du paragraphe 84(2) devienne une audience *de novo* puisque, aussi curieux que cela puisse paraître, on sait maintenant qu’une décision sur le certificat de sécurité n’est pas une preuve concluante que la personne constitue un danger pour la sécurité du Canada: voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 83. Autrement dit, la décision sur le certificat de sécurité n’est pas déterminante du bien-fondé, de l’opportunité et de la légalité de la détention de la personne, même si elle peut être fondée sur la conclusion selon laquelle la personne constitue un danger pour la sécurité du Canada, en conformité avec l’alinéa 34(1)d) de la LIPR.

[49] Dans le contexte d’une première audience, comme en l’espèce, il n’est pas nécessaire que la personne qui sollicite sa mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR fasse la preuve d’un changement de circonstances ou de l’existence d’une nouvelle preuve non disponible jusqu’alors. Il se peut que le juge qui entend la demande soit convaincu, en se fondant sur la preuve existante, que la détention qui a eu cours par l’effet de la loi et qui n’a jamais fait l’objet d’un contrôle n’est justifiée par aucune préoccupation concernant la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui.

[50] Bien entendu, il a pu y avoir un changement de circonstances qui a pu soit aider, soit nuire à un demandeur. De nouveaux faits sont peut-être apparus qui constituent une nouvelle preuve de la nécessité de détenir ou de mettre en liberté le demandeur. Le délai a pu permettre de voir différemment et d’une manière défavorable les motifs invoqués pour la détention. Voilà des éléments, s’ils sont présentés en preuve, qui seront examinés par le juge lorsqu’il prendra une décision sur la question de savoir si la prépondérance des probabilités favorise une partie ou une autre.

[51] M. Almrei nous a demandé d’examiner de nouveau une déclaration qui se trouve au paragraphe 13 de la décision *Ahani* dans laquelle mon collègue, le juge

subsection 40.1(9) cannot be an automatic or easy thing to achieve. It is meant to be available ‘only in the very limited circumstances’ outlined in the legislation”. Mr. Almrei’s counsel submits that this statement unduly restricts and narrows the scope of a subsection 84(2) application for judicial release.

[52] With respect, I see nothing wrong with the statement. The conditions of subsection 84(2) have to be met before release can be obtained, thus release is not automatic. Whether it is an easy thing to achieve will depend on the evidence adduced at the hearing on the application. As for the circumstances under which release can be obtained, they are determined by the four conditions found in subsection 84(2) of the IRPA which, in fact, limit the scope of review, although I believe that an application under subsection 84(2), like other applications, can be renewed if new facts are discovered or the situation has evolved to a point where detention is no longer necessary or justified.

Ground No. 2: Whether the Judge erred in concluding that the time spent by an applicant seeking remedies in court is not to be counted in determining whether removal will occur within a reasonable time

[53] In support of this ground of appeal, Mr. Almrei relies on the excerpts from the *Ahani* decision that I have analysed above. He adds to them the following statement of the Judge, found at paragraph 93 of his decision, in which the Judge quotes from *Ahani*:

Mr. Almrei’s efforts to resist removal by initiating numerous Court proceedings have contributed significantly to the total time he has been held in detention. While he has the right to bring lawful proceedings, he cannot argue: “that the removal is not taking place in a reasonable time, when the time necessary to hear all of the applications and appeals stretches into months and years” (*Ahani* (2000) . . .).

[54] The gist of Mr. Almrei’s argument appears in paragraph 33 of his memorandum of facts and law where

Linden, a écrit que «la mise en liberté prévue au paragraphe 40.1(9) ne peut être automatique ou facile à obtenir. Cette mise en liberté est censée n’être permise “que dans les circonstances très restreintes” énumérées dans la loi». L’avocat de M. Almrei prétend que cette affirmation atténuée et limite indûment la portée d’une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2).

[52] Avec respect, je pense que l’affirmation est tout à fait légitime. Les conditions mentionnées au paragraphe 84(2) doivent être respectées avant que la mise en liberté d’un détenu ne soit possible et, par conséquent, cette mise en liberté n’est pas automatique. La question de savoir si cela est difficile dépend de la preuve produite à l’audition de la demande. Quant aux circonstances dans lesquelles la mise en liberté peut être obtenue, elles sont déterminées par les quatre conditions énumérées au paragraphe 84(2) de la LIPR qui, en fait, limitent la portée du contrôle, même si j’estime qu’une demande en vertu du paragraphe 84(2), à l’instar de toute autre demande, peut être renouvelée si de nouveaux faits apparaissent ou si la situation a évolué au point où la détention n’est plus nécessaire ni justifiée.

Motif n° 2: Le juge a-t-il commis une erreur quand il a décidé que la période de temps qui s’est écoulée pendant que le demandeur demandait réparation au tribunal ne doit pas être calculée lorsqu’il s’agit de décider si son renvoi aura lieu dans un délai raisonnable?

[53] Au soutien de ce motif d’appel, M. Almrei se fonde sur des extraits de la décision *Ahani* que j’ai analysés plus haut. Il ajoute les propos suivants du juge qui cite *Ahani*, au paragraphe 93 de sa décision:

Les moyens pris par le demandeur pour empêcher son renvoi, par l’introduction de nombreuses procédures judiciaires, ont incontestablement allongé la durée de sa détention. Il a le droit d’introduire des procédures légitimes, mais il ne peut alors soutenir: «que le renvoi n’aura pas lieu dans un délai raisonnable, alors que le temps nécessaire pour entendre toutes les demandes et les appels s’étire sur des mois et des années» (arrêt *Ahani* (2000) [. . .]).

[54] L’essentiel de l’argument présenté par M. Almrei apparaît au paragraphe 33 de son mémoire des faits et du

he asserts that “in the absence of any indication in the statute that would permit a judge to discount delay in removal caused by any steps taken by the person to access effective remedies, it is not open to a court to read in limitations to the provision”. His challenge goes to the Judge’s jurisdiction to discount such delay as he did in this instance. As we will see later, Mr. Almrei submits, as an alternative ground of appeal, that the Judge, if he possesses such jurisdiction, improperly exercised it: see ground No. 5.

[55] A subsection 84(2) application requires the Judge to determine whether the foreign national will or will not be removed from Canada “within a reasonable time”. This concept of “removal within a reasonable time” requires a measurement of the time elapsed from the moment the certificate was found to be reasonable and an assessment of whether that time is such that it leads to a conclusion that removal will not occur within a reasonable time. Concerns about a possible violation of the “reasonable time” requirement emerge after the 120 days mentioned in subsection 84(2) have elapsed and removal has not yet occurred.

[56] At this point, I must point out that the notion of a “reasonable time” requirement is not to be confused with the test itself for judicial release under subsection 84(2) of the IRPA although, of course, the two are closely related. That relationship will be discussed when I analyse Mr. Almrei’s fifth ground of appeal. Here we are concerned simply with the notion of delay and the role and power of the Judge in computing it.

[57] Where the removal of a foreign national is delayed so as to bring into play the “reasonable time” requirement, the Judge hearing the judicial release application must consider the delay and look at the causes of such delay. Judicial remedies have to be pursued diligently and in a timely fashion. The same goes for the government’s responses and the judicial hearing of these remedies. Courts, as they must do, have given priority to the hearing of challenges to the legality of a detention. The Supreme Court of Canada in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000]

droit lorsqu’il affirme qu’[TRADUCTION] «en l’absence de toute indication dans la loi permettant à un juge de ne pas tenir compte du délai de renvoi causé par les mesures prises par la personne qui demande une réparation efficace, le tribunal n’est pas autorisé à interpréter la disposition de manière à en limiter la portée». Ce que M. Almrei conteste, c’est la compétence du juge de ne pas tenir compte du délai, comme il l’a fait en l’espèce. Comme nous le verrons plus tard, M. Almrei prétend, comme motif subsidiaire d’appel, que le juge, s’il possède cette compétence, l’a irrégulièrement exercée: voir le motif n° 5.

[55] Lors d’une demande en vertu du paragraphe 84(2), le juge doit décider si l’étranger sera ou non renvoyé du Canada dans un «délai raisonnable». La notion de renvoi dans un «délai raisonnable» exige qu’un certain temps se soit écoulé depuis le moment où le certificat a été déclaré raisonnable et l’appréciation de la question de savoir si le délai est tel qu’il faut conclure que le renvoi n’aura pas lieu dans un délai raisonnable. Les préoccupations concernant une violation possible de l’exigence relative au «délai raisonnable» surviennent après les 120 jours mentionnés au paragraphe 84(2), lorsque le renvoi n’a pas encore eu lieu.

[56] À cette étape de l’analyse, je dois souligner qu’il ne faut pas confondre la notion de «délai raisonnable» et le critère qui s’applique en matière de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR même si, bien entendu, ils sont étroitement liés. J’aborderai cette question lorsque j’analyserai le cinquième motif d’appel de M. Almrei. Pour l’heure, nous nous en tenons tout simplement à la notion de délai, ainsi qu’au rôle et au pouvoir du juge qui en fait le calcul.

[57] Lorsque le renvoi d’un étranger est reporté de manière à ce qu’entre en jeu l’exigence du «délai raisonnable», le juge qui entend la demande de mise en liberté doit tenir compte du délai et en examiner les causes. Les demandes de réparations judiciaires doivent être présentées avec diligence et en temps utile. Il en va de même pour les réponses gouvernementales et l’audition de ces demandes par la cour. Les cours ont, comme elles se doivent de le faire, entendu prioritairement les contestations de la légalité d’une détention. La Cour suprême du Canada a dit, dans l’arrêt

2 S.C.R. 307, at paragraphs 115, 121 and 122, found that a delay, in order to be abusive or to amount to unfairness, has to be unreasonable or inordinate. In determining whether a delay has become unreasonable, one has to look at “the nature of the case and its complexity, the facts and issues, the purpose and nature of the proceedings, whether the respondent contributed to the delay or waived the delay, and other circumstances of the case” (emphasis added): see paragraph 122 of the *Blencoe* decision.

[58] Thus, in determining whether there will be execution or enforcement of the removal order within a reasonable time, a judge must look at the delay generated by the parties as well as at the institutional delay which is inherent in the exercise of a remedy. I am satisfied that the jurisdiction conferred by subsection 84(2) of the IRPA authorizes a judge to discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time, as required by the provision. In other words, where an applicant, rightly or wrongly, tries to prevent his removal from Canada and delay ensues as a result of his action, he cannot be heard to complain that his removal has not occurred within a reasonable time, unless the delay is unreasonable or inordinate and not attributable to him. The Judge did not err when, relying upon the authority of the *Ahani* decision, he discounted the delay generated by Mr. Almrei’s challenge to his removal order.

Ground No. 3: Whether the Judge erred when he decided that section 78 of the IRPA, which deals with the protection of information relating to national security, applies to an application for judicial release under subsection 84(2), thereby allowing a designated judge to hear *ex parte* and *in camera* evidence from the Crown

[59] The Judge found, as two other designated judges had before him (Dawson J. in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2004] 1 F.C.R. 493; and MacKay J. in *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68 (F.C.)), that the procedure authorized by

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, aux paragraphes 115, 121 et 122, que pour qu’un délai soit abusif ou inéquitable, il doit être déraisonnable ou excessif. La question de savoir si un délai est devenu excessif dépend de «la nature de l’affaire et de sa complexité, des faits et des questions en litige, de l’objet et de la nature des procédures, de la question de savoir si la personne visée par les procédures a contribué ou renoncé au délai, et d’autres circonstances de l’affaire» (non souligné dans l’original): voir le paragraphe 122 de l’arrêt *Blencoe*.

[58] Ainsi, en décidant s’il y aura exécution ou application de la mesure de renvoi dans un délai raisonnable, le juge doit tenir compte du délai occasionné par les parties, ainsi que du délai institutionnel qui fait partie intégrante de l’obtention d’une réparation. Je suis convaincu que la compétence conférée par le paragraphe 84(2) de la LIPR autorise un juge à ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d’une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d’empêcher la Couronne d’appliquer la loi dans un délai raisonnable, comme l’exige la disposition. En d’autres termes, lorsqu’un demandeur, à tort ou à raison, tente d’empêcher son renvoi du Canada et qu’un délai s’en suit, il ne peut se plaindre que ce renvoi n’a pas eu lieu dans un délai raisonnable, sauf si le délai est déraisonnable ou excessif pour des raisons qui ne relèvent pas de lui. Le juge n’a pas commis une erreur lorsqu’en se fondant sur la décision *Ahani*, il n’a pas tenu compte du délai occasionné par la contestation de M. Almrei de sa mesure de renvoi.

Motif n° 3: Le juge a-t-il commis une erreur quand il a décidé que l’article 78 de la LIPR, qui garantit la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale, s’applique à une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), permettant ainsi à un juge désigné d’entendre à huis clos et *ex parte* une preuve de la Couronne?

[59] Le juge a conclu, comme l’ont fait deux autres juges désignés avant lui (la juge Dawson dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Mahjoub*, [2004] 1 R.C.F. 493; le juge MacKay dans *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 68 (C.F.)), que la

section 78 of the IRPA applies to a subsection 84(2) application for judicial release. Mr. Almrei contends that this is an error of law because subsection 84(2) does not incorporate section 78 unlike other provisions which specifically mention that section 78 applies: see subsections 83(1), 86(2) and 87(2).

[60] Therefore, the argument goes, Parliament did not intend this unfair secret process, which only benefits the Crown, to apply to the release application because the Crown has already had its opportunity to present secret evidence at the hearing held to determine the reasonableness of the security certificate. Thus, the Crown cannot claim that national security interests are not protected because the security certificate has already been found to be reasonable and is conclusive proof of the person's inadmissibility: see the appellant's memorandum of facts and law at paragraphs 38-40. I cannot agree with Mr. Almrei's contention.

[61] First, this position assumes that the need to protect national security ceases to exist with a finding that the security certificate is reasonable and that, thereafter, the question of protection of national security is either not relevant to the issue of release or, if relevant, ought to be decided, as the Crown puts it, on an incomplete record, without regard to the reasons for which an applicant was detained in the first place.

[62] Second, as previously stated, the fact that the security certificate has been found to be reasonable is not conclusive proof that the subject of the certificate is a danger to national security or to the safety of any person: see *Suresh*, at paragraph 83. So it leaves this question open for determination, as well as that of whether the subject ought to be detained as a result. Therefore, it cannot be said that the need for the Ministers to adduce evidence, whether confidential or not, on the issue of detention is preempted by the opportunity that they had to do so on the question of the reasonableness of the certificate.

procédure autorisée par l'article 78 de la LIPR s'applique à une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2). M. Almrei prétend qu'il s'agit d'une erreur de droit puisque le paragraphe 84(2) n'incorpore pas l'article 78, contrairement à d'autres dispositions qui mentionnent précisément que l'article 78 s'applique: voir les paragraphes 83(1), 86(2) et 87(2).

[60] Par conséquent, selon l'argument proposé, le législateur ne voulait pas que ce processus secret et injuste, qui n'avantage que la Couronne, s'applique à une demande de mise en liberté parce que la Couronne a déjà eu l'occasion de présenter une preuve secrète à l'audience sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Ainsi, la Couronne ne saurait prétendre que la sécurité nationale n'est pas protégée parce que le certificat de sécurité a déjà été déclaré raisonnable et qu'il constitue une preuve probante qu'une personne est interdite de territoire: voir le mémoire des faits et du droit de l'appelant, aux paragraphes 38 à 40. Je ne peux accepter cet argument de M. Almrei.

[61] Premièrement, cet argument prend pour acquis que la nécessité de protéger la sécurité nationale cesse d'exister lorsqu'on conclut qu'un certificat de sécurité est raisonnable et que, par la suite, la question de la protection de la sécurité nationale n'est pas pertinente pour ce qui concerne la mise en liberté ou, si elle est pertinente, qu'elle doit être tranchée, comme dit la Couronne, sur un dossier incomplet, sans égard aux motifs qui, au départ, ont entraîné la détention du demandeur.

[62] Deuxièmement, tel que susmentionné, ce n'est pas parce que le certificat de sécurité a été jugé raisonnable qu'il faut conclure que la personne visée par le certificat constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui: voir *Suresh*, au paragraphe 83. Cette question doit donc être tranchée, de même que celle du maintien de la détention qui en résulte. On ne saurait donc affirmer que les ministres ont satisfait à leur besoin de présenter une preuve, qu'elle soit confidentielle ou non, sur la question de la détention, du fait qu'ils ont eu l'occasion de le faire lors de l'étude de la question du caractère raisonnable du certificat.



[63] Third, the subsection 84(2) application for judicial release by a foreign national raises the very question of the need to detain in order to protect national security and does so, as noted above, for the first time. The issue of threat to national security is brought up for the purpose of determining whether a foreign national found to be inadmissible, such as Mr. Almrei, ought to be detained while removal arrangements are made. The judge who hears the judicial release application, as the present proceedings illustrate, is not necessarily the judge who adjudicated upon the reasonableness of the security certificate. Thus, he or she may be considering for the first time evidence which, if publicly released as required by Mr. Almrei's contention, could be prejudicial to national security.

[64] In this respect, it is Mr. Almrei's view that the subsection 84(2) application for judicial release, as drafted, leaves the Crown with two options. One is to release, to Mr. Almrei and to the public, all information, including any information prejudicial to national security, if it wants to make use of that information. The other is not to use such information if it wants to keep it secret or confidential.

[65] The option advocated by Mr. Almrei simply leaves no room for the protection of national security in the context of an inquiry which may necessitate the assessment of the threat posed to national security by a person who seeks to be released from detention. I have no doubt that this is not what Parliament envisaged.

[66] Moreover, Mr. Almrei's position leads to a number of incongruities and inconsistencies, not to say absurdities, that Parliament cannot have intended. The Ministers would now have to reveal, at the stage of the threat assessment for the purpose of release or detention, information prejudicial to national security that was kept confidential throughout the process. To put it differently, while this information was appropriately kept confidential on the principal and, in terms of consequences, far-reaching issue of the reasonableness

[63] Troisièmement, la demande de mise en liberté présentée par un étranger en vertu du paragraphe 84(2) soulève la question même de la nécessité de maintenir la détention afin de protéger la sécurité nationale. Nous l'avons dit, la question est soulevée pour la première fois. La question du danger pour la sécurité nationale se pose afin de décider si un étranger, qui a été déclaré interdit de territoire, comme M. Almrei, doit être détenu pendant que les mesures de renvoi sont mises en place. Le juge qui entend la demande de mise en liberté, comme l'illustre la présente instance, n'est pas nécessairement le juge qui a décidé du caractère raisonnable du certificat de sécurité. Ainsi, ce juge peut examiner pour la première fois une preuve qui, si elle était rendue publique comme l'exige M. Almrei, pourrait mettre en péril la sécurité nationale.

[64] À cet égard, M. Almrei est d'avis qu'une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), tel qu'il est rédigé, offre à la Couronne deux possibilités. L'une consiste à divulguer à M. Almrei et au public en général, tous les renseignements, y compris les renseignements pouvant mettre en péril la sécurité nationale, si la Couronne veut utiliser ces renseignements. L'autre consiste à ne pas avoir recours à ces renseignements si la Couronne souhaite en préserver le caractère secret ou confidentiel.

[65] La solution proposée par M. Almrei ne permet tout simplement pas de protéger la sécurité nationale dans le cadre d'une enquête susceptible d'entraîner l'appréciation du danger pour la sécurité nationale que pose une personne qui demande sa mise en liberté. Je suis convaincu que telle n'était pas l'intention du législateur.

[66] En outre, la position de M. Almrei mène à plusieurs incongruïtés et incohérences, pour ne pas dire absurdités, que le législateur n'a pas pu vouloir. Les ministres devraient maintenant révéler, à l'étape de l'évaluation du danger pour les fins de la détention ou de la mise en liberté, des renseignements susceptibles de mettre en péril la sécurité nationale qui sont demeurés confidentiels tout au long du processus. Autrement dit, alors que ces renseignements sont, à bon escient, demeurés confidentiels concernant la question principale

of the security certificate and the need to remove Mr. Almrei from Canada, such information would now have to be publicly revealed on the secondary issue of detention while awaiting removal.

[67] Furthermore, a foreign national would gain access to information prejudicial to national security in the context of his application for judicial release while a permanent resident is denied such access when his detention is reviewed pursuant to subsection 83(3) of the same IRPA. He would gain access to information that a Canadian citizen, charged with a criminal offence, could not even obtain: see *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, October 22, 2003.

[68] This Court ruled in *Charkaoui* (2004), at paragraph 98, that the right of access to information that could be harmful to national security does not depend on a person's legal status because the risk to national security is no less serious, present and genuine if the person seeking access is a permanent resident as opposed to a Canadian citizen or a foreign national. It wrote:

In other words, whether the hat worn by a person is that of a Canadian citizen, permanent resident, temporary resident or mere visitor, his inability to access information that might jeopardize or is jeopardizing national security depends on his deeds and on the State's need to protect itself from attacks on and breaches of its security or the safety of the individuals who make up that state, irrespective of their legal or social status.

[69] I cannot see how Parliament would have intended to give a foreign national access to information harmful to national security, let alone one who was alleged by the Crown, in a security certificate, to be inadmissible to Canada on account of the need to protect national security and whose certificate had been judicially found to be reasonable.

qui est celle du caractère raisonnable du certificat de sécurité et la nécessité de renvoyer M. Almrei du Canada, question dont les répercussions seront profondes, lesdits renseignements devraient maintenant être divulgués publiquement concernant la question secondaire qui est celle de la détention dans l'attente du renvoi.

[67] En outre, un étranger aurait accès à des renseignements susceptibles de mettre en péril la sécurité nationale dans le contexte de sa demande de mise en liberté alors qu'un résident permanent se verrait refuser tel accès lors du contrôle des motifs de sa détention, en conformité avec le paragraphe 83(3) de la même Loi. Cet étranger aurait accès à des renseignements qu'un citoyen canadien, accusé d'avoir perpétré une infraction criminelle, ne pourrait même pas obtenir: voir *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada refusée, le 22 octobre 2003.

[68] La Cour a dit, dans la décision *Charkaoui* (2004), au paragraphe 98, que le droit d'accès aux renseignements pouvant porter atteinte à la sécurité nationale ne dépend aucunement du statut juridique de la personne puisque l'atteinte à la sécurité nationale n'est pas, pour autant, inexistante, moins réelle et moins sérieuse, parce que la personne est un résident permanent par opposition à un citoyen canadien ou à un ressortissant étranger. La Cour a dit [2004 CAF 42]:

En d'autres termes, que le chapeau qu'une personne porte en soit un de citoyen canadien, de résident permanent, de résident temporaire ou de simple visiteur, son interdiction d'accès à de l'information pouvant mettre ou mettant en péril la sécurité nationale de ses faits et gestes ainsi que de la nécessité pour l'État de se prémunir et de se protéger contre des attaques ou des atteintes à sa sécurité ou à celle des individus qui la composent, quel que soit leur statut juridique ou social.

[69] Je ne vois pas comment le législateur aurait pu avoir l'intention de donner à un étranger accès à des renseignements susceptibles de mettre en péril la sécurité nationale, et encore moins à une personne dont il a été allégué, par la Couronne, dans un certificat de sécurité, qu'elle est interdite de territoire au Canada pour des raisons de sécurité nationale et dont le certificat a été jugé raisonnable par le tribunal.

[70] Finally, as past and present experience reveal, the situation in matters of national security is susceptible of evolution, although, as we said in relation to the right of appeal, this is less likely in the context of removal. New evidence of the extent, seriousness and imminence of the threat and prejudice to national security may be gathered or uncovered. The position taken by Mr. Almrei means that, if the Crown wanted to adduce that evidence, it would have to publicly reveal its content. This would be the case whether it was forced to use it in rebuttal of the evidence adduced by Mr. Almrei on his application for judicial release or whether it intended such evidence to serve as a complement to the evidence that was filed in the hearing to determine the reasonableness of the certificate. Yet, this evidence already filed in relation to the certificate would, and would have to, remain confidential as required by section 78 of the IRPA while the new supplementary evidence would be publicly released. To ensure and protect the confidentiality of the previous information while having to release the new complementary and related evidence would be an almost impossible task. This cannot be what Parliament intended.

[71] Unfortunately and regrettably, there are such things in the field of legislative drafting as oversights. I believe that Parliament has forgotten to expressly make applicable to subsection 84(2) the procedural regime devised in section 78 of the IRPA to ensure the necessary protection of national security. That being said, the search for Parliament's intent in enacting subsection 84(2) does not end there. This Court must also look at the impugned provision, its purpose, the Division in which it is located, the purpose of that Division and the overall objective of the legislation in order to ascertain whether Parliament's intent can be presumed or is necessarily implied.

[72] In the present instance, the very purpose of the subsection 84(2) application, the reference to an absence of threat to national security as an essential condition of release, the context of the detention in the first place, the nature of the security certificate and the procedure to determine its reasonableness, the purpose of Division 9 in which subsection 84(2) is located, which is to ensure the protection of confidential information or information that could be prejudicial to national security, the

[70] Enfin, comme le révèle l'expérience actuelle et passée, lorsqu'il s'agit de la sécurité nationale, la situation peut évoluer, même si, comme nous l'avons dit en rapport avec le droit d'appel, cela est moins probable dans le contexte d'un renvoi. Une nouvelle preuve de la portée, de la gravité et de l'imminence de la menace et d'une atteinte à la sécurité nationale peut être recueillie ou obtenue. Selon la position prise par M. Almrei, si la Couronne voulait présenter cette preuve, elle devrait en révéler publiquement le contenu. Il en serait ainsi que la Couronne soit forcée de l'utiliser en réponse à la preuve produite par M. Almrei dans sa demande de mise en liberté ou qu'elle ait eu l'intention d'utiliser cette preuve pour renforcer la preuve déposée lors de l'audience sur le certificat. Et néanmoins, cette preuve déjà produite en rapport avec le certificat devrait demeurer confidentielle comme l'exige l'article 78 de la LIPR alors que la nouvelle preuve supplémentaire serait, elle, divulguée publiquement. Il serait quasi impossible de protéger le caractère confidentiel des renseignements antérieurs tout en divulguant une nouvelle preuve complémentaire et reliée à celle confidentielle. Il est clair que telle n'était pas l'intention du législateur.

[71] Malheureusement, et il faut le regretter, la rédaction législative a quelquefois des ratés. J'estime que le législateur a oublié de dire expressément que le régime décrit à l'article 78 de la LIPR et qui a pour objet d'assurer la protection de la sécurité nationale s'applique au paragraphe 84(2). Cela dit, la recherche de l'intention du législateur en adoptant le paragraphe 84(2) n'est pas terminée. La Cour doit également examiner la disposition en cause, son objet, la section de la Loi dans laquelle elle se trouve, l'objet de cette section, ainsi que l'objectif global de la Loi afin de décider si l'intention du législateur peut être présumée ou si elle est nécessairement implicite.

[72] En l'espèce, l'objet même d'une demande en vertu du paragraphe 84(2), le fait que l'absence de danger pour la sécurité nationale soit une condition essentielle de la mise en liberté, le contexte de la mise en détention initiale, la nature du certificat de sécurité et la procédure permettant de décider de son caractère raisonnable, l'objet de la section 9 dans laquelle se trouve le paragraphe 84(2), qui est d'assurer la protection des renseignements confidentiels ou des

definition of “information” in section 76, the similarity between the detention review proceeding of a permanent resident pursuant to subsection 83(3) and an application for judicial release by a foreign national under subsection 84(2), are all factors which, in my respectful view, lead me to conclude that Parliament presumed or implicitly intended that the safeguards contained in section 78 in favour of national security would apply to a subsection 84(2) application for judicial release by a foreign national whose removal from Canada has been ordered in the interests of national security or the safety of any person.

[73] I should add, before concluding, that the same result as the one intended by section 78 of the IRPA could and would be achieved through section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 which, as a provision of general application, ensures that, in the course of a proceeding, sensitive or potentially injurious information is not publicly released. The elaborate process put in place by section 38 to prevent the disclosure of such information is mandatory. Sensitive or potentially injurious information is defined as information relating to national security or whose disclosure could injure national security. Resorting to section 38 would simply add another procedural layer before the same court and most likely the same judge. In the end, the result would not be different: an *ex parte* and *in camera* hearing to ensure that information prejudicial to national security is not publicly released. Only additional delays would stem from this process.

[74] Section 38 of the *Canada Evidence Act* seeks to prevent the public release of information relating to or potentially injurious to national security in the course of a proceeding before a court (see the definition of proceeding in section 38). It reinforces my view that the failure by Parliament to mention that section 78 of the IRPA applies to a subsection 84(2) application for judicial release is an oversight, because the subsection

renseignements susceptibles de mettre en péril la sécurité nationale, la définition du terme «renseignements» à l'article 76, la ressemblance entre le contrôle des motifs de la détention d'un résident permanent en conformité avec le paragraphe 83(3) et celui de la demande de mise en liberté d'un étranger en vertu du paragraphe 84(2), sont autant de facteurs qui m'amènent respectueusement à conclure que le législateur a tenu pour avéré ou a implicitement voulu que les mesures de protection de la sécurité nationale prévues par l'article 78 s'appliquent à une demande de mise en liberté, en vertu du paragraphe 84(2), présentée par un étranger dont le renvoi du Canada a été ordonné dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de la sécurité d'autrui.

[73] Je devrais ajouter, avant de conclure, qu'on pourrait atteindre et d'ailleurs qu'on atteindrait le même résultat que celui visé par l'article 78 de la LIPR en appliquant l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)] de *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 qui, à titre de disposition d'application générale, fait en sorte que, dans le cours d'une instance, les renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles ne sont pas divulgués. Le processus détaillé mis en place par l'article 38 pour empêcher la divulgation de ces renseignements est obligatoire. Les renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles sont définis comme étant des renseignements qui concernent la sécurité nationale ou dont la divulgation serait susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale. Le recours à l'article 38 aurait tout simplement pour effet d'ajouter une autre procédure devant le même tribunal et fort probablement devant le même juge. En fin de compte, le résultat serait le même: une audition *ex parte* et à huis clos pour assurer que les renseignements pouvant mettre en péril la sécurité nationale ne sont pas divulgués. Ce processus ne ferait qu'entraîner des délais supplémentaires.

[74] L'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour objet d'empêcher, dans le cadre d'une instance, la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter préjudice à la sécurité nationale (voir la définition à l'article 38). Cela me confirme que l'omission, par le législateur, de mentionner que l'article 78 de la LIPR s'applique à une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2)

84(2) application, like the subsection 83(3) detention review to which section 78 applies, is a proceeding before a court during which sensitive or potentially injurious information could be publicly released.

[75] Often, the information relating to national security in Canada's possession is received in confidence from foreign states or foreign intelligence services. It would not take long for such valuable sources to "dry up" if the information thus received in confidence had to be publicly released at each and every detention hearing involving a foreign national who had been found to be inadmissible and ordered to be removed from this country on account of national security. Is this what Parliament intended? To ask the question is to answer it.

[76] In conclusion, the Judge made no error when he ruled that section 78 applies to an application for judicial release pursuant to subsection 84(2).

Ground No. 4: Whether the *ex parte* and *in camera* process resulted in a breach of the principles of fairness

[77] This ground of appeal was not pursued by Mr. Almrei in view of this Court's recent finding that the section 78 process respects the principles of fundamental justice: see *Charkaoui* (2004).

Ground No. 5: Whether Mr. Almrei had provided evidence that his removal would not occur within a reasonable time and the Judge erred in not acknowledging it

[78] Mr. Almrei submits that the Judge erred when he rejected his argument that he will not be removed from Canada within a reasonable time. In his view, the Judge misapprehended and, therefore, misapplied the notion of "reasonable time".

[79] More specifically, Mr. Almrei contends that a determination of the meaning of the words "within a

est un oubli, puisqu'une demande en vertu du paragraphe 84(2), à l'instar d'une demande de contrôle des motifs de la détention en vertu du paragraphe 83(3) auquel l'article 78 s'applique, est une instance au cours de laquelle des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables pourraient être divulgués.

[75] Très souvent, les renseignements relatifs à la sécurité nationale en la possession du Canada sont reçus à titre confidentiel d'États ou de services de renseignements étrangers. Ces sources importantes seraient bien vite «taries» si les renseignements reçus à titre confidentiel devaient être divulgués à chaque audience sur les motifs de la détention concernant un étranger qui a été déclaré interdit de territoire et dont le renvoi a été ordonné pour des raisons de sécurité nationale. Serait-ce l'intention du législateur? Poser la question, c'est y répondre.

[76] Somme toute, le juge n'a commis aucune erreur quand il a décidé que l'article 78 s'appliquait à une demande de mise en liberté en application du paragraphe 84(2).

Motifs n° 4: Le processus *ex parte* et à huis clos a-t-il entraîné une violation des principes d'équité?

[77] Ce motif d'appel n'a pas été invoqué plus longuement par M. Almrei compte tenu de la récente décision de la Cour selon laquelle le processus de l'article 78 respecte les principes de justice fondamentale: voir *Charkaoui* (2004).

Motif n° 5: M. Almrei avait-il établi que son renvoi n'aurait pas lieu dans un délai raisonnable et le juge a-t-il commis une erreur en ne reconnaissant pas le bien-fondé de cette preuve?

[78] M. Almrei prétend que le juge a commis une erreur quand il a rejeté son argument selon lequel il ne serait pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable. À son avis, le juge a mal compris et, par conséquent, mal appliqué la notion de «délai raisonnable».

[79] Plus précisément, M. Almrei prétend qu'une décision concernant le sens des termes «dans un délai

reasonable time” found in subsection 84(2) requires a consideration of both the time already spent in detention from the moment of arrest and the conditions of that detention. The harsher these conditions, he says, the “harder” and “longer” the time actually served is. He refers us to a number of decisions which have held that the pre-sentencing custody in a remand centre, often referred to as “dead time”, where no training, vocational or educational programs are available, is worth double the time served in normal penal institutions: see, for example, *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, at paragraphs 28-30, 41 and 45. Detention in solitary confinement, of course, aggravates the situation because most of the time is spent in a cell under severe restrictions, with limited contact with people both inside and outside, and without much possibility of physical exercise: see the statement of Cory J., dissenting in *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at paragraph 8, where he stated that solitary confinement must be treated as a distinct form of punishment and that its imposition within a prison constitutes a true penal consequence. I shall come back to these contentions and to the actual situation in which Mr. Almrei finds himself when I discuss his claim that his detention amounts to cruel and unusual treatment or punishment.

[80] I agree with Mr. Almrei that, to a limited extent that I will explain, the length of the past detention and the conditions of detention are relevant factors to be taken into account in considering an application for judicial release under subsection 84(2) of the IRPA. However, these two factors are far from being determinative of the application.

[81] Indeed, the test for granting or refusing a subsection 84(2) application is future-oriented. Evidence has to be provided that the applicant will not be removed within a reasonable time. If the government produces, at the hearing, credible and compelling evidence of an imminent removal from Canada, the time already served and the conditions of detention lose much of their significance because what is at issue on the application is either more detention, release or removal. Since a planned removal within a reasonable time is compliance

raisonnable», au paragraphe 84(2), exige un examen tant du temps de détention à compter de l’arrestation que des conditions de cette détention. Plus les conditions sont «difficiles», prétend-il, plus «ardu» et plus «long» est le temps de détention. Il invoque plusieurs arrêts dans lesquels il a été décidé que la détention présentencielle dans un centre de détention provisoire, qu’on appelle souvent le «temps mort», alors qu’aucun programme de formation, de perfectionnement ou d’éducation n’est disponible, compte pour le double du temps passé dans un établissement carcéral ordinaire: voir par exemple *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, aux paragraphes 28 à 30, 41 et 45. Bien entendu, l’isolement cellulaire aggrave la situation puisque le détenu passe la plupart de son temps dans une cellule, dans des conditions restrictives sévères, avec un contact limité avec les personnes tant de l’intérieur que de l’extérieur et quasiment sans possibilité de faire de l’exercice physique: voir les propos du juge Cory, dissident, dans l’arrêt *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 8, lorsqu’il a dit que l’isolement cellulaire doit être considéré comme une forme distincte de punition et que son imposition à l’intérieur d’une prison comporte une véritable conséquence pénale. J’y reviendrai, ainsi qu’à la situation réelle dans laquelle M. Almrei se trouve, lorsque j’aborderai son argument selon lequel sa détention constitue une peine ou un traitement cruel et inusité.

[80] Je conviens avec M. Almrei que, dans une mesure limitée, que j’expliquerai plus longuement, la durée de la détention passée, ainsi que les conditions de celle-ci, sont des facteurs pertinents dont il faut tenir compte dans l’examen d’une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR. Toutefois, ces deux facteurs sont loin d’être déterminants pour ce qui concerne la demande.

[81] De fait, le critère applicable pour accorder ou refuser une demande en vertu du paragraphe 84(2) est un critère qui vise l’avenir. Il faut une preuve que le demandeur ne sera pas renvoyé dans un délai raisonnable. Si le gouvernement produit, à l’audience, une preuve crédible et concluante d’un renvoi imminent du Canada, la durée de la détention, ainsi que les conditions de celle-ci perdent beaucoup de leur importance parce que la demande doit aboutir à une prolongation de la détention, à une mise en liberté ou à

with the law, judicial release under subsection 84(2) ceases to be an option. Past delays, conditions of detention and even abuses, while they might give rise to other remedies, are no longer operative factors within the terms of subsection 84(2) since there is then no evidence that the applicant will not be removed within a reasonable time. There is, on the contrary, evidence that the applicant will be removed shortly. I believe this is what MacKay J. had in mind in *Jaballah*, when at paragraph 35 he wrote:

I should note two considerations relevant in determining whether release will not be in a reasonable time. The first is that the 120 day period of detention before this application for release could be initiated by Mr. Jaballah is measured from the date the Ministers' certificate is found to be reasonable so that time spent in detention before that is not ordinarily a factor, nor is the 120 days, after the certificate is upheld, a factor in assessing whether release in the future will not be in a reasonable time. The 120 day delay is not a measure in itself of a reasonable time, except as a necessary condition of application under s. 84(2).

I agree with these two considerations, subject to the following caveat.

[82] The length and conditions of past detention may be relevant in assessing the credibility of the evidence submitted that the removal is imminent. The history of events may cast doubt on the reliability of the assertion and evidence submitted that the moment of removal is close or that removal is a "done deal". As for the conditions of detention, they may be such, especially when coupled with a lengthy detention, that the phrase "within a reasonable time" takes another significance, one of urgency. The removal must then be effected even more expeditiously in order to be in compliance with the requirements of subsection 84(2).

[83] It is in this light that, where necessary, the length and conditions of past detention must be looked at by the

renvoi. Puisque le renvoi dans un délai raisonnable respecte les dispositions de la loi, la mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) n'est plus possible. Les délais antérieurs, les conditions de détention, voire les abus, s'ils pouvaient entraîner d'autres réparations, ne sont plus des facteurs opérants selon les termes du paragraphe 84(2), puisqu'il n'existe alors aucune preuve que le demandeur ne sera pas renvoyé dans un délai raisonnable. Il existe, au contraire, une preuve que le demandeur sera renvoyé rapidement. J'estime que c'est ce que le juge MacKay avait en tête dans *Jaballah* lorsqu'il a écrit, au paragraphe 35 [2004 CF 299]:

Je devrais mentionner deux considérations pertinentes lors de l'examen de la question de savoir si le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable. La première considération est que la période de 120 jours de détention avant que M. Jaballah ait pu présenter la présente demande de mise en liberté est calculée à partir de la date à laquelle l'attestation des ministres a été jugée raisonnable de sorte que le temps passé en détention avant cette date n'est généralement pas un facteur, pas plus que ne l'est la période de 120 jours, après que le certificat est maintenu, un facteur pris en compte lors de l'évaluation de la question de savoir si une mise en liberté à l'avenir n'aura pas lieu dans un délai raisonnable. La période de 120 jours n'est pas une période de temps raisonnable en soi, sauf comme condition nécessaire de l'application du par. 84(2).

Je suis d'accord avec ces deux considérations, sous réserve de la mise en garde qui suit.

[82] La durée et les conditions de la détention antérieure peuvent s'avérer pertinentes dans l'évaluation de la crédibilité de la preuve selon laquelle le renvoi est imminent. L'historique des événements peut soulever un doute sur la fiabilité de l'affirmation et la preuve soumise selon laquelle le renvoi est imminent ou qu'il est «certain». Quant aux conditions de détention, elles peuvent être de nature telle, particulièrement lorsqu'il s'agit également d'une longue détention, que l'expression «dans un délai raisonnable» prend un autre sens, celui de l'urgence. Le renvoi doit donc être effectué encore plus rapidement afin de respecter les exigences du paragraphe 84(2).

[83] C'est dans cette optique que, lorsque nécessaire, le juge doit examiner la durée et les conditions de la

judge along with the operative causes of delay. With these considerations in mind, I now turn to the merit of Mr. Almrei's ground of appeal.

détention, ainsi que les causes déterminantes du délai. Compte tenu de ces facteurs, j'examinerai maintenant le fond des motifs d'appel de M. Almrei.

(a) the length of detention

[84] Mr. Almrei has now been detained for more than three years. I hereinafter reproduce a timeline which provides a history of the proceedings, indicates the dates of various stages of the proceedings, and, in the right-hand column, where relevant, the time elapsed between procedural stages:

a) durée de la détention

[84] M. Almrei est détenu depuis plus de trois ans. J'ai préparé un calendrier qui présente l'historique des instances et qui indique les dates des diverses étapes de celles-ci. La colonne de droite décrit, lorsqu'il est opportun de le faire, le temps écoulé entre les diverses étapes:

**Timeline**

2001		
October 19	Mr. Almrei is detained.	
November 23	Tremblay-Lamer J. issues a decision upholding the reasonableness of the security certificate.	Mr. Almrei has been detained for 35 days.
December 5	Mr. Almrei is served with notice that the Minister intends to seek an opinion that he constitutes a danger to the security of Canada, which would permit his removal to Syria.	13 days since certificate was upheld.
2002		
January 28	Mr. Almrei replies to the December 5 notice.	
February 11	A deportation order is issued against Mr. Almrei under subsection 32(6) of the former Act, following a determination that he is a person described under paragraph 27(2)(a). Under the former Act, a security certificate was not automatically deemed a removal order as under IRPA (see paragraph 40.1(3)(b) of the former Act).	82 days since certificate was upheld.
March 21	Although 120 days have elapsed since Tremblay-Lamer J.'s decision upholding the reasonableness of the certificate, under the former Act, a foreign national had to count 120 days from the date of the deportation or removal order (from February 11) before filing an application for judicial release.	120 days since certificate was upheld.
June 10	Mr. Almrei is eligible to apply for judicial release under the former Act.	120 days since removal order issued.



June 28	IRPA comes into force.	
September 23	Mr. Almrei files a motion for review of his detention under subsection 84(2) IRPA. At this stage, there is still no danger opinion that would allow the Minister to remove Mr. Almrei to Syria.	
October 15	Further disclosure is made regarding the December 5, 2001 notice.	
November 12	Mr. Almrei replies to the October 15 disclosure.	
November 18	An <i>ex parte</i> and <i>in camera</i> hearing is held before Blanchard J. to review the Crown's submissions in response to Mr. Almrei's September 23 application under subsection 84(2) IRPA.	
November 19	A summary of the protected information is issued to Mr. Almrei.	
November 25	The public hearing on the subsection 84(2) application for judicial release begins.	Mr. Almrei has been detained for 13 months.
<b>2003</b>		
January 13	The Minister's delegate forms the opinion under paragraph 115(2)(b) IRPA that Mr. Almrei is a danger to the security of Canada. This opinion allows Minister to order Mr. Almrei's removal to Syria.	Over 13 months since notice of intent to seek danger opinion.
January 16	Mr. Almrei is notified of the Minister's decision.	
January 17	Mr. Almrei files an application for leave and for judicial review as well as a motion to stay his removal until such applications are determined.	
January 21	The Minister consents to leave being given on the application for judicial review. Mr. Almrei agrees to suspend the application for judicial release under subsection 84(2) IRPA on condition that the hearing can resume within 7 days at his request.	
April 23	The Minister consents to the application for judicial review by letter, acknowledging that "serious errors" were made in forming the first danger opinion.	
May 16	Blanchard J. orders that judicial review be granted and that review of Mr. Almrei's detention resume on June 24, 2003.	
June 24	Detention review under subsection 84(2) is scheduled to resume. At this time, there is no danger opinion in effect to suggest Mr. Almrei's removal is imminent.	Mr. Almrei has been detained for over 20 months.

July 28	Mr. Almrei receives notice that the Minister will seek a second danger opinion under paragraph 115(2)(b) IRPA.	2.5 months since judicial review of 1st danger opinion was granted.
August 5	Mr. Almrei files submissions on a motion to seal evidence to permit him to testify <i>in camera</i> and compel a CSIS representative or RCMP officer to testify.	
August 18	Mr. Almrei requests by letter (and is later granted) an extension to September 2, 2003 to make submissions on the risk he would face if returned to Syria.	
August 27	The Crown files responses to the August 5 motion to seal evidence.	
September 2	Deadline for Mr. Almrei's submissions on the risk he would face if returned to Syria.	
October 17	Blanchard J. orders that certain information be sealed and that a CSIS officer be provided for examination by Mr. Almrei. Mr. Almrei is given <b>20 days</b> to file submissions as to which portions of the order should be protected and which parts of the declarations made by him and by one other individual should be expunged from the record. The Crown is given <b>5 days</b> to reply.	
October 23	The Minister's delegate forms a second opinion under paragraph 115(2)(b) that Mr. Almrei would not be at risk of torture if removed to Syria, and, in the alternative, that if he were at risk, such risk would be justified due to the risk Mr. Almrei presents to the security of Canada.	Less than 3 months since notice given of intent to seek 2nd danger opinion.
October 30	Mr. Almrei files an application for leave and for judicial review of the second danger opinion.	
November 21	Evidence is filed by the Minister indicating that removal is scheduled to take place within two and one-half weeks. Mr. Almrei requests a stay of removal pending the determination of the applications for leave and for judicial review of the danger opinion. An order is also issued relating to non-disclosure.	
November 24	An additional order is issued relating to non-disclosure.	
November 27	Blanchard J. stays the February 11, 2003 deportation order, pending the outcome of the applications for leave and for judicial review. The subsection 84(2) detention review resumes.	

December 19	Gans J., of the Ontario Superior Court, issues an order relating to Mr. Almrei's conditions of detention. Some issues are resolved voluntarily by staff at the Toronto West Detention Centre. Gans J. orders that Mr. Almrei be given shoes and states that he remains seized of the issues should conditions again deteriorate.	
December 29	Blanchard J. orders that section 78 IRPA applies to a subsection 84(2) application for judicial release.	
<b>2004</b>		
March 19	Blanchard J. releases his decision dismissing Mr. Almrei's subsection 84(2) application.	
December 16	Federal Court of Appeal hears the appeal from Blanchard J.'s dismissal of the subsection 84(2) application.	Mr. Almrei has been detained for over 3 years.

#### Calendrier

<b>2001</b>		
19 octobre	M. Almrei est mis en détention.	
23 novembre	La juge Tremblay-Lamer rend une décision reconnaissant le caractère raisonnable du certificat de sécurité.	M. Almrei est détenu depuis 35 jours.
5 décembre	Un avis selon lequel le ministre a l'intention de demander un avis de danger pour la sécurité du Canada qui permettrait le renvoi de M. Almrei en Syrie est signifié à ce dernier.	13 jours se sont écoulés depuis que le certificat a été déclaré raisonnable.
<b>2002</b>		
28 janvier	M. Almrei répond à l'avis du 5 décembre.	
11 février	Une mesure d'expulsion est prise contre M. Almrei en vertu du paragraphe 32(6) de l'ancienne Loi, suivant une décision selon laquelle il est une personne décrite à l'alinéa 27(2)a). En vertu de l'ancienne Loi, un certificat de sécurité n'est pas automatiquement réputé une mesure de renvoi comme il l'est en vertu de la LIPR (voir l'alinéa 40.1(3)b) de l'ancienne Loi).	82 jours se sont écoulés depuis que le certificat a été jugé raisonnable.

21 mars	Même si 120 jours se sont écoulés depuis la décision de la juge Tremblay-Lamer reconnaissant le caractère raisonnable du certificat, en vertu de l'ancienne Loi, un étranger doit attendre 120 jours depuis la date de la mesure d'expulsion ou de renvoi (à compter du 11 février) avant de déposer une demande de mise en liberté.	120 jours se sont écoulés depuis que le certificat a été reconnu raisonnable.
10 juin	M. Almrei peut déposer une demande de mise en liberté en vertu de l'ancienne Loi.	120 jours se sont écoulés depuis que la mesure de renvoi a été prise.
28 juin	La LIPR entre en vigueur.	
23 septembre	M. Almrei dépose une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR. À cette étape, il n'y a toujours aucun avis de danger permettant au ministre de renvoyer M. Almrei en Syrie.	
15 octobre	Une divulgation supplémentaire est effectuée concernant l'avis du 5 décembre 2001.	
12 novembre	M. Almrei répond à la divulgation du 15 octobre.	
18 novembre	Le juge Blanchard tient une audience <i>ex parte</i> et à huis clos afin d'examiner les observations de la Cour en réponse à la demande présentée le 23 septembre par M. Almrei en application du paragraphe 84(2) de la LIPR.	
19 novembre	Un résumé des renseignements confidentiels est remis à M. Almrei.	
25 novembre	L'audience publique sur la demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) commence.	M. Almrei est détenu depuis 13 mois.
<b>2003</b>		
13 janvier	Le représentant du ministre forme un avis en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la LIPR selon lequel M. Almrei constitue un danger pour la sécurité du Canada. Cet avis permet au ministre d'ordonner le renvoi de M. Almrei en Syrie.	Plus de 13 mois se sont écoulés depuis l'avis d'intention de demander un avis de danger.
16 janvier	M. Almrei est avisé de la décision du ministre.	
17 janvier	M. Almrei dépose une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, ainsi qu'une requête en sursis de son renvoi jusqu'à ce que les demandes soient entendues.	

21 janvier	Le ministre consent à autoriser la demande de contrôle judiciaire. M. Almrei consent à suspendre la demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR à condition que l'audience puisse reprendre dans les 7 jours, à sa demande.	
23 avril	Le ministre consent à la demande de contrôle judiciaire dans une lettre, reconnaissant que des « erreurs graves » avaient été commises lors du premier avis de danger.	
16 mai	Le juge Blanchard ordonne que le contrôle judiciaire soit accordé et la reprise du contrôle de la détention de M. Almrei le 24 juin 2003.	
24 juin	L'examen de la demande en vertu du paragraphe 84(2) doit reprendre. À ce moment-là, il n'y a aucun avis de danger permettant de penser que le renvoi de M. Almrei est imminent.	M. Almrei est détenu depuis plus de 20 mois.
28 juillet	M. Almrei reçoit un avis selon lequel le ministre demandera un deuxième avis de danger en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la LIPR.	2,5 mois se sont écoulés depuis que le contrôle judiciaire du premier avis de danger a été accordé.
5 août	M. Almrei dépose des observations sur une requête exigeant la confidentialité d'une preuve pour lui permettre de témoigner à huis clos et d'obliger un représentant du CSIS ou de la GRC à témoigner.	
18 août	M. Almrei demande par lettre une prorogation (ce qui lui est accordé) jusqu'au 2 septembre 2003 pour présenter les observations sur le risque auquel il serait exposé s'il était renvoyé en Syrie.	
27 août	La Couronne dépose les réponses à la requête du 5 août visant à conserver la preuve sous pli scellé.	
2 septembre	Fin du délai de présentation des observations de M. Almrei sur le risque auquel il serait exposé s'il était renvoyé en Syrie.	
17 octobre	Le juge Blanchard ordonne que certains renseignements soient scellés et qu'un agent du SCRS soit interrogé par M. Almrei. M. Almrei a <b>20 jours</b> pour déposer ses observations sur les parties de l'ordonnance qui devraient être protégées et sur les parties des déclarations qu'il a faites et qu'a faites un autre individu qui devraient être radiées. La Couronne a <b>5 jours</b> pour répondre.	

23 octobre	Le représentant du ministre prépare un deuxième avis en vertu de l'alinéa 115(2)b) selon lequel M. Almrei ne serait pas exposé à un risque de torture s'il était renvoyé en Syrie et que, subsidiairement, s'il était exposé à un tel risque, ce risque serait justifié à cause du danger que constitue M. Almrei pour la sécurité du Canada.	Moins de 3 mois se sont écoulés depuis l'avis de l'intention de demander un deuxième avis de danger.
30 octobre	M. Almrei dépose une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du deuxième avis de danger.	
21 novembre	Le ministre dépose une preuve indiquant que le renvoi doit avoir lieu dans les deux semaines et demie. M. Almrei demande un sursis du renvoi en attendant la décision sur les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire de l'avis de danger. Une ordonnance est également émise concernant la non-divulgestion.	
24 novembre	Une ordonnance supplémentaire est émise concernant la non-divulgestion.	
27 novembre	Le juge Blanchard suspend la mesure d'expulsion du 11 février 2003, en attendant les résultats des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire. Reprise de l'examen de la demande en vertu du paragraphe 84(2).	
19 décembre	Le juge Gans, de la Cour supérieure de l'Ontario rend une ordonnance concernant les conditions de détention de M. Almrei. Le personnel du Centre de détention de l'Ouest de Toronto accepte de régler certaines questions. Le juge Gans ordonne qu'on remette des chaussures à M. Almrei et il déclare qu'il demeure saisi de l'affaire au cas où les conditions de détention se détérioreraient de nouveau.	
29 décembre	Le juge Blanchard ordonne que l'article 78 de la LIPR s'applique à une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2).	
2004		
19 mars	Le juge Blanchard publie sa décision rejetant la demande de M. Almrei en vertu du paragraphe 84(2).	
16 décembre	La Cour d'appel fédérale entend l'appel interjeté contre le rejet de la demande en vertu du paragraphe 84(2) par le juge Blanchard.	M. Almrei est détenu depuis plus de 3 ans.

[85] This timeline shows that the initial proceedings were conducted rapidly. A deportation order was issued

[85] Le calendrier révèle que les premières instances se sont déroulées rapidement. Une mesure d'expulsion a

less than three months after the decision was rendered on the reasonableness of the certificate. However, 13 months elapsed before the danger opinion was issued by the Minister. Why did it take so much time? Was the delay reasonable and who is accountable for it?

[86] In evaluating future risks and security concerns, the Minister must also take into account the fact that removal of a detainee may be to a country where the detainee may face torture and serious violations of human rights: see *Suresh*, at paragraphs 117-122. This possibility requires that more substantial procedural protections and safeguards be given in the preparation of the danger opinion. The person facing deportation to torture must be informed of the case to be met and be given an opportunity to respond to the case presented by the Minister. He or she is entitled to disclosure, subject to privilege and other lawful exceptions. He or she also has the right to present evidence both on the issue of lack of danger to the security of Canada and on the risk of torture. Consultations with other government departments and with the countries to which the person could be removed may be necessary to obtain and implement safeguards for the life and integrity of the individual whose removal is being ordered. Landing rights may have to be negotiated and obtained. In short, as both the Judge in the present case and Dawson J. in the *Mahjoub* case, at paragraph 55, pointed out, “more time, rather than less, will reasonably be required to ensure that the principles of fundamental justice are not breached”.

[87] Mr. Almrei submits that the delay in preparing the first danger opinion is unreasonable and is due to understaffing in the Minister’s department. He referred us to the testimony of Mr. Foley who said that on June 24, 2003, there were six employees assigned to the national security cases for “the whole country and the whole world”: see *Appeal Record*, Vol. 5, pages 1338-1339. The witness acknowledged that there were delays in some cases, but not in Mr. Almrei’s case which received priority, with strict time frames to be adhered to for the second danger opinion: pages 1336, 1339 and 1940. I am willing to accept that some of the delay in preparing the first danger opinion may have been

été prise moins de trois mois après la décision sur le caractère raisonnable du certificat. Toutefois, 13 mois se sont écoulés avant l’avis sur le danger du ministre. Quelles sont les raisons de ce délai? Le délai était-il raisonnable? Qui en est responsable?

[86] En évaluant les risques futurs et les questions de sécurité, le ministre doit également tenir compte du fait que le détenu peut être renvoyé dans un pays où il pourrait faire face à la torture et à des violations graves des droits de la personne: voir *Suresh*, aux paragraphes 117 à 122. Cette possibilité exige l’application de mesures de protection d’ordre procédural plus importantes dans la préparation de l’avis de danger. La personne qui est exposée au risque d’être torturée si elle est renvoyée doit être informée de la preuve contre elle et avoir l’occasion de répondre aux arguments présentés par le ministre. Cette personne a droit à la divulgation des renseignements, sous réserve des communications privilégiées et des autres exceptions prévues par la loi. Elle a également le droit de présenter une preuve tant sur la question de l’absence de danger pour la sécurité du Canada que sur les risques de torture. Les consultations avec d’autres ministères, ainsi qu’avec les pays vers lesquels la personne serait renvoyée, peuvent être nécessaires pour obtenir et mettre en place des mesures de sécurité afin de protéger la vie et l’intégrité de l’individu dont le renvoi est ordonné. Il faudra peut-être négocier et obtenir un droit d’établissement. Bref, comme tant le juge en l’espèce que le juge Dawson dans l’affaire *Mahjoub*, au paragraphe 55, ont mentionné: «le délai raisonnable exigé pour s’assurer que les principes de justice fondamentale ont été respectés sera plus long».

[87] M. Almrei prétend que le délai dans la préparation du premier avis de danger est déraisonnable et dû au manque de personnel au ministère. Il a renvoyé la Cour au témoignage de M. Foley qui a dit que le 24 juin 2003, il y avait six employés à qui avaient été confiés les dossiers de sécurité nationale pour [TRADUCTION] «l’ensemble du pays et du monde»: voir le dossier d’appel, vol. 5, pages 1338 et 1339. Le témoin a reconnu qu’il y avait eu des délais dans certains dossiers, mais que celui de M. Almrei avait été traité en priorité et qu’un échéancier strict avait été respecté concernant le deuxième avis de danger: pages 1336, 1339 et 1940. Je suis disposé à reconnaître qu’une partie

attributable to limited institutional resources. However, the major sources of delay during that period originated with Mr. Almrei.

[88] Indeed, once Mr. Almrei was informed that a danger opinion would be sought from the Minister, with a view to deporting him to Syria, he recanted his story, claiming that he did not have the opportunity to do it at the Federal Court hearing on the reasonableness of the certificate: see his affidavit, Appeal Record, Vol. 8, page 2849, at paragraph 4.

[89] In an affidavit given on November 8, 2002, Mr. Almrei divulged information that, since his arrival in Canada in January 1999, he had concealed from his counsel and from Canadian authorities. Mr. Almrei revealed that he had been in Afghanistan and that he had provided help to a fellow Muslim in obtaining a false Canadian passport to facilitate his entry into Canada. Mr. Almrei had previously lied to CSIS officers and misled them when he denied having ever been to Afghanistan. He mentioned that his father was involved with the Muslim Brotherhood and, as a result, he had had to leave Syria around 1980 for fear of detention and torture.

[90] Mr. Almrei also states in his affidavit that he travelled to Thailand, Turkey, Bahrain, the United Arab Emirates, Yemen, Pakistan and Jordan. He went to Pakistan in 1990 with the intention of going to Afghanistan, encouraged as he and other youths were by the Saudi government to go there and fight the infidels: see his affidavit, pages 2851-2852, paragraphs 10 and 11. He eventually ended up in a camp in Afghanistan which he says was not a training camp, but a camp in which he was nevertheless given an AK-47 and basic training in how to handle it: paragraph 14. According to his statements, he spent his time there as an Imam, leading prayers and teaching the Koran.

[91] In 1994, Mr. Almrei returned to Pakistan from Saudi Arabia where he had completed high school and worked for a charitable organization called the Muslim African Agency. He had heard that a new jihad was

du délai dans la préparation du premier avis de danger ait pu être attribuable à une pénurie de ressources institutionnelles. Toutefois, M. Almrei lui-même est la cause des principaux délais durant cette période.

[88] D'ailleurs, lorsque M. Almrei a été avisé qu'un avis de danger serait demandé au ministre, dans le but de le renvoyer en Syrie, il a modifié son discours en prétendant qu'il n'avait pas eu l'occasion de le faire lors de l'audience devant la Cour fédérale concernant le caractère raisonnable du certificat: voir son affidavit, dossier d'appel, vol. 8, page 2849, au paragraphe 4.

[89] Dans un affidavit signé le 8 novembre 2002, M. Almrei a divulgué des renseignements qu'il avait cachés à son avocat et aux autorités canadiennes depuis son arrivée au Canada, en janvier 1999. M. Almrei a dit qu'il était allé en Afghanistan et qu'il avait aidé un autre musulman à obtenir un faux passeport canadien pour qu'il puisse entrer plus facilement au Canada. M. Almrei avait auparavant menti aux agents du SCRS et il les avait induits en erreur en niant s'être rendu en Afghanistan. Il a mentionné que son père était membre de la Confrérie musulmane et que, par conséquent, il avait dû quitter la Syrie vers 1980 par crainte d'être détenu et torturé.

[90] M. Almrei déclare également, dans son affidavit, qu'il s'est rendu en Thaïlande, en Turquie, au Bahreïn, aux Émirats arabes unis, au Yémen, au Pakistan et en Jordanie. Il s'est rendu au Pakistan en 1990 dans l'intention d'aller en Afghanistan, encouragé par le gouvernement saoudien, comme bien d'autres jeunes, à se battre contre les infidèles dans ce pays: voir son affidavit, aux pages 2851 et 2852, paragraphes 10 et 11. En fin de compte, il s'est retrouvé dans un camp en Afghanistan qui, selon lui, n'était pas un camp d'entraînement; cependant, on lui avait remis un AK-47 et donné une formation de base sur la manière de s'en servir: paragraphe 14. Selon ses déclarations, il a passé quelque temps dans ce pays comme imam. Il dirigeait les prières et enseignait le Coran.

[91] En 1994, M. Almrei a quitté l'Arabie saoudite où il avait complété son école secondaire et où il travaillait pour un organisme de charité appelé association musulmane africaine pour revenir au Pakistan. Il avait



developing in Tajikistan against the Russians. The new group composed of Arabs was under the command of a Mr. Khatab, who was later a commander in Chechnya. Mr. Almrei went through Afghanistan to Mr. Khatab's camp. Then, he moved to Khunduz and stayed there for about a month before returning to Saudi Arabia.

[92] While in Saudi Arabia, Mr. Almrei approached a charitable organization which he said he did not know had connections with Usama bin Laden. The purpose was to set up a girl's school in Khunduz where he returned again for a stay of five months in 1995. At one time, he crossed the border into Tajikistan with a party scouting Russian positions. At another time, he went into Tajikistan for two weeks to assist in setting up a camp. Once again, he was given an AK-47 for protection. He goes on to relate in some detail, in his affidavit, his numerous trips, namely to Pakistan, the United Arab Emirates, Yemen, Jordan, Thailand and Saudi Arabia.

[93] Mr. Almrei entered Canada with a false passport from the United Arab Emirates which he initially claimed to have destroyed. The passport was later seized at his home. He had a Kuwaiti driver's licence and a Bahraini bank card in the same name as his passport to make his false identity appear more authentic: page 2860, paragraph 35. Mr. Almrei did not disclose, on arrival, the details of his travels to Afghanistan and he indicated that the purpose of his trips to Pakistan was to buy honey. Not only did he hide from CSIS the fact that he had another name (what he calls a respect name - Abu Al Hareth), but, according to a CSIS report, he told CSIS officers that he had no other name. Mr. Ahmed Ressam, who testified in the United States in the trial of Mokhtar Haouari, asserted that all people going to camps in Afghanistan used aliases, and never their real names: see Appeal Record, Vol. 3, page 506. So, for example, Mr. Ressam, whose alias was Nabil, never knew the real name of Abu Zubeida, whom he contacted in Afghanistan and who was in charge of the camps. It will be recalled that Mr. Ressam trained in a camp in

entendu dire qu'un nouveau djihad était en train de se préparer contre les Russes, au Tadjikistan. Le nouveau groupe, formé d'Arabes, était sous le commandement d'un certain M. Khatab, plus tard commandant en Tchéchénie. M. Almrei a traversé l'Afghanistan pour se rendre au camp de M. Khatab. Puis il s'est rendu à Khunduz où il est demeuré pendant environ un mois avant de retourner en Arabie saoudite.

[92] Pendant qu'il était en Arabie saoudite, M. Almrei a fait partie d'un organisme de charité. Il dit qu'il ne savait pas que cet organisme avait des liens avec Oussama ben Laden. L'organisme devait établir une école de filles à Khunduz où il est retourné de nouveau pour cinq mois en 1995. Une fois, il a traversé la frontière du Tadjikistan avec un groupe qui se renseignait sur les positions russes. Une autre fois, il est allé au Tadjikistan pour deux semaines afin de participer à l'installation d'un camp. On lui a, encore une fois, remis un AK-47 pour se protéger. Il explique ensuite avec certains détails, dans son affidavit, ses nombreux voyages notamment au Pakistan, aux Émirats arabes unis, au Yémen, en Jordanie, en Thaïlande et en Arabie saoudite.

[93] M. Almrei est entré au Canada muni d'un faux passeport des Émirats arabes unis qu'il a d'abord prétendu avoir détruit. Plus tard, le passeport a été saisi à son domicile. Il possédait un permis de conduire du Kuwait et une carte bancaire du Bahreïn établis au même nom que son passeport afin de rendre sa fausse identité plus authentique: page 2860, paragraphe 35. M. Almrei n'a pas divulgué, lors de son arrivée, les détails de ses voyages en Afghanistan. Il a dit qu'il se rendait au Pakistan pour acheter du miel. Non seulement il a caché au SCRS le fait qu'il avait un autre nom (qu'il qualifie de nom respectueux - Abu Al Hareth), mais, selon le rapport du SCRS, il aurait dit aux agents du SCRS qu'il n'avait pas d'autre nom. M. Ahmed Ressam, qui a témoigné aux États-Unis dans le procès de Mokhtar Haouari, a affirmé que toutes les personnes qui se rendent dans les camps en Afghanistan utilisent des noms d'emprunt et qu'ils n'utilisent jamais leur nom véritable: voir dossier d'appel, vol. 3, page 506. Ainsi, par exemple, M. Ressam, dont le nom d'emprunt était Nabil, n'a jamais connu le véritable nom d'Abu Zubeida qu'il a contacté

Afghanistan and was found guilty in 2001, in Los Angeles, on nine charges relating to terrorism and transporting explosives: pages 492, 507. Finally, Mr. Almrei lied about his income in Canada.

[94] Needless to say, all this information, newly revealed in opposition to the danger opinion and a possible removal to Syria, necessitated careful analysis and verification not only for what it actually revealed, but also for what it might still conceal. It should come as no surprise to Mr. Almrei that, after all his lies and deliberate omissions, Canadian authorities saw the need to closely investigate the new facts and justifications provided by him for his travels and behaviour: see the testimony of Mr. Foley, Appeal Record, Vol. 5, pages 1332-1333. This explains most of the time spent in the preparation of the first danger opinion.

[95] In addition, IRPA, the new legislation, came into force on June 28, 2002 and created a dynamic of its own which generated some institutional delays which can be considered normal in the circumstances.

[96] In conclusion, I cannot say that the time taken to prepare the first danger opinion is such that a conclusion is warranted that the delay was unreasonable and not attributable in whole or in large part to Mr. Almrei.

[97] The delay occurring after January 17, 2003 is the product of Mr. Almrei's applications for judicial review and a motion to stay his removal order until judgment is rendered on the applications. As the timeline reveals, the first application for judicial review and the motion to stay the removal were filed on January 17, 2003 and judgment was delivered on May 16, 2003. Mr. Almrei received notice from the Minister on July 28, 2003 that a second determination of the appellant's risk to the security of Canada and of the possibility of his removal from Canada would be sought under paragraph 115(2)(b) of the IRPA. This second opinion, issued on October 23, 2003, took less than three months from the time of the

en Afghanistan et qui était responsable des camps. Rappelons que M. Ressay avait été formé dans un camp en Afghanistan et qu'il a été déclaré coupable en 2001, à Los Angeles, de neuf chefs d'accusation de terrorisme et de transport d'explosifs: pages 492 et 507. Enfin, M. Almrei a menti au sujet de son revenu au Canada.

[94] Bien entendu, tous ces renseignements nouvellement révélés pour contester l'avis de danger et son renvoi possible en Syrie ont dû être soigneusement analysés et vérifiés, non seulement pour ce qu'ils révélaient réellement, mais également pour ce qu'ils pourraient continuer de cacher. M. Almrei ne devrait pas s'étonner qu'après tous ces mensonges et omissions de sa part, les autorités canadiennes aient senti le besoin d'examiner soigneusement les nouveaux faits et les justifications qu'il avait donnés concernant ses voyages et agissements: voir le témoignage de M. Foley, dossier d'appel, vol. 5, pages 1332 et 1333. Cela explique presque tout le temps qui a été consacré à la préparation du premier avis de danger.

[95] En outre, la LIPR, la nouvelle Loi, est entrée en vigueur le 28 juin 2002 et, du même coup, elle a suscité une certaine dynamique qui a occasionné des délais institutionnels qui ne sont que normaux compte tenu des circonstances.

[96] En conclusion, je ne saurais dire que le délai à préparer le premier avis est tel qu'il faudrait conclure que le délai était déraisonnable et non attribuable, en tout ou en grande partie, à M. Almrei.

[97] Le délai qui est postérieur au 17 janvier 2003 est dû aux demandes de contrôle judiciaire de M. Almrei et à la requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi jusqu'au jugement relatif à ces demandes. Comme le révèle le calendrier, la première demande de contrôle judiciaire et la requête en sursis d'exécution du renvoi ont été déposées le 17 janvier 2003 et jugement a été rendu le 16 mai 2003. M. Almrei a été avisé par le ministre, le 28 juillet 2003, qu'une deuxième décision concernant le danger qu'il constituerait pour la sécurité du Canada et la possibilité de son renvoi serait prise en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la LIPR. Cette deuxième opinion, émise le 23 octobre 2003, a été donnée moins

notice given to Mr. Almrei. On October 30, 2003, Mr. Almrei sought leave for judicial review and judicial review of the Minister's delegate's decision. Three weeks later, the Minister filed evidence indicating that the removal would take place within two and a half weeks. Mr. Almrei then requested a stay of removal pending the determination of the applications for leave and for judicial review. Leave to apply for judicial review was granted on August 3, 2004 and the application for judicial review was heard on November 16 and 17, 2004. As previously mentioned, the decision is under reserve.

[98] In respect of the period starting on January 17, 2003, Mr. Almrei complains of abnormally long institutional delays in processing his applications for judicial review. I reproduce a timeline of the proceedings relating to the second application for judicial review and covering the period between October 30, 2003 and November 23, 2004:

**Timeline of judicial review proceedings  
(IMM-8537-03)**

**2003**

October 30	Mr. Almrei files an application for leave and for judicial review.
November 26	Mr. Almrei's application record is filed at the hearing.
November 27	Continuation of hearing on the motion for a stay of removal.
November 28	Reasons for order and order issued by Blanchard J. granting a stay of removal pending the outcome of the application for leave and for judicial review. Meanwhile, the hearing of the motion concerning affidavits and the sealing of information continues.
December 2	Order and reasons for order of Blanchard J. released.

de trois mois après l'avis donné à M. Almrei. Le 30 octobre 2003, M. Almrei a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre. Trois semaines plus tard, le ministre a déposé une preuve indiquant que le renvoi aurait lieu dans deux semaines et demie. M. Almrei a alors demandé un sursis du renvoi en attendant la décision sur les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire. L'autorisation a été accordée le 3 juillet 2004 et la demande de contrôle judiciaire a été entendue les 16 et 17 novembre 2004. Tel que susmentionné, la décision a été mise en délibéré.

[98] Pour ce qui concerne la période qui a commencé le 17 janvier 2003, M. Almrei se plaint de délais institutionnels excessifs dans le traitement de ses demandes de contrôle judiciaire. J'ai préparé un calendrier des instances relatives à la deuxième demande de contrôle judiciaire concernant la période entre le 30 octobre 2003 et le 23 novembre 2004:

**Calendrier des instances relatives au  
contrôle judiciaire (IMM-8537-03)**

**2003**

30 octobre	M. Almrei dépose une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.
26 novembre	Le dossier de demande de M. Almrei est déposé à l'audience.
27 novembre	Reprise de l'audience sur la requête en sursis de l'exécution du renvoi.
28 novembre	Le juge Blanchard rend les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance accordant un sursis du renvoi en attendant le résultat de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Entre-temps, l'audience sur la requête concernant les affidavits et les renseignements confidentiels se poursuit.
2 décembre	Publication de l'ordonnance et des motifs de l'ordonnance du juge Blanchard.

2004		2004	
January 13	Crown's submissions filed relating to the application for leave and for judicial review.	13 janvier	Dépôt des observations de la Couronne en rapport avec la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.
January 27	Mr. Almrei files submissions in reply.	27 janvier	M. Almrei dépose ses observations en réponse.
February 3	Crown writes a letter of non-opposition relating to Mr. Almrei's filing of reply submissions on January 27.	3 février	La Couronne rédige une lettre de non-opposition concernant les observations en réponse de M. Almrei, le 27 janvier.
February 10	Mr. Almrei files a motion asking for a retroactive extension of time to file reply submissions. This relates to the submissions filed January 27.	10 février	M. Almrei dépose une requête en prorogation rétroactive du délai afin de déposer ses observations en réponse. Il s'agit des observations déposées le 27 janvier.
March 2	Prothonotary Milczynski grants the February 10 motion and orders an extension of time <i>nunc pro tunc</i> to January 27. Prothonotary Milczynski held that the delay was entirely attributable to the inadvertent error of counsel and that a reasonable explanation for such error and delay was provided.	2 mars	Le protonotaire Milczynski accorde la requête du 10 février et ordonne la prorogation rétroactive jusqu'au 27 janvier. Le protonotaire Milczynski a conclu que le délai était entièrement attribuable à l'erreur commise par inadvertance par l'avocat et il a dit que ce dernier avait présenté une explication raisonnable de l'erreur et du délai.
July 13	Counsel for Mr. Almrei writes to the Federal Court asking why there has been no decision on the application for leave for judicial review, despite the passage of over 8 months.	13 juillet	L'avocat de M. Almrei écrit à la Cour fédérale pour demander pourquoi, malgré le délai de 8 mois, il n'y a pas eu de décision sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.
August 3	Leave is granted for judicial review. A timeline is set for the judicial review proceedings that will see all documents filed with the Court by October 18. The hearing is set for November 1.	3 août	L'autorisation est accordée relativement au contrôle judiciaire. Un échéancier est établi relativement au contrôle judiciaire selon lequel tous les documents devront être déposés auprès de la Cour avant le 18 octobre. L'audience doit avoir lieu le 1 <sup>er</sup> novembre.
August 26	The Crown requests the hearing be moved due to a conflict with another	26 août	La Couronne demande que la date de l'audience soit changée à cause d'un

	previously scheduled security certificate hearing and suggests alternate dates, all prior to November 1. Counsel for Mr. Almrei does not object to the request.		conflit avec une autre audience déjà prévue concernant un certificat de sécurité et la Couronne propose d'autres dates, toutes avant le 1 <sup>er</sup> novembre. L'avocat de M. Almrei ne s'objecte pas à la demande.
November 1	Evidence and written representations are filed by the Crown concerning a section 87 application for non-disclosure.	1 novembre	La Couronne dépose une preuve et ses observations écrites concernant une demande de non-divulgence en vertu de l'article 87.
November 9	The Crown makes <i>in camera</i> and <i>ex parte</i> submissions before Blanchard J.	9 novembre	La Couronne présente les observations <i>ex parte</i> et à huis clos devant le juge Blanchard.
November 16	The public hearing on the judicial review application beings.	16 novembre	L'audience publique sur la demande de contrôle judiciaire commence.
November 19	Mr. Almrei's submissions concerning a section 87 application by the Crown are due but are not received.	19 novembre	Les observations de M. Almrei concernant une demande en vertu de l'article 87 par la Couronne sont dues mais n'ont pas encore été reçues.
November 23	Following a call from the registrar, counsel for Mr. Almrei faxes submissions in response to the Crown's section 87 application.	23 novembre	Suivant un appel du greffier, l'avocat de M. Almrei télécopie les observations en réponse à la demande de la Couronne en vertu de l'article 87.

[99] I cannot say that the delay incurred is unusual or unreasonable, except as regards the period of nine months (from October 30, 2003 to August 3, 2004) which elapsed before a decision was rendered on the leave application for judicial review. I find it disturbing that a leave application, completed for all practical purposes by March 2, 2004, could be kept on hold for five months when the applicant is in detention. While I can understand that applications for leave for judicial review and for judicial review are not applications for *habeas corpus* and that such applications obey a different procedural regime, great vigilance must be exercised and priority given to applications for leave and for judicial review made by detainees. Strict compliance with the time limits provided by the Rules [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] for the filing of material should be adhered to by

[99] Je ne saurais qualifier le délai d'inhabituel ou de déraisonnable, sauf pour ce qui concerne la période de neuf mois (du 30 octobre 2003 au 3 août 2004) qui s'est écoulée avant qu'une décision ne soit prise sur la demande d'autorisation de contrôle judiciaire. Je trouve inquiétant qu'une demande d'autorisation qui, à toutes fins pratiques, fut complétée avant le 2 mars 2004, ait pu demeurer sans réponse pendant cinq mois alors que le demandeur était détenu. Certes, je comprends que les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire ne sont pas des demandes en *habeas corpus* et que ces demandes sont assujetties à une procédure différente, mais il faut exercer une très grande vigilance et priorité doit être accordée aux demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire présentées par des détenus. Sous la surveillance de la Cour, les parties en cause devraient respecter scrupuleusement les délais prévus par les

the parties under monitoring of the Court. That being said, I recognize that the Federal Court, like our Court and most courts, has limited resources, a problem which is known to have been compounded in the Federal Court and in our Court by the Government's slowness in filling new judicial positions allocated by Parliament or existing vacant positions. This state of affairs is most regrettable and Mr. Almrei's complaint is, in part, well founded. I say in part because he could and should have been more aggressive in moving his file forward.

[100] Apart from the inquiry by counsel for Mr. Almrei on July 13, 2004 about the delay in deciding the application for leave, there is nothing in the record of that file indicating that Mr. Almrei sought an expedited hearing on the application for leave and, subsequently, on the application for judicial review when leave was granted. The primary responsibility for moving a case forward rests with the moving party while the court's duty is to ensure, on the one hand, that, within the limits of its allocated resources, cases are heard expeditiously when so requested, and, on the other hand, that its process is not being abused by litigants who merely want to delay the process.

[101] In addition, Mr. Almrei could have put an end to his detention if he had shown a willingness to leave the country. Most of his family, including his parents, live in Saudi Arabia. He has a sister living in Lebanon. He travelled freely to Pakistan, Afghanistan, Jordan and other countries: see his affidavit, Appeal Record, Vol. 8, paragraphs 6 to 10. He could, at any time, have made an application to the Minister for release pursuant to subsection 84(1) indicating which countries other than Syria he would be willing to go to. The Minister would have had to investigate the possibility of a safe removal to these countries. By his own admission, Mr. Almrei never made any effort or inquiries as to whether countries other than Syria would be willing to accept him: see his testimony, Appeal Record, Vol. 4, pages 1128-1129.

[102] I have put Mr. Almrei's contentions in their proper context and reviewed them at some length even

Règles [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] pour la production de documents. Cela dit, je reconnais que la Cour fédérale, à l'instar de notre Cour et de la plupart des tribunaux, a des ressources limitées et qu'il s'agit d'un problème qui, nous le savons, s'est aggravé en Cour fédérale et dans notre Cour à cause de la lenteur du gouvernement à nommer les nouveaux juges autorisés par le Parlement ou à pourvoir les postes vacants. Cette situation est tout à fait regrettable et M. Almrei a, en partie, raison de se plaindre. Cependant, il aurait dû et aurait pu être plus insistant afin de faire progresser son dossier.

[100] Sauf la demande du 13 juillet 2004 de l'avocat de M. Almrei concernant le délai relatif à la décision sur la demande d'autorisation, il n'y a rien au dossier qui indique que M. Almrei ait demandé une audience accélérée sur l'autorisation et, par conséquent, sur la demande de contrôle judiciaire lorsque l'autorisation a été accordée. C'est le demandeur qui est responsable de faire progresser sa cause alors que le tribunal est tenu d'assurer que, d'une part, dans les limites des ressources qui lui sont allouées, les affaires sont entendues rapidement lorsqu'on le demande, et, d'autre part, que son processus ne fait pas l'objet d'abus par des parties qui cherchent tout simplement à le retarder.

[101] En outre, M. Almrei aurait pu mettre fin à sa détention s'il s'était montré disposé à quitter le pays. Presque toute sa famille, y compris ses parents, vit en Arabie saoudite. Il a une sœur au Liban. Il a voyagé librement au Pakistan, en Afghanistan, en Jordanie et dans d'autres pays: voir son affidavit, dossier d'appel, vol. 8, paragraphes 6 à 10. Il pourrait, à tout instant, déposer une demande de mise en liberté au ministre, en conformité avec le paragraphe 84(1), en indiquant dans quels pays, autres que la Syrie, il serait disposé à se rendre. Le ministre aurait été tenu de faire enquête sur la possibilité d'un renvoi sécuritaire vers ces pays. M. Almrei reconnaît lui-même qu'il n'a fait aucun effort ni présenté de demande au sujet d'autres pays que la Syrie qui seraient disposés à l'accepter: voir son témoignage, dossier d'appel, vol. 4, pages 1128 et 1129.

[102] J'ai replacé les allégations de M. Almrei dans le contexte qu'il leur est propre et je les ai examinées en

though they are not relevant to this subsection 84(2) application for judicial release. They are not relevant because the evidence clearly and unequivocally indicates that Mr. Almrei was about to be removed, and would still be removed within weeks, were it not for his proceedings staying the removal and challenging the second danger opinion. In other words, but for these proceedings, there would be compliance with the law by the Crown. The Judge could not therefore order Mr. Almrei's release because one of the conditions required under subsection 84(2) to obtain judicial release has not been met, namely that removal will not occur within a reasonable time.

(b) the conditions of detention

[103] Mr. Almrei's conditions of detention were initially harsh. He was held in solitary confinement until his transfer to the general population where he was assaulted. For his own protection and at his request, he was returned to solitary confinement. He is detained in a remand centre, the Toronto West Detention Centre, with very little, if any, programs and activities. Moreover, the rules applicable to solitary confinement are very stringent.

[104] There are remedies available to a detainee to challenge the conditions of his detention and improve them. Mr. Almrei has obtained some relief by way of *habeas corpus* in the Ontario Superior Court: see *Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 5198 (QL). However, what Mr. Almrei is now seeking before this Court and the Federal Court is not a review of his conditions of detention with a view to improving them. Rather, he seeks release from detention pursuant to subsection 84(2) of the IRPA which, as I have previously said, contains a test for release that is future-oriented.

[105] Not unlike the length of detention, the conditions of detention are not operative factors in determining whether the criteria for a subsection 84(2) application are met where, as in the present instance, compliance with the law by the Crown and removal within a reasonable time are made impossible by the proceedings brought by Mr. Almrei. An application

détail, même si elles ne sont pas pertinentes pour ce qui concerne la présente demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2). Elles ne sont pas pertinentes parce que la preuve démontre clairement et sans équivoque que M. Almrei était sur le point d'être renvoyé, et qu'il serait encore renvoyé dans quelques semaines, si ce n'était sa requête en sursis du renvoi et sa contestation de la deuxième opinion quant au danger. Autrement dit, n'eût été ces demandes, la Couronne aurait agi en conformité avec la Loi. Le juge ne pouvait donc ordonner la mise en liberté de M. Almrei, parce qu'une des conditions du paragraphe 84(2) n'avait pas été respectée, savoir que le renvoi n'aurait pas lieu dans un délai raisonnable.

b) les conditions de détention

[103] Les conditions de détention de M. Almrei ont été, dans un premier temps, très sévères. Il a été détenu en isolement cellulaire jusqu'à son transfèrement à la population carcérale générale où il a été agressé. Pour sa propre protection et à sa demande, il a été renvoyé en isolement cellulaire. Il est détenu dans un centre de détention provisoire, le Centre de détention de l'Ouest de Toronto, qui offre très peu de programmes et d'activités, sinon aucun. En outre, les règlements applicables à l'isolement cellulaire sont très sévères.

[104] Le détenu qui souhaite contester les conditions de sa détention et les améliorer peut obtenir certaines réparations. M. Almrei en a obtenues par voie d' *habeas corpus* devant la Cour supérieure de l'Ontario: voir *Almrei v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. n° 5198 (QL). Toutefois, ce que M. Almrei demande maintenant à la Cour et à la Cour fédérale n'est pas un examen de ses conditions de détention dans le but de les améliorer. Il demande plutôt sa mise en liberté en conformité avec le paragraphe 84(2) de la LIPR qui, comme je l'ai déjà dit, contient un critère de mise en liberté qui est axé vers le futur.

[105] À l'instar de la durée de la détention, les conditions de celle-ci ne sont pas des facteurs opérants lorsqu'il s'agit de savoir si les critères qui s'appliquent à une demande en vertu du paragraphe 84(2) ont été respectés lorsque, comme en l'espèce, les procédures prises par M. Almrei ont empêché la Couronne de respecter la loi et d'exécuter le renvoi dans un délai

under subsection 84(2) of the IRPA is not the appropriate remedy to complain about and seek relief from conditions of detention. The purpose of subsection 84(2), as previously stated, is to ensure that due diligence is exercised by the authorities in removing a person who is detained. It gives detainees a mechanism whereby the legitimacy and opportunity of their detention will be examined by the judiciary where removal is unduly and inexcusably delayed by the authorities.

[106] In conclusion, I agree with the Judge who heard the subsection 84(2) application that a case for Mr. Almrei's judicial release has not been made out since the condition that removal will not occur within a reasonable time has not been met.

Ground No. 6: Whether the Judge failed to articulate the basis upon which he concluded that the secret evidence that he received was reliable, credible and trustworthy or whether he failed to properly test the reliability, credibility and trustworthiness of the evidence

Ground No. 7: Whether Mr. Almrei has failed to establish that he would not be a danger to the security of Canada

[107] These two grounds can be considered together.

[108] The subsection 84(2) application for judicial release requires an applicant to satisfy the judge that he will not be removed from Canada within a reasonable time and that his release will not pose a danger to national security. Since Mr. Almrei has failed to satisfy the first criterion, he is not entitled to judicial release. There is, therefore, no need to speculate as to whether his release would or would not pose a threat to national security. That disposes of the seventh ground of appeal.

[109] It also disposes of the sixth ground of appeal because the question of the reliability, credibility and trustworthiness of the secret evidence is also linked essentially to the issue of the threat to national security

raisonnable. Une demande en vertu du paragraphe 84(2) de la LIPR n'est pas le redressement approprié lorsqu'une personne veut se plaindre de ses conditions de détention et les faire modifier. Le paragraphe 84(2) a pour objet, comme je l'ai déjà dit, d'assurer que les autorités font preuve de diligence lors du renvoi d'une personne qui est détenue. La disposition permet aux détenus de disposer d'un mécanisme de contrôle judiciaire du caractère légitime et opportun de leur détention lorsque le renvoi est retardé, d'une manière indue et inexcusable, par les autorités.

[106] En conclusion, je conviens, avec le juge qui a entendu la demande en vertu du paragraphe 84(2), que les motifs justifiant la mise en liberté de M. Almrei n'ont pas été établis puisqu'il n'a pas été satisfait au critère selon lequel le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable.

Motif n° 6: Le juge a-t-il omis de présenter les motifs qui lui ont permis de conclure que la preuve secrète qu'il avait reçue était fiable, crédible et digne de foi, ou a-t-il omis de vérifier si la preuve était fiable, crédible et digne de foi?

Motif n° 7: M. Almrei a-t-il réussi à établir que sa mise en liberté ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale?

[107] Les deux motifs se prêtent à un examen conjoint.

[108] Dans une demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2), le demandeur doit convaincre le juge qu'il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale. Puisque M. Almrei n'a pas satisfait au premier critère, il ne saurait obtenir sa mise en liberté. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si sa remise en liberté constituera un danger pour la sécurité nationale. Cela dispose du septième motif d'appel.

[109] Cela dispose également du sixième motif d'appel puisque la question de savoir si une preuve secrète est fiable, crédible et digne de foi est également liée essentiellement à la question du danger pour la



which is the second criterion to be met under subsection 84(2).

[110] I do not want to leave these two grounds of appeal without mentioning the difficulty that could have arisen from the fact that the Crown chose not to file the secret evidence with us. Had the question of national security been a live issue on this appeal, the Crown's decision not to file the secret evidence would have deprived Mr. Almrei of two meaningful grounds of appeal. This Court would have been left in a dilemma that the IRPA does not solve. In order to protect Mr. Almrei's right of appeal, I would have had no hesitation in directing the Crown to elect between producing the evidence or renouncing its ability to rely on it, and informing it of the consequences of a refusal to do both.

Ground No. 8: Whether the Judge was mistaken in concluding that the continued detention of Mr. Almrei does not violate his constitutional rights under sections 7 (liberty and security of the person) and 12 (protection against cruel and unusual treatment or punishment) of the Charter

[111] Mr. Almrei takes issue with the Judge's finding that his rights under sections 7 and 12 of the Charter are not breached by his detention:

7. [Life, liberty and security of person.] Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

12. [Treatment or punishment.] Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

Mr. Almrei argues that three years in solitary confinement is excessive and constitutes cruel treatment or punishment. He refers us to some decisions or dissenting opinions that can be distinguished on the facts of this case.

sécurité nationale qui est le deuxième critère à respecter en vertu du paragraphe 84(2).

[110] Je ne saurais conclure, relativement à ces deux motifs d'appel, sans mentionner que la Couronne a décidé de ne pas déposer la preuve secrète devant la Cour et que cette décision aurait pu être source de grandes difficultés. Si la question de la sécurité nationale s'était réellement posée dans le présent appel, la décision de la Couronne de ne pas déposer la preuve secrète aurait privé M. Almrei de deux motifs d'appel significatifs. La Cour aurait fait face à un dilemme que la LIPR ne résout pas. Pour protéger le droit d'appel de M. Almrei, je n'aurais pas du tout hésité à ordonner à la Couronne de choisir entre produire la preuve ou renoncer à se fonder sur celle-ci, et je l'aurais informée des conséquences d'un refus des deux options.

Motif n° 8: Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le maintien de la détention de M. Almrei ne violait pas les droits de M. Almrei en vertu de l'article 7 (liberté et sécurité de sa personne) et l'article 12 (protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités) de la Charte?

[111] M. Almrei conteste la conclusion du juge selon laquelle ses droits en vertu des articles 7 et 12 de la Charte ne sont pas violés par sa détention:

7. [Vie, liberté et sécurité.] Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[. . .]

12. [Cruauté.] Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

M. Almrei prétend que les trois années passées en isolement cellulaire sont excessives et qu'elles constituent un traitement ou peine cruel et inusité. Il mentionne quelques décisions ou quelques motifs dissidents qui peuvent se distinguer compte tenu des faits en l'espèce.

[112] For example, Mr. Almrei cites the dissenting opinion of Cory J. in *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at page 10 where the learned Judge stated, as an example, that “the imposition of a year or more of solitary confinement could probably not withstand a *Charter* challenge that it constituted cruel and unusual punishment”. In *Abbott v. Canada* (1993), 64 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), at paragraph 159, a penitentiary inmate was forcefully put in segregation when the segregation was not factually and legally justified. Here the solitary confinement is no longer imposed on Mr. Almrei. It is at his request and for his own protection that he is detained in solitary confinement. This fact certainly sheds a different light on Mr. Almrei’s allegation that, to use the terms of section 12 of the Charter, he is subjected to “cruel and unusual treatment or punishment”, especially in view of the fact that the prison authorities bear a statutory duty to take reasonable measures to ensure the protection of the persons that they detain.

[113] In any event, even if I assume without deciding, that Mr. Almrei’s detention constitutes cruel and unusual treatment, I believe that the remedy he seeks is not the appropriate and just remedy that section 24 of the Charter would authorize in the circumstances.

[114] Indeed, what Mr. Almrei seeks is release from a detention that is lawful and statutorily mandated: see subsection 82(2). He uses his conditions of detention to cast doubts on the legality of an otherwise lawful detention. The appropriate and just remedy in these circumstances would be to alter or suppress those conditions of detention which can be said to aggravate his detention or constitute an illegal or unwarranted form of additional punishment or treatment. However, this is not what Mr. Almrei asks of this Court. He has not requested that his conditions of detention be reviewed, that he be transferred to another institution or that he be released into the general population while awaiting removal. In circumstances where a detainee’s segregation takes place at his own request and where his complaint is about the severity of segregation, judicial release, with or without conditions, from a mandatory

[112] Par exemple, M. Almrei cite les motifs dissidents du juge Cory dans l’arrêt *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3. À la page 10, le juge Cory dit, à titre d’exemple, que «l’imposition d’un an ou plus d’isolement cellulaire ne pourrait probablement pas résister à une contestation fondée sur la *Charte* qui porterait qu’il s’agit là d’une peine cruelle et inusitée». Dans *Abbott c. Canada* (1993), 64 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 159, un détenu d’un pénitencier a été mis en isolement contre son gré alors que cet isolement n’était justifié ni par les faits, ni par la loi. En l’espèce, l’isolement cellulaire n’est plus imposé à M. Almrei. C’est à sa demande et pour sa propre protection qu’il est détenu en isolement. Cela amène très certainement à tirer des conclusions différentes au sujet de l’allégation de M. Almrei selon laquelle, pour utiliser les termes de l’article 12 de la Charte, il est assujéti à des «traitements ou peines cruels et inusités», particulièrement puisque les autorités de la prison ont l’obligation, en vertu de la loi, de prendre des mesures raisonnables afin d’assurer la protection des personnes qu’elles détiennent.

[113] Quoi qu’il en soit, même si je considère, sans pour autant décider, que la détention de M. Almrei constitue une peine cruelle et inusitée, j’estime que la réparation qu’il demande n’est pas la réparation convenable et juste que l’article 24 de la Charte autorise eu égard aux circonstances.

[114] D’ailleurs, ce que M. Almrei demande, c’est sa mise en liberté alors que sa détention est légitime et prévue par la loi: voir le paragraphe 82(2). Il se sert de ses conditions de détention pour soulever un doute sur la légalité d’une détention qui l’est, par ailleurs. La réparation juste et convenable, eu égard aux circonstances, serait de modifier ou de supprimer les conditions de détention qui, on peut dire, rendent sa détention plus difficile ou constituent une peine ou un traitement supplémentaire, illégal ou injustifié. Mais ce n’est pas ce que M. Almrei demande à la Cour. Il n’a pas demandé que ses conditions de détention soient revues. Il n’a requis ni son transfèrement à un autre établissement, ni son renvoi au sein de la population carcérale générale en attendant son renvoi. Lorsque l’isolement d’un détenu a lieu à sa propre demande et lorsqu’il se plaint des conditions difficiles de l’isolement,

detention in the interest of national security, is not the just and appropriate remedy contemplated by the Charter.

The decision of the House of Lords in *A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*

[115] Mr. Almrei acknowledges that this House of Lords decision deals with questions that do not arise in our case.

[116] As a matter of fact, the English decision does not address the lawfulness of individual detentions as we are required to do in this instance. Lord Scott of Foscote writes in this respect, at paragraph 141 of the decision:

The issue in these appeals is not whether the indefinite executive detention of these appellants under section 23 of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (“the 2001 Act”) is lawful. The merits of the case against each appellant allegedly justifying his detention has not been argued in these proceedings. That issue is for another day and other proceedings . . . It is possible that in those proceedings it will be held in relation to one or some or all of the appellants that his or their detention was not justified and was therefore unlawful.

[117] The whole case is about the legality of indefinite detention, without charges, of suspected international terrorists, authorized by subsection 23(1) of the English *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24, and the discriminatory application of this provision to non-United Kingdom nationals. Subsection 23(1) reads:

**23. Detention**

(1) A suspected international terrorist may be detained under a provision specified in subsection (2) despite the fact that his removal or departure from the United Kingdom is prevented (whether temporarily or indefinitely) by

(a) a point of law which wholly or partly relates to an international agreement, or

une remise en liberté judiciaire, assortie ou non de conditions, lorsqu’il s’agit d’une détention obligatoire dans l’intérêt de la sécurité nationale, n’est pas la réparation juste et convenable prévue par la Charte.

Décision de la Chambre des lords dans *A(FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*

[115] M. Almrei reconnaît que cette décision de la Chambre des lords soulève des questions qui ne sont pas soulevées en l’espèce.

[116] En fait, la décision britannique ne soulève pas la légalité d’une détention individuelle comme en l’espèce. Lord Scott of Foscote écrit à cet égard, au paragraphe 141 de la décision:

[TRADUCTION]

La question qui se pose dans ces appels n’est pas de savoir si la détention indéfinie, exigée par le ministre, de ces appelants en vertu de l’article 23 de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* («la Loi de 2001») est légale. Le bien-fondé de la cause contre chacun des appelants et qui pourrait justifier sa détention n’a pas été soulevé en l’espèce. Cette question sera examinée à un autre moment, dans une autre procédure [. . .] il est possible que dans telle procédure, le tribunal décide que la détention d’un, de plusieurs ou de tous les appelants n’était pas justifiée et qu’elle était donc illégale.

[117] Toute cette affaire concerne la légalité d’une détention indéfinie, sans qu’une accusation soit portée, de présumés terroristes internationaux, détention qu’autorise le paragraphe 23(1) de la loi britannique *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24, ainsi que l’application discriminatoire de cette disposition aux ressortissants d’autres pays que le Royaume-Uni. Le paragraphe 23(1) dit:

[TRADUCTION]

**23. Détention**

(1) La personne dont il est soupçonné qu’elle est un terroriste international peut être détenue en vertu d’une disposition précisée au paragraphe (2) même si son renvoi ou départ du Royaume-Uni est empêché (temporairement ou indéfiniment) par

a) soit un point de droit qui, en tout ou en partie, vise un accord international,

(b) a practical consideration.

[118] There is no legal provision in the IRPA authorizing indefinite administrative detention. As for the question of discrimination, there was evidence coming from the Home Office that the terrorist threat in the U.K. did not derive solely from foreign nationals. Almost 30% of suspects under the former *Terrorism Act 2000* were British and nearly half of the persons suspected by the authorities of involvement in international terrorism were British nationals: see paragraph 32 of the decision. However, only non-U.K. nationals were arrested and indefinitely detained. Hence, a finding of discrimination on the basis of nationality. As Lord Bingham of Cornhill said at paragraph 54:

The undoubted aim of the relevant measure, section 23 of the 2001 Act, was to protect the UK against the risk of Al-Qaeda terrorism . . . That risk was thought to be presented mainly by non-UK nationals but also and to a significant extent by UK nationals also. The effect of the measure was to permit the former to be deprived of their liberty but not the latter. The appellants were treated differently because of their nationality or immigration status.

[119] Also at issue were other provisions of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221 (European Convention on Human Rights) as interpreted by the European Court of Human Rights, regulating detention with a view to deportation and precluding deportation to a country where the detainee faces the prospect of torture and inhuman treatment. Lord Hope of Craighead warned against the use of foreign jurisprudence when there is significant difference in the language being construed: see paragraph 131 where he said that for that reason, it was safer to rely on the jurisprudence surrounding the European Convention than on jurisprudence from our Supreme Court relating to the interpretation of the Charter.

b) soit une question d'ordre pratique.

[118] On ne trouve aucune disposition dans la LIPR qui autorise la détention administrative indéfinie d'une personne. Quant à la question de discrimination, le Home Office possédait une preuve selon laquelle la menace terroriste au Royaume-Uni ne provenait pas que de ressortissants étrangers. Près de 30 p. 100 des suspects, en vertu de l'ancienne *Terrorism Act 2000*, étaient des citoyens britanniques et près de la moitié des personnes soupçonnées, par les autorités, de participer au terrorisme international, étaient des citoyens britanniques: voir le paragraphe 32 de la décision. Toutefois, seuls des ressortissants étrangers ont été arrêtés et détenus indéfiniment. Par conséquent, la cour a conclu qu'il y avait discrimination fondée sur la nationalité. Comme l'a dit lord Bingham of Cornhill, au paragraphe 54:

[TRADUCTION]

L'objet de la mesure visée à l'article 23 de la Loi de 2001, qui n'a pas été mis en doute, était de protéger le RU contre le terrorisme d'Al-Qaida [. . .] On pensait que ce risque provenait principalement de ressortissants de pays étrangers, mais aussi, dans plusieurs cas, de ressortissants du RU. La mesure a eu pour effet de priver les étrangers de leur liberté alors que les Britanniques en n'ont pas été privés. Les appelants ont été traités d'une manière différente à cause de leur nationalité ou de leur statut d'immigrants.

[119] D'autres dispositions de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (Convention européenne des droits de l'homme), telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui réglementent la détention dans le but d'un renvoi et qui excluent le renvoi dans un pays où le détenu pourrait être exposé à la torture et à un traitement inhumain, étaient en cause. Lord Hope of Craighead a dit qu'il fallait éviter d'avoir recours à une jurisprudence étrangère lorsque les termes qu'il faut interpréter sont très différents: voir le paragraphe 131 où il dit que, pour ce motif, il était plus prudent de se fonder sur la jurisprudence concernant la Convention européenne que sur la jurisprudence de notre Cour suprême concernant l'interprétation de la Charte.

[120] On the issue of deportation, it is important to note that, in our jurisdiction, subsection 115(1) of the IRPA establishes the principle of non-refoulement, which prohibits the removal of a person to a country where he or she would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion, or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

[121] Exceptionally, paragraph 115(2)(b) does authorize the refoulement of persons inadmissible on grounds of security if the Minister is of the opinion that such persons would present a danger to the security of Canada if allowed to remain in Canada. One would be inclined to think that Parliament's intent in that paragraph is quite clear.

[122] However, Parliament has subjected the interpretation and application of the IRPA to international human rights instruments to which Canada is signatory. Paragraph 3(3)(f) of the IRPA reads:

3. . . .

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

. . .

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

[123] This creates an internal contradiction in the IRPA because Canada is signatory to both the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47 (entered into force March 23, 1976; accession by Canada May 19, 1976) (Covenant) and the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 (Convention against Torture).

[124] The Convention against Torture was ratified by Canada in 1987. Articles 1, 2, 3 and 16 of the Convention absolutely prohibit deportation to torture, without any possibility of derogation. The ratification of the Covenant occurred in 1976. It also prohibits torture

[120] Sur la question de l'expulsion, il faut souligner que, dans notre pays, le paragraphe 115(1) de la LIPR établit le principe du non-refoulement qui interdit le renvoi d'une personne dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, ou la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités.

[121] Exceptionnellement, l'alinéa 115(2)(b) autorise le refoulement de personnes interdites de territoire pour des raisons de sécurité, si le ministre est d'avis que ces personnes constitueraient un danger pour la sécurité nationale si elles demeuraient au Canada. On serait porté à penser que l'intention du législateur dans ce paragraphe est tout à fait claire.

[122] Toutefois, le législateur a assujéti l'interprétation et la mise en œuvre de la LIPR aux instruments internationaux portant sur les droits de la personne dont le Canada est signataire. L'alinéa 3(3)(f) de la LIPR prévoit:

3. [. . .]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet:

[. . .]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[123] Cela crée une contradiction au sein de la LIPR parce que le Canada est signataire à la fois du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (entrée en vigueur le 23 mars 1976; adhésion par le Canada, le 19 mai 1976) (Pacte), ainsi que de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 (Convention contre la torture).

[124] Le Canada a ratifié la Convention contre la torture en 1987. Les articles 1, 2, 3 et 16 de la Convention interdisent de renvoyer une personne qui risque d'être soumise à la torture. Il s'agit d'une interdiction absolue. Le Canada a ratifié le Pacte en

and it would seem, therefore, deportation to a place of torture. This result is achieved through Articles 4(2) and 7 which indicate that no derogation is permitted from Article 7. General Comment No. 20 of the U.N. Human Rights Committee, which monitors the implementation of the Covenant, incorporates the prohibition against refoulement to a risk of torture into Article 7.

[125] The *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Refugee Convention) would appear to conflict with the Covenant as well as with the Convention against Torture. Article 33(2) of the Refugee Convention allows the refoulement of a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is or who, upon criminal convictions, constitutes a danger to the community of that country.

[126] On this issue of refoulement to a country where the deportee might be subject to torture, the Canadian position is not as conclusive as the position adopted by the English courts pursuant to the European Convention on Human Rights. In *Suresh*, our Supreme Court acknowledged that there were *indicia* that the prohibition on torture had reached the status in international law of a peremptory norm from which no derogation is acceptable. At paragraphs 62-65, the Court suggested that, as a minimum, it was a norm that could not be easily derogated from. Yet, it did not close the door on a possible deportation to torture. At paragraph 76, it held that “barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by section 7” of the Canadian Charter. Deportation to torture might be saved by the balancing process mandated under section 7 or might be possible under section 1. This issue is the subject of other proceedings. It is not before us on this section 84(2) application for judicial release.

1976. Le Pacte interdit également la torture et, par voie de conséquence, le renvoi vers un pays qui pratique la torture. Ce résultat est atteint par application du paragraphe 4(2) et de l'article 7 qui indiquent qu'aucune dérogation à l'article 7 n'est autorisée. L'observation générale n° 20 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, qui surveille l'application du Pacte, incorpore à l'article 7 l'interdiction faite contre le refoulement vers un pays qui pratique la torture.

[125] La *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention sur les réfugiés) semble contredire le Pacte, ainsi que la Convention contre la torture. Aux termes du paragraphe 33(2) de la Convention sur les réfugiés, le bénéfice de la disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[126] Sur la question du refoulement vers un pays où la personne renvoyée pourrait être exposée à la torture, la position du Canada n'est pas aussi définitive que celle adoptée par les tribunaux anglais en conformité avec la Convention européenne sur les droits de la personne. Dans *Suresh*, la Cour Suprême a reconnu qu'il y avait des indices du fait que la prohibition de la torture avait atteint, en droit international, le statut de norme impérative qui n'admettait aucune dérogation. Aux paragraphes 62 à 65, la Cour a dit qu'à tout le moins, il s'agissait d'une norme à laquelle on ne pouvait pas déroger inconsidérément. Néanmoins, la Cour suprême n'a pas exclu l'expulsion vers un pays qui pratique la torture. Au paragraphe 76, la Cour a dit que: «sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*». Le renvoi vers un pays qui pratique la torture pourrait être légitimé par le processus de pondération qu'exige l'article 7 ou pourrait être possible en vertu de l'article premier. Cette question fait l'objet d'autres instances. La Cour n'est pas saisie de cette question dans cette demande de mise en liberté en vertu du paragraphe 84(2).

[127] In the House of Lords' decision, the legal impossibility of deporting to torture the persons arrested made the detention indefinite. In our jurisdiction, at this moment, deportation to torture remains a possibility and, therefore, each case will have to be assessed on its own merits. In other words, there is no automatic detention of indefinite duration in all cases resulting from an impossible derogation to a prohibition against deportation to torture. If this ever happens, subsection 84(2) is intended to provide judicial relief: see *Ahani*, at paragraph 14.

[128] Looking at the facts of the case before us and the law applicable to them, it is obvious that the facts and the legal situation in the House of Lords' decision were quite different. In the present instance, we are not, at this time, factually and legally confronted with a situation of indefinite detention resulting from an impossible removal or a lack of due diligence in effecting removal. Mr. Almrei was to be and would have been removed were it not for the stay of removal that he sought and obtained. It is premature to conclude that Mr. Almrei is subject to indefinite detention.

[129] Moreover, no issue of discrimination arises in our case. There is no evidence, as there was in the English case, of a sizeable number of Canadian nationals being suspected of international terrorism whose detention would be required and yet not pursued and effected.

[130] Finally, there is no evidence of an improper use of immigration laws, as there appears to have been in the English case, to fight international terrorism: see paragraphs 44, 53 and especially 134 where Lord Hope of Craighead wrote that the issue which the derogation order was designed to address was not at its heart an immigration issue. In our case, Mr. Almrei entered Canada by fraud and under false pretences, an act which justified the use of immigration laws in controlling and securing access to Canadian territory.

[127] Dans la décision de la Chambre des lords, l'impossibilité, en vertu de la loi, de renvoyer vers la torture des personnes arrêtées faisait en sorte que la détention était pour une période indéfinie. Dans notre pays, à l'heure actuelle, le renvoi vers un pays qui pratique la torture demeure possible et, par conséquent, chaque dossier devra être évalué sur le fond. En d'autres termes, il n'y a, dans tous les cas, aucune détention automatique de durée indéfinie résultant d'une dérogation impossible à une interdiction contre le renvoi vers un pays qui pratique la torture. Si cela se produit un jour, le paragraphe 84(2) prévoit une réparation judiciaire: voir *Ahani*, au paragraphe 14.

[128] En examinant les faits en l'espèce, ainsi que le droit qui s'applique, il devient évident que les faits et la situation juridique dans la décision de la Chambre des lords étaient tout à fait différents. En l'espèce, la Cour n'est pas confrontée, sur le plan des faits et de la loi, à une situation de détention indéfinie résultant d'un renvoi impossible ou du manque de diligence dans l'exécution de la mesure de renvoi. M. Almrei devait être renvoyé et il aurait été renvoyé n'eût été le sursis qu'il a demandé et obtenu. Il est trop tôt pour conclure que la détention de M. Almrei est pour une durée indéfinie.

[129] En outre, la présente affaire ne soulève aucune question de discrimination. Il n'y a aucune preuve, contrairement à l'affaire britannique, qu'un grand nombre de ressortissants canadiens soupçonnés de terrorisme international auraient dû être détenus alors qu'ils ne l'ont pas été.

[130] Enfin, il n'y a aucune preuve que les dispositions en matière d'immigration ont été irrégulièrement appliquées, comme elles l'auraient été dans l'affaire britannique, pour combattre le terrorisme international: voir les paragraphes 44, 53 et particulièrement le paragraphe 134 où lord Hope of Craighead a écrit que la question que l'ordonnance de dérogation devait viser n'était pas, essentiellement, une question d'immigration. Dans le cas qui nous occupe, M. Almrei est entré au Canada par des moyens frauduleux et de faux prétextes, un comportement qui justifie l'application des lois sur l'immigration afin d'exercer un contrôle sur l'accès au territoire canadien.

The decision of the U.S. Supreme Court in *Clark v. Martinez*

[131] In his supplementary memorandum of facts and law, Mr. Almrei referred us to the newly released (January 12, 2005) decision of the U.S. Supreme Court in *Clark v. Martinez*, 125 S. Ct. 716 (2005). The decision relates to the detention and removal of an alien and the limits to that detention. Instructive as it is, this case, however, deals with a different situation.

[132] Not unlike the legal status of an alien in Canada, a detained alien in the U.S. is entitled to conditional release if he can demonstrate that there is no significant likelihood of removal in the reasonably foreseeable future: see page 722 of the opinion of Scalia J. The authorities are given six months to effectuate a removal, but that period can be renewed indefinitely: see page 727 of the decision, footnote 8 as well as page 728 of the opinion of O'Connor J. Successive detentions can occur if the release of an alien will threaten the security of the U.S. or the safety of the community or of any person.

[133] In the *Martinez* case, the evidence revealed that the U.S. government conceded that it was no longer involved in repatriation negotiations with Cuba and, therefore, there was nothing to indicate that a substantial likelihood of Martinez's removal to that country existed. The situation is otherwise in our case.

Conclusion

[134] In this appeal, Mr. Almrei has raised several issues that are premature in the sense that they are either not borne out by the facts or are not relevant to a subsection 84(2) application. It would be unwise to address them, especially in the abstract. However, on the basis of the facts that were before the designated Judge, I cannot conclude that he erred in dismissing Mr. Almrei's application for judicial release. I would therefore dismiss the appeal.

[135] I believe it is appropriate to underline some of the operational difficulties posed by the legislation. The

Décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Clark v. Martinez*

[131] Dans son mémoire supplémentaire des faits et du droit, M. Almrei a mentionné la nouvelle décision (publiée le 12 janvier 2005) de la Cour suprême des États-Unis dans *Clark v. Martinez*, 125 S. Ct. 716 (2005). La décision vise la détention et le renvoi d'un ressortissant étranger, ainsi que les limites de cette détention. Cette affaire est intéressante, mais il s'agit toutefois d'une situation différente.

[132] À l'instar d'un étranger au Canada, un étranger détenu aux États-Unis peut obtenir sa libération conditionnelle s'il peut démontrer qu'il n'existe aucune réelle probabilité de renvoi dans un avenir raisonnablement prévisible: voir la page 722 de l'opinion du juge Scalia. Les autorités disposent de six mois pour renvoyer la personne, mais cette période peut être renouvelée indéfiniment: voir la page 727 de la décision, note 8, ainsi que la page 728 de l'opinion de la juge O'Connor. Les détentions successives peuvent avoir lieu si la mise en liberté d'un ressortissant étranger menacera la sécurité des États-Unis, de la collectivité ou d'autrui.

[133] Dans l'affaire *Martinez*, la preuve a révélé que le gouvernement américain avait reconnu qu'il ne participait plus à des négociations de rapatriement avec Cuba et, par conséquent, que rien n'indiquait qu'il existait une forte possibilité de renvoyer Martinez dans ce pays. La situation n'est pas la même pour ce qui nous concerne.

Conclusion

[134] Dans le présent appel, M. Almrei a soulevé plusieurs questions qui sont prématurées en ce sens qu'elle ne sont pas étayées par les faits ou qu'elles ne sont pas pertinentes dans une demande en vertu du paragraphe 84(2). Il serait peu sage de les examiner, surtout dans l'abstrait. Toutefois, compte tenu des faits dont était saisi le juge désigné, je ne saurais conclure qu'il a commis une erreur en rejetant la demande de mise en liberté de M. Almrei. Je rejetterais, par conséquent, le présent appel.

[135] J'estime qu'il est opportun de souligner quelques-unes des difficultés d'application que soulève



IRPA is the subject of frequent legislative reviews. This appeal and the two Charkaoui cases show the need for a reassessment of the policy regarding the right of appeal in detention matters with a view to clarifying Parliament's intent and achieving greater consistency. They also point to the necessity of reviewing the circumstances under which a designated judge can hold hearings in private and hear evidence in the absence of a permanent resident or a foreign national. The review process could also usefully address the question of the use of, and access to, secret evidence by judges sitting on appeal against decisions rendered by designated judges. Finally, Parliament should indicate what remedy is available to a permanent resident who is detained and who will not be removed from Canada within a reasonable time.

SEXTON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

la Loi. La LIPR fait l'objet de nombreux examens législatifs. Le présent appel, ainsi que les deux décisions Charkaoui, révèlent qu'il faut réévaluer la politique sur le droit d'appel dans les cas de détention, afin de clarifier l'intention du législateur et assurer une plus grande cohérence. Ils démontrent également qu'il y a lieu d'examiner les circonstances dans lesquelles le juge désigné peut tenir une audience à huis clos et entendre une preuve hors la présence d'un résident permanent ou d'un étranger. Le processus de révision pourrait également et avec avantage se pencher sur la question de l'utilisation et de l'accès à la preuve secrète par les juges siégeant en appel contre la décision d'un juge désigné. Enfin, le législateur devrait indiquer les réparations que peut obtenir un résident permanent qui est détenu et qui ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

IMM-9071-04  
2004 FC 1649

IMM-9071-04  
2004 CF 1649

**Vivekananthan Nalliah** (*Applicant*)

**Vivekananthan Nalliah** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

*INDEXED AS: NALLIAH v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: NALLIAH c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (C.F.)*

Federal Court, Snider J.—Toronto, November 16, Ottawa, November 24, 2004.

Cour fédérale, juge Snider—Toronto, 16 novembre, Ottawa, 24 novembre 2004.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Refugee claim denied for membership in alleged terrorist group — Leave to appeal denied — Negative pre-removal risk assessment (PRRA) — Judicial review to enjoin removal — Validity of PRRAs challenged due to PRRA officers' situation within departmental structure — Whether officers lacking independence, impartiality — Consideration of cases in which similar arguments rejected — Problems with applicant's submissions enumerated — Court finding serious issue for trial but irreparable harm not demonstrated — Enormous negative impact on Ministers if injunction granted as redoing 3700 PRRAs would severely disrupt removals system — Balance of convenience in favour of public interest — Court directing counsel to develop protocol for notification of putative class members.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Revendication du statut de réfugié rejetée pour le motif que le demandeur était membre d'un groupe terroriste présumé — Autorisation d'interjeter appel refusée — L'examen des risques avant renvoi (ERAR) était défavorable — Contrôle judiciaire visant à interdire le renvoi — La validité des ERAR était contestée à cause de la situation des agents chargés des ERAR dans la structure ministérielle — Il s'agissait de savoir si les agents étaient indépendants et impartiaux — Examen de décisions dans lesquelles des arguments similaires avaient été rejetés — Problèmes posés par les arguments du demandeur — La Cour a conclu à l'existence d'une question sérieuse à trancher, mais le préjudice irréparable n'a pas été démontré — L'octroi d'une injonction aurait un effet défavorable sérieux sur les ministres car la reprise des 3 700 ERAR, compromettrait gravement le système des renvois — L'évaluation comparative des inconvénients militait en faveur de l'intérêt public — La Cour a demandé aux avocats d'élaborer un protocole en vue d'aviser les membres de la catégorie présumée.*

*Administrative Law — Judicial Review — Injunctions — Application for leave, judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) for failed refugee claimant — Seeking to enjoin removal of those receiving negative PRRAs during certain period — Validity of PRRAs questioned based upon officers' perceived lack of independence due to situation within departmental structure — Applicant hoping application would evolve into class action — Case law on test for granting interlocutory injunction or stay reviewed — History of organizational structure reviewed — Decisions on stay applications of limited value since argued on hastily prepared basis — Numerous problems with applicant's submissions enumerated — Serious issue for trial but applicant not satisfying second, third prongs of tripartite test: irreparable harm, balance of convenience — Granting injunction would impair object of statute: protection of Canadians, security of society — Redoing 3700 PRRAs would severely disrupt removals system.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Injonctions — Demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) présentée par un demandeur dont la revendication avait été rejetée — Le demandeur cherchait à faire interdire le renvoi des personnes qui avaient fait l'objet d'ERAR défavorables sur une période donnée — La validité des ERAR a été contestée en raison tenu du manque perçu d'indépendance des agents, et la situation qui existait dans la structure ministérielle — Le demandeur espérait que la demande donnerait lieu à l'exercice d'un recours collectif — Examen de la jurisprudence relative au critère applicable à l'octroi d'une injonction interlocutoire ou d'une suspension — Examen de l'historique de la structure organisationnelle — Les décisions portant sur les demandes de suspension ont une valeur restreinte étant donné qu'elles sont fondées sur des observations préparées à la hâte — Nombreux problèmes posés par les arguments du demandeur — Il existait une question sérieuse à trancher, mais le demandeur n'a pas*

This was an application for leave and for judicial review of the negative decision of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer. Applicant's Convention refugee claim had been denied because of his membership in an alleged terrorist organization. His application for leave to appeal the CRDD decision was also denied. The applicant hoped that the proceedings would evolve into a class action by all those who received such decisions between December 12, 2003 and October 8, 2004. The applicant asked that the Court enjoin the removal of all individuals in his situation who had not yet been removed pending judicial determination of the validity of the PRRAs or until fresh decisions are made by an independent tribunal possessed of current information. Apparently some 3700 persons were affected by this motion.

The test for granting an interlocutory injunction or stay was set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.* In *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Federal Court of Appeal held this conjunctive tripartite test applicable to deportation stays. Under that test, an applicant must establish (1) serious issue for trial; (2) irreparable harm; and (3) the balance of convenience favours the applicant. There was also a question as to whether this Court had jurisdiction to extend relief to proposed class members and, if so, whether it should be expanded to the putative class. A final question was whether notice should be sent to putative class members.

This application was based upon the placement of PRA officers within structure of two government departments. When the IRPA came into force, a person subject to a removal order could apply to the Minister for protection; the decision-making duties were delegated to PRA officers. From June 28, 2002 to December 12, 2003 these officers were part of the CIC structure at the department of the Minister of Citizenship and Immigration. But when the Canada Border Services Agency (CBSA) was established on December 12, 2003, under the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act*, PRA decision-making responsibility was assigned to the CBSA although that did not even involve a physical move by

*satisfait aux deuxième et troisième volets du critère tripartite: le préjudice irréparable et l'évaluation comparative des inconvénients — L'octroi d'une injonction porterait atteinte à l'objet de la loi, qui vise à protéger les Canadiens et à garantir leur sécurité — Le système des renvois serait gravement compromis s'il fallait reprendre les 3 700 ERAR.*

Il s'agissait d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision défavorable rendue par un agent chargé de l'examen des risques avant renvoi (ERAR). La revendication du statut de réfugié du demandeur avait été rejetée à cause de son appartenance à une présumée organisation terroriste. Sa demande d'autorisation d'appel de la décision rendue par la SSR avait également été rejetée. Le demandeur espérait que l'instance donne lieu à un recours collectif intenté par toutes les personnes qui avaient fait l'objet de pareilles décisions entre le 12 décembre 2003 et le 8 octobre 2004. Le demandeur a demandé à la Cour d'interdire le renvoi de toutes les personnes se trouvant dans la même situation que lui qui n'avaient pas encore été renvoyées en attendant une décision judiciaire au sujet de la validité des ERAR ou tant que de nouvelles décisions ne seraient pas rendues par un tribunal indépendant à l'aide de renseignements à jour. Il y avait apparemment environ 3 700 personnes qui étaient touchées par cette requête.

Le critère à appliquer pour décider s'il convient d'accorder une injonction interlocutoire ou une suspension a été énoncé dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.* Dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a statué que ce critère conjonctif en trois étapes s'appliquait aux sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion. Selon ce critère, le demandeur doit établir 1) une question sérieuse à trancher; 2) un préjudice irréparable; et 3) que l'évaluation comparative des inconvénients milite en sa faveur. Il s'agissait également de savoir si la Cour avait compétence pour appliquer la réparation aux membres de la catégorie proposée et, dans l'affirmative, s'il fallait étendre la portée de la réparation à la catégorie présumée. Il s'agissait enfin de savoir si un avis devait être envoyé aux membres de la catégorie présumée.

Cette demande résultait du placement des agents d'ERAR dans la structure de deux ministères gouvernementaux. Lorsque la LIPR est entrée en vigueur, la personne qui était visée par une mesure de renvoi pouvait demander la protection au ministre; la fonction décisionnelle a été déléguée à des agents chargés de l'ERAR. Du 28 juin 2002 au 12 décembre 2003, ces agents faisaient partie de la structure du CIC au sein du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Lorsque l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a été créée, le 12 décembre 2003, en vertu de la *Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique*, la responsabilité des prises de

the officers, whose terms and conditions of employment by Treasury Board were unchanged. Yet another reorganization took place on October 8, 2004 when PRRA decision-making responsibilities returned to CIC.

*Held*, the application should be denied.

Applicant's point on the serious issue for trial issue was that, during the time working under CBSA, the PRRA officers lacked independence and impartiality. The threshold to be met on the "serious issue" branch of the test is low; it need only be demonstrated that the issue is neither frivolous nor vexatious. Arguments similar to those advanced herein have been consistently rejected with respect to the period when the program came under CIC. In one such case, Dawson J., in refusing a stay, found that the PRRA office was so structured as to ensure the PRRA decision-makers' independence. Similar arguments regarding institutional bias have also been rejected for the period when the program fell under the CBSA. There was only one case in which the Court found there to be a serious issue. There was no case that was on all fours, as to both the facts and issues, with that now before the Court. By their very nature, stay applications tend to be eleventh-hour matters, argued on a hastily prepared basis, so that the reasons for order yielded little guidance.

The Court had numerous problems with applicant's submissions. (1) The CBSA is not only an enforcement agency: its duties extend to administration; (2) the PRRA officers have, since June 28, 2002, operated as a separate group not in contact with removals officers. The PRRA Unit Coordinator directs work flow but not the outcome of decisions; (3) Parliament mandated by statute that the protection and enforcement functions be included under a Minister named by the Governor in Council; (4) Parliament elected not to assign the PRRA function to an independent tribunal; (5) the evidence showed that the scheme satisfied the procedural fairness requirements established in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; (6) the Supreme Court has held, in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, that the Court ought to be reluctant to interfere with the structure of decision-making functions established by the executive branch of government; and (7) it could be argued that putative class members, in not raising this issue until ten months after the change to CBSA was made, had waived the right to now advance it. On the other hand, there could be a

décisions relatives à l'ERAR a été confiée à l'ASFC, mais cela n'avait nécessité aucun déplacement physique des agents, et leurs conditions de travail auprès du Conseil du Trésor n'avaient pas changé. Une autre restructuration a eu lieu le 8 octobre 2004, lorsque la responsabilité des prises de décisions relatives à l'ERAR a de nouveau été transférée à CIC.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

En ce qui concerne la question sérieuse à trancher, le demandeur a affirmé que pendant la période où ils avaient travaillé au sein de l'ASFC, les agents d'ERAR n'étaient pas indépendants et impartiaux. L'exigence préliminaire à laquelle il faut satisfaire en ce qui concerne le volet «question sérieuse» du critère n'est pas rigoureuse; il suffit d'établir que la question n'est pas futile ou vexatoire. Des arguments similaires à ceux avancés en l'espèce ont toujours été rejetés en ce qui concerne la période pendant laquelle le programme relevait du CIC. Dans un cas de ce genre, la juge Dawson, en rejetant une demande de suspension, avait conclu que le bureau responsable de l'ERAR était organisé de façon à protéger l'indépendance du décideur qui procédait à un ERAR. Des arguments similaires portant sur la partialité institutionnelle à un moment où le programme relevait de l'ASFC ont également été rejetés. Il n'y avait qu'une décision où la Cour avait reconnu l'existence d'une question sérieuse. Il n'existait aucune affaire identique, quant aux faits et points litigieux, à celle dont la Cour était ici saisie. Par leur nature même, les demandes de suspension sont habituellement présentées à la dernière minute et sont débattues sur la base d'observations préparées à la hâte, de sorte que les motifs de l'ordonnance n'étaient pas très utiles.

Les arguments du demandeur soulevaient, selon la Cour, de nombreux problèmes. 1) l'ASFC n'est pas uniquement un organisme d'exécution; elle a également des fonctions administratives; 2) depuis le 28 juin 2002, les agents d'ERAR formaient un groupe distinct n'ayant pas de contact avec les agents chargés du renvoi. Le coordinateur de l'unité de l'ERAR acheminait le travail, mais il ne dictait pas le résultat des décisions; 3) le législateur fédéral a inclus dans la loi les fonctions d'exécution et de protection, le ministre responsable étant désigné par le gouverneur en conseil; 4) le législateur fédéral a décidé de ne pas assigner la fonction d'ERAR à un tribunal indépendant; 5) la preuve tendait à démontrer que la structure élaborée respectait les exigences relatives à l'équité procédurale établies dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; 6) dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, la Cour suprême a statué que la Cour devait hésiter à intervenir dans la structure des fonctions décisionnelles établies par l'organe exécutif du gouvernement; et 7) on pouvait soutenir qu'en ne soulevant la question que dix mois après que les changements eurent été

question as to whether *Ocean Port* is applicable in the Charter context. Considering the low threshold, the Court was willing to find a serious issue for trial.

Turning to irreparable harm, the applicant suggested that, absent an injunction, if a breach of natural justice should be found at trial, putative class members will have lost their right to the single process that ensures, in a timely way, that they are not removed to face persecution or even torture. That is because either the feared harm will have taken place or because they will have lost contact with the Government. But the test for irreparable harm is a strict one, requiring clear, convincing evidence. Merely to assert that the individual will suffer the harm claimed in a PRRA application will not suffice. A majority of the affected persons have had the benefit of a risk assessment. Applicant's case has been the subject of a review by the Immigration and Refugee Board. In an unchallenged process, decision makers have determined that most of these persons were not at risk and there was no evidence of any increased risk to the extent that lives are now in jeopardy. It was significant that a positive PRRA is accorded in only 3% of cases.

Applicant was mistaken in submitting that if an injunction is refused, the right to an effective remedy would be nugatory. A PRRA applicant who has been removed from Canada, if successful upon judicial review, is entitled to have his application reconsidered. Cases relied upon by applicant in which there was significant evidence of personalized risk were distinguished. The case law is to the effect that irreparable harm cannot be solely founded on difficulty in pursuing legal rights once removed from Canada.

While the conclusion as to absence of irreparable harm was sufficient to dispose of this matter, the balance of convenience issue was also considered. While a decision to remove applicant based on a questionable PRRA might negatively impact upon Canada's international commitments and reputation, if respondents lose this motion, the impact on the ability to remove persons who have no legal status in Canada would be enormous. Some putative class members are inadmissible for criminality. Others, who have failed upon leave applications or stay of removal applications, could have their removals postponed indefinitely. Granting an injunction

effectués au sein de l'ASFC, les membres de la catégorie présumée avaient renoncé au droit d'aborder cette question. D'autre part, on pourrait se demander si l'arrêt *Ocean Port* s'applique dans le contexte de la Charte. Compte tenu de l'exigence préliminaire peu rigoureuse, la Cour était prête à conclure à l'existence d'une question sérieuse à trancher.

En ce qui concerne le préjudice irréparable, le demandeur a soutenu que si l'injonction n'était pas accordée et s'il était conclu à l'instruction qu'il y avait eu déni de justice naturelle, les membres de la catégorie présumée auront perdu leur droit à la seule procédure destinée à assurer en temps opportun qu'ils ne sont pas renvoyés pour être exposés au risque de persécution ou de torture, et ce, parce qu'ils auront subi le préjudice qu'ils craignent ou qu'ils auront perdu contact avec le gouvernement. Cependant, le préjudice irréparable est un critère strict exigeant des éléments de preuve clairs et convaincants. Le fait d'alléguer simplement que les personnes en cause subiront le préjudice allégué dans leur demande d'ERAR ne suffit pas. La grande majorité des personnes touchées ont bénéficié d'un examen des risques. Le demandeur a bénéficié d'un examen de la part de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Dans une procédure non contestée, les décideurs ont conclu que la plupart des personnes en cause n'étaient pas en danger et il n'y avait aucun élément de preuve tendant à montrer que les risques avaient augmenté, au point où la vie des personnes en cause était maintenant en danger. Il était important de noter que l'ERAR est favorable dans seulement 3 p. 100 des cas.

La prétention du demandeur selon laquelle, si l'injonction est refusée, le droit à un recours efficace deviendrait illusoire, est erronée. Le demandeur d'un ERAR qui a été renvoyé du Canada, et dont la demande de contrôle judiciaire a été accueillie, a le droit d'obtenir un nouvel examen de sa demande. Une distinction a été faite d'avec les décisions invoquées par le demandeur, dans lesquelles bon nombre d'éléments de preuve étayaient l'existence d'un risque personnel. La jurisprudence établit que le préjudice irréparable ne peut pas uniquement être fondé sur le fait qu'il est difficile pour l'intéressé qui a été renvoyé du Canada de faire valoir ses droits.

La conclusion relative à l'absence de préjudice irréparable était suffisante pour régler l'affaire, mais la question de l'évaluation comparative des inconvénients a également été examinée. Toute décision de renvoyer le demandeur fondée sur un ERAR contestable peut avoir un effet défavorable sur les engagements pris par le Canada et sur sa réputation à l'échelle internationale, mais si les défendeurs n'ont pas gain de cause dans la présente requête, les conséquences, en ce qui concerne la capacité de renvoyer des personnes dont le statut n'est pas reconnu au Canada, seraient énormes. Certains membres de la catégorie présumée sont interdits de territoire pour des raisons

would severely and negatively affect the objective of the Act: to protect Canadians and to maintain the security of Canadian society. If the PRRAs of some 3700 people have to be redone, this would severely disrupt the overall removals system. This inevitable result would be contrary to the public interest and outweigh by far the possible negative impacts upon the proposed class due to an injunction being denied. Applicant had thus failed to satisfy two prongs of the tripartite test and so the Court did not have to consider the question of its jurisdiction to grant the relief sought.

While an injunction was denied, the Court accepted applicant's point about the impossibility of locating putative class members once removed. The integrity of the putative class might be seriously impaired if there is no way of providing information to persons removed. It is unreasonable to expect them to learn of the class action. Counsel were accordingly directed to cooperate in the development of a protocol in the form of a simple notice to persons being removed along with CBSA website information.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h), 48(2), 97, 112(1).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 165.

Order in Council P.C. 2003-2063.

*Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act*, R.S.C., 1985, c. P-34.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87

de criminalité. Les personnes qui ont déjà demandé une autorisation et qui se sont vu opposer un refus, et les personnes qui ont demandé sans succès un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi dont elles faisaient l'objet pourraient faire reporter leur renvoi pendant une période indéterminée. L'octroi d'une injonction aurait un effet défavorable sérieux sur l'objectif visé par la Loi, à savoir protéger les Canadiens et garantir leur sécurité. S'il fallait reprendre les ERAR de quelque 3 700 personnes, le système des renvois serait gravement compromis. Ce résultat inévitable serait contraire à l'intérêt public et dépasserait de beaucoup les conséquences défavorables possibles pour la catégorie proposée en cas de refus d'accorder une injonction. Le demandeur avait donc omis de satisfaire à deux volets du critère tripartite et la Cour n'avait pas à aborder la question de savoir si elle avait compétence pour accorder le redressement demandé.

L'injonction a été refusée, mais la Cour a reconnu le bien-fondé de l'argument du demandeur pour ce qui est de l'impossibilité de trouver les membres de la catégorie présumée une fois qu'ils auront été renvoyés. L'intégrité de la catégorie présumée pourrait être gravement compromise s'il n'existait aucune façon de renseigner les personnes renvoyées. Il est déraisonnable de s'attendre à ce que ces personnes soient au courant de l'exercice d'un recours collectif. On a donc demandé aux avocats de collaborer en vue d'élaborer un protocole sous la forme d'un simple avis aux personnes qui sont renvoyées et de la fourniture de renseignements dans le site web de l'ASFC.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa). Décret C.P. 2003-2063.

*Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique*, L.R.C. (1985), ch. P-34. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h), 48(2), 97, 112(1).

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 165.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87

CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.); *Hamade v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-7864-04, dated 29/9/04 (no reasons); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; 2001 SCC 52; *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95; 2003 FCT 321; *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261; [2004] F.C.J. No. 1200 (QL).

## DISTINGUISHED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296; 249 N.R. 28 (C.A.); *Resulaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1168; [2003] F.C.J. No. 1474 (QL); *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285; 35 Imm. L.R. (3d) 122; 2004 FC 464.

## CONSIDERED:

*Puvanenthiram v. Canada (Solicitor General)*, IMM-748-04, dated 19/9/04 (no reasons).

## REFERRED TO:

*Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408; (2003), 237 F.T.R. 87; 29 Imm. L.R. (3d) 163; 2003 FC 859; *North American Gateway Inc. v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)* (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24; 74 C.P.R. (3d) 156; 214 N.R. 146 (F.C.A.); *Ariri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-871-03, dated 12/2/03 (no reasons); *Awolor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-870-03, dated 12/2/03 (no reasons); *Genoves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-4985-02 (no reasons); *Gulzar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-7985-03 (no reasons); *Kasmi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-8942-03 (no reasons); *Hussain v.*

CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.F.); *Hamade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-7864-04, décision en date du 29-9-04 (sans motifs); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; 2001 CSC 52; *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95; 2003 CFPI 32; *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261; [2004] A.C.F. n° 1200 (QL).

## DÉCISIONS DISTINCTES:

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296; 249 N.R. 28 (C.A.); *Resulaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1168; [2003] A.C.F. n° 1474 (QL); *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285; 35 Imm. L.R. (3d) 122; 2004 CF 464.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Puvanenthiram c. Canada (Solliciteur général)*, IMM-748-04, décision en date du 19-9-04 (sans motifs).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408; (2003), 237 F.T.R. 87; 29 Imm. L.R. (3d) 163; 2003 CF 859; *North American Gateway Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)* (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24; 74 C.P.R. (3d) 156; 214 N.R. 146 (C.A.F.); *Ariri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-871-03, décision en date du 12-2-03 (sans motifs); *Awolor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-870-03, décision en date du 12-2-03 (sans motifs); *Genoves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-4985-02 (sans motifs); *Gulzar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-7985-03 (sans motifs); *Kasmi c. Canada (Ministre de la*

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-7652-03 (no reasons); *Rajalingam v. Canada (Solicitor General)*, IMM-6957-04, dated 10/8/04 (no reasons); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-724-04 (no reasons); *Grant v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 141; [2002] F.C.J. No. 191 (QL); *Duve v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 387 (T.D.) (QL); *Mikhailov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Frankowski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 935 (T.D.) (QL); *Csanyi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 758 (T.D.) (QL); *Atakora v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); *Membreno-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 306; (1992), 93 D.L.R. (4th) 620; 7 Admin. L.R. (2d) 38; 55 F.T.R. 104; 17 Imm. L.R. (2d) 291 (T.D.); *Smith v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 58 F.T.R. 292; 18 Imm. L.R. (2d) 71 (F.C.T.D.).

APPLICATION for an order suspending the effect of all negative PRRAs decided between December 12, 2003 and October 8, 2004, an injunction against removals and providing directions for communication with members of a putative class. Motion denied except as to last-mentioned relief sought.

APPEARANCES:

*Lorne Waldman, Krassina Kostadinov and D. Clifford Luyt* for applicant.  
*Marie-Louise Weislo, Rhonda M. Marquis, Angela Marinos and Anshumala Juyal* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

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

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

*Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-8942-03 (sans motifs); *Hussain c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-7652-03 (sans motifs); *Rajalingam c. Canada (Solliciteur général)*, IMM-6957-04, en date du 10-8-04 (sans motifs); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-724-04 (sans motifs); *Grant c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 141; [2002] A.C.F. n° 191 (QL); *Duve c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 387 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Mikhailov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 935 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Csanyi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 758 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Atakora c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Membreno-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 306; (1992), 93 D.L.R. (4th) 620; 7 Admin. L.R. (2d) 38; 55 F.T.R. 104; 17 Imm. L.R. (2d) 291 (1<sup>re</sup> inst.); *Smith c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 58 F.T.R. 292; 18 Imm. L.R. (2d) 71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE visant à obtenir une ordonnance suspendant l'effet de toutes les décisions défavorables rendues en matière d'ERAR, entre le 12 décembre 2003 et le 8 octobre 2004, une injonction interdisant les renvois et des directives au sujet de la façon de communiquer avec les membres d'une catégorie présumée. Requête rejetée, sauf pour la dernière réparation demandée.

ONT COMPARU:

*Lorne Waldman, Krassina Kostadinov et D. Clifford Luyt* pour le demandeur.  
*Marie-Louise Weislo, Rhonda M. Marquis, Angela Marinos et Anshumala Juyal* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

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



[1] SNIDER J.: The moving party in this case, Mr. Vivekananthan Nalliah, has commenced an application to this Court for leave and judicial review of a negative decision dated September 9, 2004 (delivered to Mr. Nalliah on October 15, 2004) by a pre-removal risk assessment (PRRA) officer. He hopes that this judicial review will evolve into a class action including as plaintiffs all individuals who received negative PRRA decisions made between December 12, 2003 and October 8, 2004. In this motion, Mr. Nalliah seeks an order of this Court:

(a) suspending the effect of all negative PRRAs decided between December 12, 2003 and October 8, 2004 until this Court has finally determined the validity of the PRRAs or until new PRRA decisions are made by an independent tribunal based on up-to-date information, whichever comes first;

(b) enjoining the respondents from removing from Canada all individuals whose negative PRRA decisions were made between December 12, 2003 and October 8, 2004 and who still remain in Canada, until this Court has finally determined the validity of the PRRAs or until new PRRA decisions are made by an independent tribunal based on up-to-date information, whichever comes first; and

(c) providing directions to all parties to the proceedings as to how they should communicate with members of the putative class.

[2] Also before me for the purposes of this motion were five other motions dealing with the same subject-matter. Upon agreement of counsel, the motion record of Mr. Nalliah was used throughout oral arguments with the understanding that the results of this motion would apply to all six motions.

[3] The background of Mr. Nalliah's history with Canada's immigration system is set out in brief summary

[1] LA JUGE SNIDER: La partie requérante en l'espèce, M. Vivekananthan Nalliah, a présenté une demande à la Cour en vue d'obtenir une autorisation et le contrôle judiciaire d'une décision défavorable rendue le 9 septembre 2004 (et remise à M. Nalliah le 15 octobre 2004) par un agent chargé de l'examen des risques avant renvoi (ERAR). M. Nalliah espère que ce contrôle judiciaire donnera lieu à un recours collectif comprenant, à titre de demanderesse, toutes les personnes qui ont fait l'objet de décisions défavorables relativement à l'ERAR entre le 12 décembre 2003 et le 8 octobre 2004. Dans la présente requête, M. Nalliah demande à la Cour de rendre une ordonnance:

a) suspendant l'effet de toutes les décisions défavorables qui ont été rendues en matière d'ERAR entre le 12 décembre 2003 et le 8 octobre 2004 tant que la Cour n'aura pas statué d'une façon définitive sur la validité des ERAR ou tant que de nouvelles décisions relatives à l'ERAR n'auront pas été rendues par un tribunal indépendant compte tenu de renseignements à jour, selon l'événement qui se produira en premier lieu;

b) interdisant aux défendeurs de renvoyer du Canada les personnes qui ont fait l'objet, relativement à l'ERAR, de décisions défavorables rendues entre le 12 décembre 2003 et le 8 octobre 2004 et qui sont encore au Canada, tant que la Cour n'aura pas statué d'une façon définitive sur la validité des ERAR ou tant que de nouvelles décisions relatives à l'ERAR n'auront pas été rendues par un tribunal indépendant compte tenu de renseignements à jour, selon l'événement qui se produira en premier lieu;

c) donnant à toutes les parties à l'instance des directives au sujet de la façon dont elles devraient communiquer avec les membres de la catégorie présumée.

[2] J'ai également été saisie, pour les besoins de la requête, de cinq autres requêtes à ce sujet. Sur consentement des avocats, le dossier de la requête de M. Nalliah a été utilisé pendant toute la durée des plaidoiries, le résultat de la présente requête devant s'appliquer aux six requêtes.

[3] L'historique des relations que M. Nalliah a eues avec le système d'immigration du Canada est donné sous

form in Appendix A to these reasons. Appendix A also sets out a similar history for each of the other five moving parties. The respondents advise that there are approximately 3700 people whose PRRA applications were decided during the period of December 12, 2003 to October 8, 2004 and who are, therefore, affected by this motion.

## ISSUES

[4] The test to be applied when determining whether or not to grant an interlocutory injunction or stay is the conjunctive tripartite test that has been set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110 and *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

[5] In *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, at page 128, the Federal Court of Appeal held that the same three-stage test applied to stays of deportation. Accepting the applicability of this test to the present motion, Mr. Nalliah must satisfy me that:

1. There is a serious issue to be tried in the underlying application;
2. Mr. Nalliah and the other affected persons will suffer irreparable harm if the relief is not granted; and,
3. The balance of convenience, considering the total situation of both parties, favours Mr. Nalliah and the other persons.

[6] In this case, there are issues related to the proposed class action. There is a question of this Court's jurisdiction with respect to each of the elements of relief sought in respect of the proposed class members. That is, if I determine that the relief should be granted for Mr. Nalliah, am I able to extend it to all members of the proposed class?

une forme sommaire à l'appendice A des présents motifs. L'appendice A fait état de circonstances similaires pour chacune des cinq autres parties requérantes. Les défendeurs font savoir qu'il y a environ 3 700 personnes dont les demandes d'ERAR ont fait l'objet d'une décision pendant la période allant du 12 décembre 2003 au 8 octobre 2004 et qui sont donc touchées par la présente requête.

## LES POINTS LITIGIEUX

[4] Le critère à appliquer pour décider s'il convient d'accorder une injonction interlocutoire ou une suspension est le critère conjonctif tripartite énoncé dans les arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 et *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

[5] Dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, à la page 128, la Cour d'appel fédérale a statué que ce critère en trois étapes s'appliquait aux sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion. S'il est reconnu que ce critère s'applique à la présente requête, M. Nalliah doit me convaincre de ce qui suit:

1. La demande sous-jacente soulève une question sérieuse à trancher;
2. M. Nalliah et les autres personnes touchées subiront un préjudice irréparable si la réparation n'est pas accordée; et
3. L'évaluation comparative des inconvénients, compte tenu de la situation des deux parties dans son ensemble, milite en faveur de M. Nalliah et des autres personnes touchées.

[6] En l'espèce, certains points litigieux se rapportent au recours collectif envisagé. Il s'agit de savoir si la Cour a compétence à l'égard de chacun des éléments de la réparation sollicitée pour les membres de la catégorie proposée. Si je conclus que la réparation doit être accordée à M. Nalliah, puis-je l'appliquer la réparation à tous les membres de la catégorie proposée?

[7] If I find that the requested relief ought to be granted with respect to Mr. Nalliah and that I have jurisdiction to extend the requested relief, the further question is whether it should be expanded to the putative class as it was in *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408 (F.C.).

[8] Finally, regardless of whether the balance of the injunctive relief is granted, there is the issue of whether a notice should be sent to members of the putative class.

## BACKGROUND

[9] This motion, the underlying application for judicial review and the proposed class action all relate to the placement of PRRA officers within the structure of two government departments, the departments of the Solicitor General (SGC) and Citizenship and Immigration Canada (CIC). The allegations of the affected persons arise out of the following sequence of events:

1. As of June 28, 2002, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) came into effect and included subsection 112(1) which provides that:

112. (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).

This provision is the genesis of PRRAs. The Minister's decision-making function was delegated to the individual PRRA officers.

2. For a period of about 17 months—from June 28, 2002 until December 12, 2003—the PRRA officers were part of the structure of CIC within the department of the Minister of Citizenship and Immigration.

3. On December 12, 2003, the Government created the Canada Border Services Agency (CBSA) with the responsible Minister for the new agency being the

[7] Si je conclus que la réparation demandée doit être accordée à M. Nalliah et que j'ai compétence pour étendre la portée de la réparation demandée, il s'agit en outre de savoir si cette réparation doit s'appliquer à la catégorie présumée, comme cela a été fait dans la décision *Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408 (C.F.).

[8] Enfin, indépendamment de la question de savoir si le reste de l'injonction est accordé, il s'agit de savoir si un avis doit être envoyé aux membres de la catégorie présumée.

## HISTORIQUE

[9] Cette requête, la demande de contrôle judiciaire sous-jacente et le recours collectif envisagé résultent tous du placement des agents d'ERAR dans la structure de deux ministères gouvernementaux, à savoir le ministère du Solliciteur général (SGC) et Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Les personnes touchées ont formulé leurs allégations à la suite des événements suivants:

1. Le 28 juin 2002, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) est entrée en vigueur; elle comprenait le paragraphe 112(1), qui prévoit ce qui suit:

112. (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).

Cette disposition est à l'origine des ERAR. La fonction décisionnelle du ministre a été déléguée à des agents individuels chargés de l'ERAR.

2. Pendant une période d'environ 17 mois—du 28 juin 2002 au 12 décembre 2003—les agents d'ERAR faisaient partie de la structure du CIC au sein du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

3. Le 12 décembre 2003, le gouvernement a créé l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), le ministre responsable de cette nouvelle agence étant le

Solicitor General (Order in Council P.C. 2003-2063, made pursuant to *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act* [R.S.C., 1985, c. P-34]). Staff of the new agency were transferred from Canada Customs and Revenue Agency, CIC and the Canadian Food Inspection Agency. Responsibility for PRRA decision-making was moved to CBSA from CIC. This did not require a physical move of the PRRA officers. For the transferred CIC employees, including the PRRA officers, there was no change in existing terms and conditions of employment and Treasury Board continued as their employer.

4. A further reorganization took place on October 8, 2004 when the PRRA decision-making responsibilities were transferred back to CIC. Once again there were no changes to the physical location of the officers, their terms and conditions of employment or their employer.

#### ANALYSIS OF TRIPARTITE TEST ELEMENTS

##### Serious Issue

[10] The first prong of the test for granting the relief sought is whether Mr. Nalliah raises a serious issue for trial. Mr. Nalliah submits that the serious issue for trial is raised by the lack of independence and impartiality of PRRA officers during the 10 months that they operated within the CBSA.

[11] The threshold to be met by an applicant for the “serious issue” branch of the test for granting injunctive relief is low (*North American Gateway Inc. v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)* (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24 (F.C.A.)). It is not the job of the Court at this early stage of the proceedings to evaluate the merits of the issue but to establish, upon review of the record and submissions of parties, that the issue is not frivolous or vexatious.

solliciteur général (décret C.P. 2003-2063, pris conformément à la *Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique* [L.R.C. (1985), ch. P-34]). Les membres du personnel de la nouvelle agence ont été mutés depuis l'Agence des douanes et du revenu du Canada, CIC et l'Agence canadienne d'inspection des aliments. La responsabilité des prises de décisions relatives à l'ERAR, qui relevait de CIC, a été confiée à l'ASFC. La chose n'a nécessité aucun déplacement physique de la part des agents d'ERAR. Quant aux employés de CIC qui ont été mutés, y compris les agents d'ERAR, leurs conditions de travail n'ont pas changé et le Conseil du Trésor a continué à être leur employeur.

4. Une autre restructuration a eu lieu le 8 octobre 2004, lorsque la responsabilité des prises de décisions relatives à l'ERAR a de nouveau été transférée à CIC. Encore une fois, le lieu de travail lui-même des agents n'a pas changé, et leurs conditions de travail et leur employeur étaient encore les mêmes.

#### ANALYSE DES ÉLÉMENTS DU CRITÈRE TRIPARTITE

##### Question sérieuse à trancher

[10] En ce qui concerne le premier volet du critère visant à permettre de décider si la réparation demandée doit être accordée, il s'agit de savoir si M. Nalliah soulève une question sérieuse à trancher. M. Nalliah affirme que la question sérieuse à trancher résulte du manque d'indépendance et d'impartialité des agents d'ERAR pendant les 10 mois où ils ont travaillé au sein de l'ASFC.

[11] L'exigence préliminaire à laquelle le demandeur doit satisfaire en ce qui concerne le volet «question sérieuse» du critère à appliquer aux fins de l'octroi d'une injonction n'est pas rigoureuse (*North American Gateway Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)* (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24 (C.A.F.)). Il n'appartient pas à la Cour à ce stade peu avancé de l'instance d'apprécier le bien-fondé de la question, mais il s'agit d'établir, sur examen du dossier et des prétentions des parties, que la question n'est pas futile ou vexatoire.

[12] In determining whether an issue meets that low standard, I should be guided by a review of any jurisprudence that may have considered this question.

[13] This Court has considered similar arguments challenging the independence of the PRRA program while it was under the responsibility of CIC and has consistently rejected those arguments (*Ariri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (February 12, 2003), IMM-871-03 (F.C.T.D.); *Awolor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (February 12, 2003), IMM-870-03 (F.C.T.D.); *Genoves v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-4985-02 (leave dismissed); *Gulzar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-7985-03 (stay dismissed and leave dismissed); *Kazmi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-8942-03 (leave dismissed); *Hussain v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-7652-03 (leave dismissed)).

[14] In dismissing a stay application in *Hamade v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (September 29, 2004), IMM-7864-04 (F.C.T.D.), Justice Dawson, in relation to a CBSA PRRA determination, stated that:

Notwithstanding the low threshold, the Applicants have failed to establish that a serious issue exists. In this regard, the allegation of systematic [*sic*] bias has previously been found not to be a serious issue. See: *Awolor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-870-03 and *Ariri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-871-03. While these cases pre-date the most recent re-organization of the Canada Border Services Agency the evidence before the Court is to the effect that 'The PRRA office is structured in such way [*sic*] to ensure that the independence of the PRRA decision-maker is safeguarded'.

[15] Mr. Nalliah suggests that Justice Dawson in *Hamade* was addressing a different issue than the one at bar or that she did not have an adequate evidentiary record before her. I do not agree that a different issue was under consideration; in substance, the issue before

[12] En décidant si une question satisfait à cette norme peu rigoureuse, je dois me fonder sur un examen des arrêts dans lesquels cette question peut avoir été examinée.

[13] Cette Cour a examiné des arguments similaires visant à contester l'indépendance du programme d'ERAR pendant que ce programme relevait de CIC et a toujours rejeté ces arguments (*Ariri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (12 février 2003), IMM-871-03 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Awolor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (12 février 2003), IMM-870-03 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Genoves c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-4985-02 (autorisation refusée); *Gulzar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-7985-03 (suspension refusée et autorisation refusée); *Kazmi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-8942-03 (autorisation refusée); *Hussain c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-7652-03 (autorisation refusée)).

[14] En rejetant une demande de suspension dans la décision *Hamade c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (29 septembre 2004), IMM-7864-04 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la juge Dawson, qui parlait d'une décision relative à un ERAR prise par l'ASFC, a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Malgré l'exigence préliminaire peu rigoureuse, les demandeurs n'ont pas réussi à établir l'existence d'une question sérieuse. Sur ce point, il a déjà été conclu que l'allégation de partialité systématique [*sic*] n'était pas une question sérieuse. Voir: *Awolor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-870-03 et *Ariri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-871-03. Ces décisions ont été rendues avant la restructuration la plus récente de l'Agence des services frontaliers du Canada, mais selon la preuve mise à la disposition de la Cour, «[l]e bureau responsable de l'ERAR est organisé de façon à protéger l'indépendance du décideur qui procède à un ERAR».

[15] M. Nalliah soutient que dans la décision *Hamade*, la juge Dawson traitait d'une question différente de celle qui nous occupe ou qu'elle n'avait pas à sa disposition un dossier adéquat sur le plan de la preuve. Je ne suis pas d'accord pour dire qu'il s'agissait d'une question

me is identical.

[16] Mr. Nalliah submits that this Court has already found a “serious issue” on two occasions, citing *Puvanenthiram v. Canada (Solicitor General)* (September 19, 2004), IMM-7148-04, and *Rajalingam v. Canada (Solicitor General)* (August 10, 2004), IMM-6957-04 as support. This is inaccurate with respect to one of those decisions. The Court in *Puvanenthiram*, did not find a serious issue on institutional bias. First, the Court’s order does not reflect this and, second, the respondent consented to the injunction motion solely on the issue of the threshold of risk involved in section 97 of the and *Immigration and Refugee Protection Act*.

[17] This Court has also considered similar arguments alleging institutional bias while the PRRA program was under the CBSA, but found no arguable issue and dismissed the applications for leave (*Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* IMM-724-04 (leave dismissed)).

[18] This appears to leave *Rajalingam*, as the only case where this Court accepted a similar question as a serious issue. The issue was described as “whether the pre-removal risk assessment officers enjoy a sufficient degree of institutional independence, having regard to the nature of the functions they carry out”.

[19] The best law to assist me would be a decision on a judicial review where I could compare the facts and issues to the case before me. There is no such decision. Stay applications, being brought at the eleventh hour and argued on hastily written arguments, do not, in my view, provide me with much guidance. Given that parties have more time to prepare the application record for judicial review, the record with respect to a leave application is, accordingly, more complete and should present a full argument to the judge reviewing the application. Nevertheless, without reasons, or an opportunity to review the evidence presented it is difficult to assess the

différente; la question dont je suis ici saisie est en substance identique.

[16] M. Nalliah affirme que la Cour a déjà conclu à l’existence d’une «question sérieuse» à deux reprises; il cite à l’appui les décisions *Puvanenthiram c. Canada (Solliciteur général)* (19 septembre 2004), IMM-7148-04, et *Rajalingam c. Canada (Solliciteur général)* (10 août 2004), IMM-6957-04. Cette affirmation est inexacte pour ce qui est de l’une des ces décisions. En effet, dans la décision *Puvanenthiram*, la Cour n’a pas conclu à l’existence d’une question sérieuse pour ce qui est de la partialité institutionnelle. En premier lieu, l’ordonnance de la Cour ne le montre pas et, en second lieu, le défendeur a consenti à l’injonction uniquement pour ce qui est de la question des exigences préliminaires relatives aux risques en cause à l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[17] La Cour a également examiné des arguments similaires portant sur la partialité institutionnelle à un moment où le programme d’ERAR relevait de l’ASFC, mais elle a conclu qu’il n’y avait pas de question à débattre et elle a rejeté les demandes d’autorisation (*Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, IMM-724-04 (autorisation refusée)).

[18] Il semble rester la décision *Rajalingam*, où la Cour a reconnu qu’une question similaire était une question sérieuse. La question a été définie comme étant [TRADUCTION] «de savoir si les agents chargés de l’examen des risques avant renvoi jouissent d’un degré suffisant d’indépendance institutionnelle, compte tenu de la nature des fonctions qu’ils exercent».

[19] Une décision rendue à la suite d’un contrôle judiciaire et me permettant de comparer les faits et points litigieux qui y sont en cause à ceux de l’affaire dont je suis ici saisie me serait des plus utile. Or, il n’existe aucune décision de ce genre. À mon avis, les demandes de suspension, qui sont présentées à la dernière minute et qui sont débattues sur la base d’observations écrites préparées à la hâte, ne sont pas très utiles. Étant donné que les parties disposent de plus de temps pour préparer le dossier d’une demande de contrôle judiciaire, le dossier dans le cas d’une demande d’autorisation est donc plus complet et devrait offrir une argumentation

applicability of the facts in those cases to the one before me. Accordingly, while the orders of this Court referred to suggest almost unanimously that there is no serious issue, I am reluctant to use them to conclude that there is no serious issue here.

[20] I am left with Mr. Nalliah's assertions and representations that there is a serious issue to be tried. I note that there are significant problems with Mr. Nalliah's arguments. Among those problems are the following:

- The CBSA is not, as asserted by Mr. Nalliah, only an enforcement agency. Its duties encompass administration as well as enforcement of certain of Canada's laws and, thus, extends beyond enforcement of removal orders.
- The PRRA officers have, since June 28, 2002 and whether in CIC or in CBSA, operated as a separate group without contact with removals officers. The PRRA Unit Coordinator directs the work flow and carries out the administrative coordination but does not direct the outcome of PRRAs.
- Parliament chose to include both enforcement and protection functions within the same statute with the Governor in Council having the authority to name the responsible Minister, thereby setting up a statutorily-mandated relationship between the two functions.
- Parliament also chose to link the removals process with the PRRA in subsection 112(1) of IRPA and did not assign the PRRA function to an independent tribunal (such as the Immigration and Refugee Board), as it could have done.
- While *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 28, stated that, to satisfy the requirements of procedural

complète au juge qui examine la demande. Néanmoins, en l'absence de motifs ou de la possibilité d'examiner la preuve présentée, il est difficile de savoir si les faits de ces affaires s'appliquent en l'espèce. Par conséquent, même si les ordonnances de la Cour qui ont été mentionnées donnent presque unanimement à entendre qu'il n'existe pas de question sérieuse, j'hésite à les utiliser pour conclure qu'il n'y a pas de question sérieuse dans ce cas-ci.

[20] Il reste les assertions et observations de M. Nalliah selon lesquelles il existe une question sérieuse à trancher. Je tiens à faire remarquer que les arguments de M. Nalliah suscitent des problèmes importants, notamment les problèmes suivants:

- Contrairement à ce que M. Nalliah a affirmé, l'ASFC n'est pas uniquement un organisme d'exécution. Cette agence est notamment chargée de l'administration et de l'exécution de certaines lois du Canada et, par conséquent, ses fonctions ne consistent pas simplement à assurer l'exécution des mesures de renvoi.
- Depuis le 28 juin 2002, les agents d'ERAR, et ce, qu'ils fassent partie de CIC ou de l'ASFC, forment un groupe distinct n'ayant pas de contact avec les agents chargés du renvoi. Le coordinateur de l'unité de l'ERAR achemine le travail et assure la coordination administrative, mais il ne dicte pas le résultat des ERAR.
- Le législateur fédéral a choisi d'inclure les fonctions d'exécution et de protection dans la même loi, le gouverneur en conseil étant autorisé à désigner le ministre responsable, de sorte qu'un lien d'origine législative est établi entre les deux fonctions.
- Le législateur fédéral a également décidé d'établir un lien entre la procédure de renvoi et l'ERAR au paragraphe 112(1) de la LIPR et il n'a pas assigné la fonction d'ERAR à un tribunal indépendant (tel que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié) comme il aurait pu le faire.
- Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 28, il a été dit que, pour satisfaire aux

fairness, the affected person must have access to an impartial process, appropriate to the statutory, institutional and social context of the decision, the evidence before me tends to show that the Government has developed a structure within which the PRRA officers' function meets this standard.

- Jurisprudence of the Supreme Court of Canada in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781 suggests that the Court should be reluctant to interfere with the executive branch of government's structure of decision-making functions.

- By not bringing this alleged bias to the attention, first, of the decision makers and, secondly, to the Court, it is arguable that the members of the putative class have waived their rights to now raise this issue, some 10 months after the change to CBSA was made.

[21] There is one bit of evidence put forward by Mr. Nalliah that appears not to have been considered by the Court in the earlier stay motions and leave applications. That is the fact that, as of October 8, 2004, the functions were moved back to CIC. Would this have made a difference to the determinations made by Justice Dawson and others? I do not know. This move back may be significant in the context of the establishment of the factual basis for the allegation of lack of independence or impartiality. Further, I note that *Ocean Port*, may leave open some question as to its applicability to decisions that may affect rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In turn, that raises the issue of whether all of the PRRA decisions in question affect Charter rights. Mr. Nalliah and the respondents disagree on that point.

[22] In conclusion on this aspect of the tripartite test, despite the problems faced by Mr. Nalliah and the

exigences relatives à l'équité procédurale, la personne touchée doit avoir accès à une procédure impartiale, adaptée au contexte légal, institutionnel et social de la décision. La preuve mise à ma disposition tend à démontrer que le gouvernement a élaboré une structure à l'intérieur de laquelle la fonction des agents d'ERAR respecte cette norme.

- La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, donne à entendre que la Cour doit hésiter à intervenir dans la structure des fonctions décisionnelles de l'organe exécutif du gouvernement.

- En ne portant pas cette présumée partialité à l'attention en premier lieu des décideurs et en second lieu de la Cour, il est possible que les membres de la catégorie présumée aient renoncé à leurs droits de soulever maintenant la question, une dizaine de mois après que les changements ont été effectués au sein de l'ASFC.

[21] Il y a un élément de preuve avancé par M. Nalliah qui ne semble pas avoir été examiné par la Cour dans les requêtes en suspension et dans les demandes d'autorisation antérieures. Il s'agit du fait que le 8 octobre 2004, les fonctions ont de nouveau été confiées à CIC. Cela aurait-il changé quoi que ce soit à la décision de la juge Dawson et aux décisions d'autres juges? Je ne le sais pas. Le fait que les fonctions ont de nouveau été confiées à CIC peut être important lorsqu'il s'agit d'établir le fondement factuel de l'allégation relative au manque d'indépendance ou d'impartialité. En outre, je note qu'en ce qui concerne l'arrêt *Ocean Port*, on peut se demander s'il s'applique aux décisions qui peuvent influencer sur les droits garantis par 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]]. D'autre part, il s'agit de savoir si toutes les décisions relatives à l'ERAR en question influent sur les droits reconnus par la Charte. M. Nalliah et les défendeurs ne sont pas d'accord sur ce point.

[22] Enfin, pour ce qui est de cet aspect du critère tripartite, malgré les problèmes auxquels font face M.



members of the putative class, the question before me that may satisfy the low threshold is whether, during the CBSA period, the PRRA officers used an impartial process, appropriate to the statutory, institutional and social context of the decision, to make PRRA decisions. On this low threshold, and on the basis of the record before me, I am prepared to find that there is a serious issue for trial.

### Irreparable Harm

[23] The second branch of the tripartite test is whether the affected persons would suffer irreparable harm in the event that the injunctive relief is not granted. Mr. Nalliah argues that the putative class will suffer irreparable harm in two ways:

- (a) Loss of their statutory right to a risk assessment; and
- (b) Unfair reduction of the putative class.

[24] Mr. Nalliah points to a number of cases where the Court has found irreparable harm because a claimant would lose a legal right or remedy. In support of his position, Mr. Nalliah cites, among others, the following jurisprudence:

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206 [at paragraph 13], the Court of Appeal found irreparable harm where the applicant's deportation to a country that would imprison him would remove the "right to have the merits of his or her case determined and to enjoy the benefits associated with a positive ruling".

In *Resulaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1168; [2003] F.C.J. No. 1474 (QL), Justice O'Reilly concluded that removing an applicant while the legal issue related to her PRRA was explored would render nugatory any legal remedy that

Nalliah et les membres de la catégorie présumée, la question dont je suis saisie qui peut satisfaire à l'exigence préliminaire peu rigoureuse est de savoir si, pendant la période où l'ASFC était en cause, les agents d'ERAR avaient recours à une procédure impartiale, adaptée au contexte légal, institutionnel et social de la décision, pour rendre les décisions relatives à l'ERAR. Compte tenu de cette exigence préliminaire peu rigoureuse et en me fondant sur le dossier mis à ma disposition, je suis prête à conclure à l'existence d'une question sérieuse à trancher.

### Préjudice irréparable

[23] Le deuxième volet du critère tripartite est de savoir si les personnes touchées subiront un préjudice irréparable dans le cas où l'injonction n'est pas accordée. M. Nalliah affirme que la catégorie présumée subira un préjudice irréparable, et ce, pour les deux raisons suivantes:

- a) elle perdra le droit à l'examen des risques qui lui est reconnu par la loi; et
- b) il y aura une réduction inéquitable de la catégorie présumée.

[24] M. Nalliah signale un certain nombre de cas dans lesquels la Cour a conclu à l'existence d'un préjudice irréparable parce que l'intéressé perdait un droit ou un recours légal. À l'appui de sa position, M. Nalliah cite entre autres les décisions suivantes:

Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206 [au paragraphe 13], la Cour d'appel a conclu à l'existence d'un préjudice irréparable dans un cas où l'expulsion du demandeur vers un pays qui allait l'emprisonner le priverait du «droit [. . .] d'obtenir une décision sur le fond de sa cause et de profiter des avantages rattachés à une décision positive».

Dans la décision *Resulaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 C.F. 1168; [2003] A.C.F. n° 1474 (QL), le juge O'Reilly a conclu qu'en renvoyant la demanderesse pendant que la question de droit liée à son ERAR était examinée, on se

might ultimately be available to her. These circumstances, in his view, constituted irreparable harm.

[25] Mr. Nalliah continues by arguing that, if this injunction is not granted and a breach of natural justice is found at trial, the members of the putative class will have lost their right to the single process that ensures in a timely way that they are not removed to face persecution, torture or risk to life or cruel and unusual treatment or punishment. Either they will have lost the right because the harm that they fear will have accrued or they will have lost contact with the Government.

[26] Mr. Nalliah must support this motion with clear and convincing evidence of irreparable harm. Irreparable harm is a strict test in which a serious likelihood or jeopardy to the applicant's life or safety must be demonstrated (*Grant v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 141, at paragraph 9; *Duve v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 387 (T.D.) (QL), at paragraph 22; *Mikhailov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), at paragraphs 12-13; *Frankowski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 935 (T.D.) (QL), at paragraph 7; *Csanyi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 758 (T.D.) (QL), at paragraph 4. Irreparable harm must not be speculative nor can it be based on a series of possibilities (*Atakora v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 122 (F.C.T.D.)).

[27] Simply alleging that the persons will suffer the harm they have claimed in their PRRA applications is not sufficient for the purposes of the test. I first note that the vast majority of the affected persons have received the benefit of a number of risk assessments. Prior to the PRAA decisions, in all cases, the affected persons have been party to earlier processes under the IRPA. Mr.

trouverait à rendre illusoire tout recours dont la demanderesse pourrait en fin de compte se prévaloir. De l'avis du juge, ces circonstances constituaient un préjudice irréparable.

[25] M. Nalliah ajoute que si l'injonction n'est pas accordée et s'il est conclu à l'instruction qu'il y a eu déni de justice naturelle, les membres de la catégorie présumée auront perdu leur droit à la seule procédure destinée à assurer en temps opportun qu'ils ne sont pas renvoyés pour être exposés au risque de persécution ou de torture ou à une menace à leur vie ou encore au risque de traitements ou peines cruels et inusités. Ils auront perdu leur droit parce qu'ils auront subi le préjudice qu'ils craignent ou qu'ils auront perdu contact avec le gouvernement.

[26] M. Nalliah doit justifier cette requête au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants indiquant l'existence d'un préjudice irréparable. Le préjudice irréparable est un critère strict selon lequel il faut démontrer qu'il existe une probabilité ou un risque sérieux que la vie ou la sécurité du demandeur soit en danger (*Grant c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 141, au paragraphe 9; *Duve c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 387 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 22; *Mikhailov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 12 et 13; *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 935 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 7; *Csanyi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 758 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 4. Le préjudice irréparable ne doit pas reposer sur des conjectures et il ne peut pas être fondé sur une série de possibilités (*Atakora c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 68 F.T.R. 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

[27] Le fait d'alléguer simplement que les personnes en cause subiront le préjudice allégué dans leurs demandes d'ERAR ne suffit pas pour les besoins du critère. Je tiens d'abord à faire remarquer que la grande majorité des personnes touchées ont bénéficié d'un certain nombre d'examen des risques. Avant les décisions relatives aux ERAR, les personnes touchées

Nalliah and the other five moving parties before me have all had reviews of their particular situations, including risk, by the Immigration and Refugee Board. Four of the moving parties have exercised their right to apply for a further PRAA pursuant to section 165 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations). Either in the initial refugee application or in a subsequent PRRA or other related application, the allegation of risk was dismissed in most cases. Most commonly, this was done by the Immigration and Refugee Board in the first instance and by a PRRA officer or predecessor before the transfer of the responsibilities to the CBSA. Even eliminating those PRRAs that are in issue, in an unchallenged process, decision makers have determined that most of these persons were not at risk. There is no evidence before me to show that the risk has increased since the first assessments to the point where the persons' lives are now in jeopardy. Any alleged risk, on the record before me, is speculative.

[28] Mr. Nalliah belongs to a small subgroup of the 3700 members of the putative class in that his first assessment was a positive determination by the Immigration and Refugee Board. The only negative risk assessment that he has received is the PRRA that is now in dispute. However, in the absence of specific evidence of irreparable harm, I have nothing upon which to pin a determination that he or anyone in his category of claimants would suffer irreparable harm.

[29] One helpful statistic that applies generally to all categories of claimants is that positive PRRAs are given in only about 3% of cases. This percentage did not appreciably change when the functions were moved to CBSA. Stated another way, 97% of claimants are determined not to be at risk. Absent person-specific evidence to the contrary, the evidence is that only a very small percentage of persons in the putative class would

ont dans tous les cas été parties à des procédures antérieures engagées en vertu de la LIPR. M. Nalliah et les cinq autres parties requérantes qui se sont présentées devant moi ont bénéficié d'examen de leur situation particulière, y compris un examen des risques, de la part de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Quatre des parties requérantes ont exercé leur droit de demander un autre ERAR conformément à l'article 165 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Dans la demande d'asile initiale ou dans un ERAR ultérieur ou dans une autre demande connexe, l'allégation de risque a été rejetée dans la plupart des cas. Il y a généralement d'abord eu le rejet de la part de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et d'un agent d'ERAR ou d'un prédécesseur avant le transfert des responsabilités à l'ASFC. Même en éliminant les ERAR qui sont en cause, dans une procédure non contestée, les décideurs ont conclu que la plupart des personnes en cause n'étaient pas en danger. Je ne dispose d'aucun élément de preuve tendant à montrer que les risques ont augmenté depuis les premiers examens, au point où la vie des personnes en cause est maintenant en danger. Tout risque allégué, selon le dossier mis à ma disposition, repose sur des conjectures.

[28] M. Nalliah appartient à un petit sous-groupe composé de 3 700 membres de la catégorie présumée, en ce sens que son premier examen a donné lieu à une décision favorable de la part de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Le seul examen défavorable dont il a fait l'objet est l'ERAR qui est ici en cause. Toutefois, en l'absence d'éléments de preuve précis au sujet d'un préjudice irréparable, je ne dispose d'aucun élément me permettant de fonder une décision portant que M. Nalliah ou une personne appartenant à la catégorie des intéressés en question subirait un préjudice irréparable.

[29] Une statistique utile qui s'applique généralement à toutes les catégories d'intéressés indique que l'ERAR est favorable dans seulement 3 p. 100 des cas environ. Ce pourcentage n'a pas sensiblement changé lorsque les fonctions ici en cause ont été confiées à l'ASFC. Autrement dit, il est conclu dans 97 p. 100 des cas que l'intéressé n'est exposé à aucun danger. En l'absence d'une preuve contraire concernant une personne précise,

be found to be exposed to the level of risk that could result in a conclusion of irreparable harm. In my view, this makes the potential for irreparable harm very remote indeed.

[30] The second branch of Mr. Nalliah's argument is that the loss of the right to continue the litigation constitutes irreparable harm. Contrary to these submissions, if the injunction is refused, their right to an effective remedy will not be rendered nugatory. As Mr. Justice O'Reilly stated in *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95 (F.C.T.D.), at paragraph 9: "nothing in the Act or the Rules would interfere with the entitlement of a PRRA applicant, who has been removed from Canada and who is successful on judicial review, to have that application reconsidered".

[31] In *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261, at paragraph 20, Justice Evans of the Court of Appeal stated:

Since the appeal can be ably conducted by experienced counsel in the absence of the appellants and since, if the appeal is successful, the appellants will probably be permitted to return to Canada at public expense, I cannot accept that removal renders their right of appeal nugatory.

[32] The cases of *Suresh* and *Resulaj*, referred to by Mr. Nalliah may be distinguished on the basis that, in both of those cases, there was significant evidence supporting a personalized risk. From a review of the jurisprudence, I conclude that irreparable harm cannot be solely founded on difficulty in pursuing legal rights of challenge once removed from Canada.

[33] Finally, Mr. Nalliah argues that the integrity of the class will suffer since the putative class members may not know about the class action or may not be found once removed. At this very early stage of a potential class action, this argument is merely speculation. The

la preuve montre qu'un petit nombre de membres de la catégorie présumée seulement serait considéré comme étant exposé au degré de risque susceptible de donner lieu à une conclusion de préjudice irréparable. À mon avis, cela a pour effet de réduire considérablement la possibilité d'un préjudice irréparable.

[30] Le deuxième volet de l'argument de M. Nalliah est que la perte du droit de poursuivre le litige constitue un préjudice irréparable. Contrairement à ces prétentions, si l'injonction est refusée, le droit à un recours efficace ne deviendra pas illusoire. Comme le juge O'Reilly l'a dit dans la décision *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 9: «rien dans la Loi ou dans le Règlement [ne fait] obstacle au droit d'un demandeur d'un ERAR qui a été renvoyé du Canada et dont la demande de contrôle judiciaire a été accueillie d'obtenir un nouvel examen de sa demande».

[31] Dans l'arrêt *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261, au paragraphe 20, le juge Evans, de la Cour d'appel, a dit ce qui suit:

Puisque l'appel pourra être habilement plaidé par une avocate d'expérience, en l'absence des appelants, et puisque, si les appelants obtiennent gain de cause en appel, ils seront probablement autorisés à revenir au Canada aux frais de l'État, je ne puis souscrire à l'idée que leur renvoi rendra illusoire leur droit d'appel.

[32] Il est possible de faire une distinction d'avec les décisions *Suresh* et *Resulaj*, dont M. Nalliah a fait mention pour le motif que, dans les deux cas, bon nombre d'éléments de preuve étayaient l'existence d'un risque personnel. En me fondant sur un examen de la jurisprudence, je conclus que le préjudice irréparable ne peut pas uniquement être fondé sur le fait qu'il est difficile pour l'intéressé qui a été renvoyé du Canada de faire valoir ses droits de contestation.

[33] Enfin, M. Nalliah affirme que l'intégrité de la catégorie sera compromise étant donné que les membres de la catégorie présumée ne sont peut-être pas au courant du recours collectif ou qu'il se peut qu'on ne les trouve pas une fois qu'ils auront été renvoyés. À ce stade fort

process to convert a judicial review application to an action and to obtain certification is far from certain. Further, should this matter proceed as Mr. Nalliah would like, there is always the possibility of applying to the Court for an order requiring notice of the class action to be served, thereby curing the problems alleged by Mr. Nalliah.

[34] In conclusion, I am of the view that Mr. Nalliah and the other affected persons have failed to establish that they would suffer irreparable harm if removed prior to the determination of the issues raised in the underlying applications or to the trial of a class action.

#### Balance of Convenience

[35] Given that the test for injunctive relief is conjunctive, the determination regarding irreparable harm is sufficient for me to dispose of this motion. Nevertheless, in the event that I have missed some aspect of irreparable harm, I will continue by turning my mind to whether the balance of convenience favours Mr. Nalliah and the other members of the proposed class or the respondents.

[36] In *RJR—MacDonald*, at paragraphs 62-63, the Supreme Court discussed how they must balance the public interest and the interest of the parties. The Court noted:

The third test to be applied. . . was described . . . as: “a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the granting or refusal of an interlocutory injunction. . . .” In light of the relatively low threshold of the first test and the difficulties in applying the test of irreparable harm in *Charter* cases, many interlocutory proceedings will be determined at this stage.

[37] An assessment of the balance of convenience requires a weighing of interests and the factors to consider will vary from case to case. As stated by the Supreme Court in *RJR—MacDonald*, at paragraph 85:

préliminaire d’un recours collectif possible, cet argument ne constitue qu’une simple conjecture. La procédure visant à transformer une demande de contrôle judiciaire en une action et à obtenir une certification est loin d’être certaine. En outre, s’il est donné suite à l’affaire comme le voudrait M. Nalliah, il est toujours possible de demander à la Cour de rendre une ordonnance exigeant la signification d’un avis de recours collectif, ce qui remédierait aux problèmes allégués par M. Nalliah.

[34] En conclusion, je suis d’avis que M. Nalliah et les autres personnes touchées ont omis d’établir qu’ils subiront un préjudice irréparable s’ils sont renvoyés avant que les questions soulevées dans les demandes sous-jacentes soient tranchées ou avant l’instruction relative au recours collectif.

#### Évaluation comparative

[35] Étant donné que le critère applicable à l’injonction est de nature conjonctive, il suffit de statuer sur le préjudice irréparable pour trancher la présente requête. Néanmoins, au cas où j’aurais omis un aspect quelconque du préjudice irréparable, je poursuivrai l’examen de la question de savoir si l’évaluation comparative des inconvénients favorise M. Nalliah et les autres membres de la catégorie présumée ou si elle favorise les défendeurs.

[36] Dans l’arrêt *RJR—MacDonald*, aux paragraphes 62 et 63, la Cour suprême a examiné la façon dont il faut établir l’équilibre entre l’intérêt public et l’intérêt des parties. Voici ce qu’elle a dit:

[. . .] le troisième critère applicable [a été décrit] comme un critère qui consiste «à déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l’on accorde ou refuse une injonction interlocutoire [. . .]». Compte tenu des exigences minimales relativement peu élevées du premier critère et des difficultés d’application du critère du préjudice irréparable dans des cas relevant de la *Charte*, c’est à ce stade que seront décidées de nombreuses procédures interlocutoires.

[37] L’évaluation comparative des inconvénients exige une pondération des intérêts; de plus, les facteurs à prendre en considération varient d’un cas à l’autre. Comme l’a dit la Cour suprême dans l’arrêt *RJR—MacDonald*, au paragraphe 85:

Among the factors which must be considered . . . are the nature of the relief sought and of the harm which the parties contend they will suffer, the nature of the legislation which is under attack, and where the public interest lies.

[38] Mr. Nalliah submits that, if the Court is satisfied that where a serious issue and irreparable harm are made out, a balance of convenience will flow with him (*Membreno-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 306 (T.D.); see also *Smith v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 58 F.T.R. 292 (F.C.T.D.) and *Suresh*. This final argument can be countered quite simply since I am not satisfied that irreparable harm has been made out. Even if I were satisfied, however, I believe that the consequences to the respondents must be examined prior to making a determination on this branch of the test.

[39] In respect of this branch of the test, Mr. Nalliah's main argument is that the public interest demands that the PRRA process be a fair and impartial one. Otherwise, Canada risks sending people to countries where they could be the subject of torture or other severe consequences. In this case, Mr. Nalliah asserts that he is not just speaking for an individual but that his interests represent the public interest of all Canadians.

[40] Mr. Nalliah notes that he is not seeking to invalidate the entire PRRA process; at this stage, he raises no concern with respect to PRRA decisions completed before December 12, 2003 or after October 8, 2004. The respondents can continue to process PRRA applications within the newly reorganized CIC.

[41] With respect to the 3700 persons who have not been removed, Mr. Nalliah argues that the respondents, if they choose to proceed with removal, need only serve a new PRRA notice. In Mr. Nalliah's submission, while this will result in some delay, this cannot counterbalance the public interest in ensuring fair process.

Pour déterminer lequel de l'octroi ou du refus du redressement interlocutoire occasionnerait le plus d'inconvénients, il faut notamment procéder à l'examen des facteurs suivants: la nature du redressement demandé et du préjudice invoqué par les parties, la nature de la loi contestée et l'intérêt public.

[38] M. Nalliah affirme que si la Cour est convaincue que l'existence d'une question sérieuse et d'un préjudice irréparable est établie, l'évaluation comparative des inconvénients militera en sa faveur (*Membreno-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 306 (1<sup>re</sup> inst.); voir également *Smith c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 58 F.T.R. 292 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Suresh*). Il est possible de répondre à ce dernier argument d'une façon passablement simple puisque je ne suis pas convaincue que l'existence d'un préjudice irréparable ait été établie. Toutefois, même si j'en étais convaincue, je crois qu'il faut examiner les conséquences pour les défendeurs avant de se prononcer sur ce volet du critère.

[39] En ce qui concerne ce volet, l'argument principal de M. Nalliah est que l'intérêt public exige que la procédure d'ERAR soit équitable et impartiale. Autrement, le Canada risque de renvoyer les gens dans des pays où ceux-ci pourraient faire face à la torture ou à d'autres conséquences sérieuses. Dans ce cas-ci, M. Nalliah affirme qu'il n'est pas simplement le porte-parole d'une seule personne, mais qu'il représente l'intérêt de tous les Canadiens.

[40] M. Nalliah fait remarquer qu'il ne cherche pas à invalider toute la procédure d'ERAR; à ce stade, il ne soulève aucune question au sujet des décisions relatives à un ERAR qui ont été prises avant le 12 décembre 2003 ou après le 8 octobre 2004. Les défendeurs peuvent continuer à faire traiter par CIC, qui vient d'être restructuré, les demandes d'ERAR.

[41] En ce qui concerne les 3 700 personnes qui n'ont pas été renvoyées, M. Nalliah déclare que les défendeurs, s'ils décident de procéder au renvoi, n'ont qu'à signifier un nouvel avis d'ERAR. Selon M. Nalliah, cela entraînera un certain retard, mais ce retard ne saurait faire contrepois à l'intérêt public, qui exige une procédure équitable.

[42] I am not persuaded by Mr. Nalliah's arguments on this issue. This branch of the test requires a balancing of the interests of both parties. I propose to do that balancing by considering the position of each party in the event that they lose this motion.

[43] I will begin with Mr. Nalliah and all the other 3700 persons who form part of this motion. If this motion is denied, all of these persons would be subject to removal as soon as is reasonably practicable (IRPA, subsection 48(2)). However, as I have discussed above, the harm that could come to them is speculative. For some of the 3700, a further PRRA could be requested (although that does not result in an automatic stay) and that PRRA would be completed by a PRRA officer within a structure that Mr. Nalliah has acknowledged meets his standard of impartiality. Others may successfully bring an application, on humanitarian and compassionate grounds, for processing within Canada. In short, the harm that Mr. Nalliah alleges is very uncertain. However, I agree with Mr. Nalliah that his interests extend beyond the individuals that are affected and a decision to remove him on the basis of a questionable PRRA may have a negative effect on Canada's international commitments and reputation.

[44] On the other side of the equation, what will be the situation if the respondents lose this motion? Contrary to the assertion of Mr. Nalliah, the evidence before me demonstrates that the impact on the respondents and their ability to remove persons who have no legal status in Canada would be enormous. Some members of the putative class who will benefit from an injunction include individuals inadmissible to Canada due to criminality. Those who already applied for leave challenging their negative PRRA decision and lost, and those who applied for a stay of their own removal and lost (because they could not establish a serious issue or irreparable harm) will also be able to postpone their removal to some undetermined point in time. Bluntly stated—but without exaggeration—this injunction would severely and negatively affect the stated objective of the

[42] Les arguments invoqués par M. Nalliah sur ce point ne sont pas convaincants. Ce volet du critère exige la pondération des intérêts des deux parties. Je me propose de le faire en examinant la position de chaque partie au cas où elle serait la partie perdante dans cette requête.

[43] Je commencerai par examiner le cas de M. Nalliah et des 3 700 autres personnes qui sont ici en cause. Si la requête est rejetée, toutes ces personnes feraient l'objet d'un renvoi dès que les circonstances le permettent (paragraphe 48(2) de la LIPR). Toutefois, comme il en a déjà été fait mention, le préjudice qui pourrait leur être causé repose sur de simples conjectures. Un certain nombre de ces 3 700 personnes pourraient demander un autre ERAR (bien qu'une telle demande n'entraîne pas nécessairement un sursis), et cet ERAR serait effectué par un agent compétent à l'intérieur d'une structure qui, comme l'a lui-même reconnu M. Nalliah, respecte la norme d'impartialité exigée. D'autres personnes pourront avoir gain de cause en présentant une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire visant à faire traiter leur cas depuis le Canada. Bref, le préjudice allégué par M. Nalliah est loin d'être certain. Toutefois, je conviens avec M. Nalliah que ses intérêts vont plus loin que les intérêts des personnes touchées et que toute décision de le renvoyer fondée sur un ERAR contestable peut avoir un effet défavorable sur les engagements pris par le Canada et sur sa réputation à l'échelle internationale.

[44] D'autre part, quelle sera la situation si les défendeurs n'ont pas gain de cause dans la présente requête? Contrairement à l'assertion de M. Nalliah, la preuve mise à ma disposition démontre que les conséquences, en ce qui concerne les défendeurs et leur capacité de renvoyer des personnes dont le statut n'est pas reconnu au Canada, seraient énormes. Parmi les membres de la catégorie présumée qui bénéficieront d'une injonction, certains sont interdits de territoire pour des raisons de criminalité. Les personnes qui ont déjà demandé l'autorisation de contester une décision défavorable qui a été prise à la suite d'un ERAR et qui se sont vu opposer un refus, et les personnes qui ont demandé sans succès un sursis de la mesure de renvoi dont elles faisaient l'objet (parce qu'elles ne pouvaient pas établir l'existence d'une question sérieuse ou d'un

IRPA to protect the safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society (IRPA, paragraph 3(1)(h)). This is clearly not in the public interest.

[45] Nor is it just as simple as completing new PRRAs. While CIC and the CBSA attempted to prioritize and redo PRRAs for the 3700 persons to this motion, the ongoing system of PRRAs and removals would be severely disrupted. The harm to the respondents is not speculative; I am satisfied that it would be an inevitable result of granting this injunction.

[46] When balanced, I am persuaded that the alleged negative impacts to the proposed class of individuals and, possibly, to a broader public interest if the injunction is denied is far outweighed by the negative consequences to the respondents and the Canadian public interest if the relief is granted. The balance of convenience favours the respondents.

#### Conclusion on tripartite test

[47] Having failed to satisfy two prongs of the test, Mr. Nalliah's request for injunctive relief will be denied.

#### JURISDICTION TO GRANT REQUESTED RELIEF

[48] Given my conclusion that Mr. Nalliah has failed to satisfy the test for granting the injunctive relief requested, it is unnecessary for me to address the issue of whether the injunctive relief sought is beyond the jurisdiction of this Court.

#### NOTICE TO THE PUTATIVE CLASS

[49] One of the requests of this motion is that I provide directions to all parties to the proceedings as to how they should communicate with members of the putative class. The effect of the denial of the injunctive relief in this motion is that the respondents will

préjudice irréparable) pourront également faire reporter leur renvoi pendant une période indéterminée. Bref, on peut dire sans exagération que cette injonction aurait un effet défavorable sérieux sur l'objectif expressément visé par la LIPR, à savoir garantir la sécurité des Canadiens (alinéa 3(1)h)). Ce n'est clairement pas ce que veut l'intérêt public.

[45] La solution n'est pas non plus aussi simple que le fait de procéder à de nouveaux ERAR. Pendant que CIC et l'ASFC tenteraient d'établir un ordre de priorité et de reprendre les ERAR des 3 700 personnes visées par la présente requête, le système continu des ERAR et des renvois serait gravement compromis. Le préjudice causé aux défendeurs ne repose pas sur de simples conjectures; je suis convaincue qu'un tel résultat serait inévitable si l'injonction était accordée.

[46] Somme toute, je suis convaincue que les conséquences défavorables pour les défendeurs et pour la population canadienne en cas d'octroi de l'injonction l'emporte de beaucoup sur les conséquences défavorables alléguées pour la catégorie proposée de personnes et peut-être pour un public plus étendu en cas de refus d'accorder l'injonction.

#### Conclusion relative au critère tripartite

[47] Puisqu'il n'est pas satisfait à deux volets du critère, la demande d'injonction de M. Nalliah sera rejetée.

#### POUVOIR D'ACCORDER LA RÉPARATION DEMANDÉE

[48] Étant donné que j'ai conclu que M. Nalliah n'a pas réussi à satisfaire au critère de l'octroi de l'injonction demandée, il est inutile d'aborder la question de savoir si l'injonction outrepassé la compétence de cette Cour.

#### AVIS À LA CATÉGORIE PRÉSUMÉE

[49] Dans le cadre de la présente requête, on m'a notamment demandé de donner des directives à toutes les parties à l'instance au sujet de la façon dont elles devraient communiquer avec les membres de la catégorie présumée. Le refus d'accorder l'injonction demandée



commence removal of members of the putative class. Once removed, Mr. Nalliah is concerned that they may be impossible to locate. He has a valid argument. Even though I am not persuaded that the removal results in irreparable harm, I share Mr. Nalliah's concern that the integrity of the putative class may be seriously impaired without some way of providing information to those persons who are removed.

[50] The respondents point to my comments in *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285 (F.C.), at paragraph 54 where I stated that requiring that notice be given to putative class members should happen only in exceptional circumstances. "Such circumstances can arise if a defendant is dealing with the proposed class members in a way that undermines the integrity of the class proceeding itself." In *Chen*, the putative class members were permanent residents of Canada, some of whom were offshore. For those offshore, they would likely be in contact with Canadian visa officers to attempt to obtain travel authorizations to return to Canada. Thus, the putative class members could take care of themselves and the integrity of the proposed class would not suffer. Here, putative class members who are removed would not retain any ties to Canadian officials. Particularly for those who have no legal counsel, it may be unreasonable to expect them to learn of the class action. The respondents bear no blame for this; it is simply the effect of removal. In my view, these are exceptional circumstances that warrant some form of intervention.

[51] In their submissions, the respondents stated as follows:

In the alternative, if this Court finds that the possibility of the reduction of the putative class amounts to irreparable harm, and is therefore inclined to grant a "class injunction", the

dans la présente requête entraînera l'exécution des mesures de renvoi dont les membres de la catégorie présumée font l'objet. M. Nalliah craint qu'une fois ces personnes renvoyées, il sera impossible de les trouver. Cet argument est valable. Même si je ne suis pas convaincue que le renvoi entraîne un préjudice irréparable, je partage les craintes de M. Nalliah, à savoir que l'intégrité de la catégorie présumée peut être gravement compromise s'il n'existe aucune façon de renseigner les personnes renvoyées.

[50] Les défendeurs signalent les remarques que j'ai faites dans la décision *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 250 F.T.R. 285 (C.F.), au paragraphe 54, où j'ai dit qu'on ne devrait exiger qu'un avis soit donné aux membres de la catégorie présumée que dans des circonstances exceptionnelles. «L'exception vise le cas où le demandeur ou le défendeur entend communiquer avec les membres de la catégorie proposée selon des modalités telles qu'elles causeraient une injustice à ces personnes ou saperaient l'intégrité du recours collectif.» Dans l'affaire *Chen*, les membres de la catégorie présumée étaient des résidents permanents du Canada, et certains d'entre eux étaient à l'étranger. Les membres qui sont à l'étranger communiqueraient probablement avec des agents des visas canadiens pour tenter d'obtenir l'autorisation de revenir au Canada. Par conséquent, les membres de la catégorie présumée pourraient veiller à leurs intérêts et l'intégrité de la catégorie proposée ne serait pas compromise. Au pays, les membres de la catégorie présumée qui sont renvoyés ne maintiendraient pas de liens avec des fonctionnaires canadiens. En ce qui concerne les personnes qui ne sont pas représentées par un avocat en particulier, il peut être déraisonnable de s'attendre à ce qu'elles soient au courant de l'exercice d'un recours collectif. On ne saurait blâmer les défendeurs pour cet état de choses; tel est tout simplement l'effet du renvoi. À mon avis, il s'agit de circonstances exceptionnelles qui justifient un certain genre d'intervention.

[51] Dans leurs prétentions, les défendeurs ont déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Subsidiairement, si cette Cour conclut que la possibilité de réduction de la catégorie présumée constitue un préjudice irréparable, et, par conséquent, si elle est portée à

Court could ask the Respondents if they would be willing to provide each member of the putative class with a “potential class action information sheet” at the time of their removal from Canada. This information could contain the contact information for Mr. Waldman, reference to the CBSA website information where information on the development of the proposed class action could be posted. In such a scenario, no members of the putative class removed from Canada, would be excluded from choosing to participate in the proposed class action.

[52] Even though I am not granting the “class injunction”, I believe that this suggestion has merit. Accordingly, I will direct that counsel to this motion work together to develop a protocol incorporating the elements in the above. A simple notice to persons being removed whose PRRAs were completed between December 12, 2003 and October 8, 2004 together with CBSA website information would be sufficient for notice purposes. The parties should report back to me within two weeks, hopefully with an agreement on the form of notice and related matters. If the parties cannot reach agreement, they may return to this Court for further directions.

[53] To be very clear, removals scheduled for between now and finalization of these arrangements may proceed.

#### CONCLUSION

[54] For the reasons above, the motion for injunctive relief will be denied. However, parties will be directed to prepare a notice to be provided to members of the putative class who are removed.

[55] For those members of the putative class whose removals were stayed pending the outcome of this proceeding, their stays will be vacated.

accorder une «injonction collective», la Cour pourrait demander aux défendeurs s'ils sont prêts à remettre à chaque membre de la catégorie présumée, au moment du renvoi, un «feuillelet d'information concernant la possibilité d'un recours collectif». Ce feuillelet pourrait désigner une personne-ressource pour M. Waldman et faire référence au site web de l'ASFC dans lequel des renseignements sur l'évolution du recours collectif envisagé seraient affichés. Dans ces conditions, aucun membre de la catégorie présumée qui est renvoyé du Canada ne serait exclu de la participation au recours collectif envisagé.

[52] Même si je n'accorde pas l'«injonction collective», je crois que cette suggestion est valable. Je demanderai donc aux avocats en cause dans la présente requête de collaborer en vue d'élaborer un protocole dans lequel les éléments susmentionnés seront incorporés. Un simple avis aux personnes qui sont renvoyées et dont l'ERAR a été effectué entre le 12 décembre 2003 et le 8 octobre 2004 ainsi que la fourniture de renseignements dans le site web de l'ASFC constitueraient un avis suffisant. Les parties devront me faire rapport d'ici deux semaines; il faut espérer qu'elles se seront entendues sur la forme de l'avis et sur les questions connexes. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre, elles pourront s'adresser à la Cour pour obtenir des directives additionnelles.

[53] Je tiens à préciser que les renvois qui doivent avoir lieu d'ici le moment où ces dispositions auront été prises pourront aller de l'avant.

#### CONCLUSION

[54] Pour les motifs susmentionnés, la requête visant l'obtention d'une injonction sera rejetée. Toutefois, il est ordonné aux parties de préparer un avis destiné à être signifié aux membres de la catégorie présumée qui sont renvoyés.

[55] Quant aux membres de la catégorie présumée qui bénéficient d'un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi dont ils font l'objet en attendant le résultat de la présente instance, le sursis est annulé.

## APPENDIX A

Nalliah (IMM-9071-04)

- Risk assessed twice (CRDD and PRRA)—LTTE
- Removal date: November 24, 2004 (was served on November 10, 2004)
- Made refugee claim in 1999; CRDD excluded him in June 2002 because of LTTE membership; had CRDD not excluded him under Article 1F(a) [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], he would have been found to be CR.
- Application for leave of negative CRDD decision dismissed in October 2002 (IMM-3217-02).
- September 2004: negative PRRA

Chellapah (IMM-8907-04)

- Risk assessed three times (one refugee claim, two PRRAs)
- (Respondent agreed to defer removal until disposition of injunction)
- Made refugee claim in June 2000; refused in February 2002 because no credible/trustworthy evidence and no objective basis for the claim.
- Application for leave of negative refugee decision dismissed in July 2002 (IMM-1094-02).
- September 2003: refused PRRA
- November 2003: applicants deported to U.S.A.
- August 2004: applicants return to Canada and make 2nd PRRA, which is refused in September 2004;

## APPENDICE A

Nalliah (IMM-9071-04)

- Risques examinés à deux reprises (SSR et ERAR)—LTTE
- Date de renvoi: 24 novembre 2004 (signifié le 10 novembre 2004)
- A revendiqué le statut de réfugié en 1999; la SSR l'a exclu au mois de juin 2002 en raison de son appartenance aux LTTE; si la SSR ne l'avait pas exclu en vertu de l'art. Fa) [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] le statut de réfugié lui aurait été reconnu.
- Demande d'autorisation relative à la décision défavorable de la SSR rejetée au mois d'octobre 2002 (IMM-3217-02).
- Septembre 2004: ERAR défavorable

Chellapah (IMM-8907-04)

- Risques examinés à trois reprises (une revendication du statut de réfugié, deux ERAR)
- (Le défendeur a convenu de reporter le renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'injonction)
- A revendiqué le statut de réfugié au mois de juin 2000; la revendication a été rejetée au mois de février 2002 parce qu'il n'y avait pas de preuve crédible et digne de foi et que la revendication était objectivement dénuée de fondement.
- Demande d'autorisation relative à la décision défavorable qui avait été rendue au sujet du statut rejetée au mois de juillet 2002 (IMM-1094-02).
- Septembre 2003: ERAR refusé
- Novembre 2003: les demandeurs ont été expulsés des États-Unis.
- Août 2004: les demandeurs sont revenus au Canada et ont demandé un deuxième ERAR, qui a été refusé au mois de septembre 2004.

Sinnappu (IMM-8978-04)

- Risk assessed four times (CRDD, risk-based H&C, 2 PRRAs)
- Court granted interim stay until disposition of injunction
- April 1998: refused refugee decision (no application for leave filed)
- December 2003: 1st negative PRRA
- February 2004: risk-based H&C application denied (no application for leave filed)
- June 2004: Snider J. grants a stay on the 1st PRRA because delay in serving him.
- July 2004: applicant makes 2nd PRRA
- October 2004: 2nd PRRA is denied and applicant seeks leave.

Velayutham (IMM-8910-04)

- Risk assessed four times (CRDD, risk-based H&C, 2 PRRAs)
- Respondent agreed to defer removal until disposition of injunction
- September 2000: refused CRDD decision (FC dismissed leave January 2001 in IMM-5063-00);
- August 2003: risk-based H&C denied.
- August 2003: 1st negative PRRA

Sinnappu (IMM-8978-04)

- Risques examinés quatre fois (SSR, demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire dans laquelle le risque était en cause, 2 ERAR)
- La Cour a accordé une suspension provisoire tant qu'il ne serait pas statué sur l'injonction
- Avril 1998: décision défavorable relativement au statut de réfugié (aucune demande d'autorisation n'a été présentée)
- Décembre 2003: premier ERAR défavorable
- Février 2004: rejet de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire dans laquelle le risque était en cause (aucune demande d'autorisation n'a été présentée)
- Juin 2004: la juge Snider a accordé une suspension à l'égard du premier ERAR pour le motif qu'on avait tardé à donner signification au demandeur.
- Juillet 2004: le demandeur a sollicité un deuxième ERAR.
- Octobre 2004: le deuxième ERAR a été refusé et le demandeur sollicite une autorisation.

Velayutham (IMM-8910-04)

- Risques examinés quatre fois (SSR, demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire dans laquelle le risque était en cause, 2 ERAR)
- Le défendeur a convenu de reporter le renvoi tant qu'il ne serait pas statué sur l'injonction.
- Septembre 2000: décision défavorable de la SSR (la CF a rejeté l'autorisation au mois de janvier 2001 dans le dossier IMM-5063-00);
- Août 2003: rejet de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire dans laquelle le risque était en cause.
- Août 2003: premier ERAR défavorable

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• November 2003: applicants deported to U.S.A.</li> <li>• June 2004: applicants return to Canada and make 2nd PRRA application</li> <li>• September 2004: 2nd negative PRRA (applicants seek leave in October 2004)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Novembre 2003: les demandeurs ont été expulsés aux États-Unis</li> <li>• Juin 2004: les demandeurs sont revenus au Canada et ont présenté une deuxième demande d'ERAR</li> <li>• Septembre 2004: deuxième ERAR défavorable (les demandeurs ont sollicité une autorisation au mois d'octobre 2004)</li> </ul> |
|---|---|

Gomez (IMM-9398-04)

- Risk assessed at least three times (RPD and 2 PRRAs; it is unclear whether they also have risk-based H&C)
- Removal date: November 17th at 8:55 a.m. to Costa Rica
- May 2003: refused refugee decision
- October 2003: submits H&C application which is pending
- February 2004: 1st negative PRRA
- April 24, 2004: original removal date, but enforcement officer deferred removal until the end of the school year.
- July 2004: applicants get stay until final determination of their 2nd PRRA made in June 2004.
- September 2004: 2nd negative PRRA

Subramaniam (IMM-9040-04)

- Risk assessed at least twice (CRDD and PRRA; it is unclear whether pending H&C application is risk-based); criminality

Gomez (IMM-9398-04)

- Risques examinés au moins trois fois (SSR et deux ERAR; il n'est pas clair qu'ils aient également présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire dans laquelle le risque était en cause)
- Date du renvoi: 17 novembre à 8 h 55, au Costa Rica
- Mai 2003: décision relative au statut de réfugié défavorable
- Octobre 2003: a présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui est encore en instance
- Février 2004: premier ERAR défavorable
- 24 avril 2004: date initiale du renvoi, mais l'agent chargé de l'exécution a reporté le renvoi jusqu'à la fin de l'année scolaire.
- Juillet 2004: les demandeurs ont obtenu une suspension tant qu'une décision définitive ne serait pas prise au sujet du deuxième ERAR effectué au mois de juin 2004.
- Septembre 2004: deuxième ERAR défavorable

Subramaniam (IMM-9040-04)

- Risques examinés au moins deux fois (SSR et ERAR; il n'est pas clair que la question des risques soit en cause dans la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui est en instance); criminalité

- 
- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>— Removal date: November 22, 2004 (was served on November 10)</li><li>• November 1997: found to be CR, but status vacated in January 2004 because he never disclosed that he was also a citizen of Germany.</li><li>• February 2004: makes an H&amp;C application (which is pending)</li><li>• October 2004: negative PRRA</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>— Date du renvoi: 22 novembre 2004 (signifié le 10 novembre)</li><li>• Novembre 1997: le statut de RC a été reconnu, mais il a été annulé au mois de janvier 2004, parce que le demandeur n'avait jamais révélé qu'il était également citoyen allemand.</li><li>• Février 2004: a présenté une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire (qui est encore en instance)</li><li>• Octobre 2004: ERAR défavorable.</li></ul> |
|--|--|

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Motion by applicant in connection with application for judicial review for rulings in applicant's favour on certain objections raised by respondent during examination of respondent's affiant (examination of Mr. Phaneuf)—Judicial review concerning two requirements to provide documents, information under Income Tax Act—Applicant claiming, in context of application for judicial review, information requirements form of intimidation against him as well as abuse of process, violation of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 because information sought by respondent purportedly already provided in past in response to other information requirements—However, in order to substantiate point, applicant should have produced in support of main affidavit evidence, preliminary evidence requested information in fact already provided—Applicant did not do so—During examination of Mr. Phaneuf, applicant could have attempted to bring past information, explored circumstances justifying respondent's continued requirement for specific information set out in information requirements—By trying to access more or less all of Mr. Phaneuf's investigation file, applicant went on something of fishing expedition hoping to find some evidence in Mr. Phaneuf's file supporting applicant's own legal arguments—Respondent's objections therefore reasonable based on applicable law on potential scope of examination on affidavit in judicial review proceedings—Motion dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part 1 of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.

FABI V. M.N.R. (T-89-04, 2004 FC 439, Morneau P., order dated 24/3/04, 4 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of decision by visa officer dismissing applicant's application for permanent residence in "immigrant

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

investor" class—On April 2, 2003, officer dismissed application because applicant did not comply with Immigration and Refugee Protection Act, s. 16(1)—Visa officer not persuaded applicant's funds came from legal, legitimate sources—Officer determined applicant's failure made her inadmissible to Canada—In order to allow visa application, visa officer must be convinced prospective immigrant not inadmissible to Canada—In order for default to provide documents to justify refusal to issue visa, documents must be relevant in light of circumstances of file under review—Whether relevant to require documentary evidence of revenues earned by applicant between 1984 and 1989—Value of applicant's shares in applicant's company, making up majority of assets declared on permanent residence application, established by company's financial statements dating from 1996—Possible to determine based on documents applicant's current assets, primarily accumulated in recent years, obtained legally and legitimately—Approach advocated by visa officer not correct as placing too heavy burden on applicant—Visa officer erred in basing decision refusing application solely on applicant's inability to provide documents from over 15 years ago and not really relevant to application for permanent residence—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 16(1).

LAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4532-03, 2004 FC 770, Rouleau J., order dated 27/5/04, 8 pp.)

### IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of interlocutory decision of Immigration and Refugee Board (Board) dismissing motion to dismiss Minister of Citizenship and Immigration's (Minister) application to vacate applicants' Convention refugee status—Applicants granted refugee status on May 6, 1993—In 1994, as result of anonymous tip, Minister alleged adult applicant's fingerprints matched those of "SK", person who had unsuccessfully claimed refugee status in 1987—1999 application to vacate applicant's refugee status dismissed for insufficiency of

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

evidence as to similarity of fingerprints—In early 2001, Minister filed for leave to file second application to vacate under Refugee Protection Division Rules (Rules), r. 55 on basis of new evidence (photograph) received from Swiss government—In May 2001, member of Board advised applicants of second application to vacate—Applicants' motion to dismiss application to vacate on basis of *res judicata* dismissed—Board found neither abuse of process nor negligence by Minister—Board found issue of estoppel did not arise—Whether judicial review of interlocutory decision available to applicants—Where decision critical to scope of final decision and of sufficient significance, judicial review available, even though generally interlocutory decisions not subject to judicial review—Interlocutory decision herein defining scope of ultimate decision and of sufficient significance as to warrant judicial review—Immigration and Refugee Protection Act, s. 109 permitting overturning of refugee status secured by misrepresentation—R. 55(1) permitting Minister or claimant to apply to Division to reopen decided or abandoned refugee protection claim—R. 56(1) permitting Minister or protected person to apply to Division to reopen application to vacate refugee protection—Establishes regime for subsequent attempts to vacate refugee protection—S. 109 discretion parallels that exercised in application of *res judicata*—In exercise of discretion, Division must have regard to such principles as cause of action estoppel, issue estoppel—Here, cause of action estoppel applicable as same adjudicative body, same parties, same issue involved—Evidentiary base different—Scope of discretion in case of cause of action estoppel may be narrower than in case of issue estoppel—Common law discretion must take secondary role to power given to Division by statute—Given legislative scheme, to extent *res judicata* in form of cause of action estoppel applies, discretion accorded by Parliament specifically vests Division with jurisdiction to consider application to vacate (or to reopen)—Board exercised discretion properly, took into account relevant factors, reached reasonable decision—However, Board did not consider whether Minister applied under proper rule—R. 55 applies to first attempt to vacate—Minister had no right to bring second application to vary under r. 55—Appropriate remedy found in r. 56 which gives Minister specific right to apply to reopen first application to vary even though had been decided—Application granted in part and matter remitted to Board for determination with leave to respondent to amend application to invoke r. 56—Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 55, 56—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 109.

LOGESWAREN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3775-03, 2004 FC 866, Phelan J., order dated 22/6/04, 9 pp.)

Judicial review of refusal of permanent residence—Application for permanent residence as independent skilled

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

worker assessed and denied under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) and Immigration and Refugee Protection Regulations (June 2002) (IRPR) five months after came into effect—Application forms signed in January 2002, received in London, England in February 2002—Whether respondent breached duty of fairness in failing to provide applicant with notice of changes in legislation before denying application notwithstanding public notice of anticipated changes in Canada Gazette—Applicant relying on decision of *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763 (C.A.) and arguing respondent had duty to inform him of new assessment criteria prior to refusing him—Respondent submits decision in *Kazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. (F.C.) 161 distinguishable because applicant in *Kazi* not given reasonable period of time to further complete or perfect application after coming into force of IRPA and IRPR but here, applicant had more than five months—IRPA, s. 2(2) providing references to Act including regulations made under it—S. 190 mandating applications under former Act pending when IRPA coming into force to be governed by IRPA—Pursuant to IRPR, s. 361, January 1, 2002 critical date for applications being considered under IRPA or former Act—Respondent not having duty to directly inform applicant of changes that took place with passing of IRPA and IRPR and how transitional provisions affected assessment of application—First, ignorance of law neither defence, nor sword to claim procedural right to be informed of changes in law—Second, applicant had assistance of immigration consultant who was clearly aware of proposed changes—Third, no mention in affidavit of any other attempt on his part to keep informed about immigration process—Fourth, onus on applicants to demonstrate meet selection requirements—Both *Choi* and *Kazi* distinguishable—In *Choi* respondent's department failed to provide accurate information to applicants—Moreover, information provided after applicant had made specific inquiry with visa office—*Kazi* not applicable here, given length of time applicant had from coming into force of IRPA to ultimate decision on application—Applicant had nearly five months to complete, add information to application—In *Kazi* application rejected only 33 days after change in law, an unreasonably short time period for applicant to become informed about new legislation—In those circumstances visa officer should have "promptly informed" applicant that he would now be assessed under new criteria—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(2), 190—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 361.

AKRAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4286-03, 2004 FC 826, Mosley J., order dated 8/6/04, 13 pp.)



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Appeal from grant of citizenship under Citizenship Act (Act), s. 5(1)(c)—Respondent entered Canada as permanent resident on April 22, 1999 and then began employment with Nova Chemicals Corp., Canadian petrochemical company—Employment required him to make frequent international travels—He applied for Canadian citizenship in September 2002, at which time he had been physically present in Canada for 653 days out of required 1095, resulting in shortfall of 442 days—Respondent presented evidence to demonstrate centralized mode of existence in Canada, including that his spouse and child live in Canada—Citizenship Judge found all of respondent's absences temporary in nature, for purposes of Canadian employment, and respondent always considered Canada as home—Statutory residence requirements under Act, s. 5(1)(c)—Citizenship Judge applied flexible six-part test in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.)—Test not solely depending on number of days applicant physically present in Canada—Citizenship Judge clearly misapplied factors to consider under *Koo (Re)* test—Act, s. 5(1)(c) requires applicant acquire at least 3 years of residence within 4 years immediately preceding date of application—While *Koo (Re)* test allows residency to be interpreted such that physical presence may not be required for entire three-year period, cannot be used to deem applicant to have been physically present for requisite period if absent for 1 1/2 years—Respondent not maintaining residential base in Canada or paying Canadian income tax while living in Switzerland—Even though obtained returning resident permit, maintained Canadian bank account, Canadian medical insurance, provincial driver's licence, and put furniture into storage during extended absence in Switzerland, insufficient to meet *Koo (Re)* test for deemed physical presence—In *Koo (Re)*, short absences counted after individual physically present so as to have centralized existence in Canada—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. YAN (T-673-03, 2004 FC 864, Kelen J., order dated 15/6/04, 8 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board (IRB) (*B.T.C. (Re)*, [2003] R.P.D.D. No. 213 (QL)) applicant not "Convention refugee" within meaning of Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 96, not "person in need of protection" within meaning of Act, s. 97—Applicant citizen of Colombia, engaged to one Andres Puerta Zapata (*Zapata*)—Following dispute, *Zapata* hit applicant, repeated act on several occasions in course of relationship, until applicant left home—On April 10, 2001, Revolutionary

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

Armed Forces of Columbia (FARC) slipped letter under apartment door demanding money to assure applicant's safety—*Zapata* indifferent to event, told applicant should pay—Applicant not able to confirm that *Zapata* and his friends part of FARC group, but fearing for life, left apartment and returned to live with parents—Applicant received phone call from *Zapata* informing her he knew applicant resigned from position, filed police report, applicant now in danger—Applicant stated she left country on August 20, 2001, arriving in Canada same day—IRB doubted applicant's credibility as applicant apparently left country due to extortion but also for fear of conjugal violence—As for *Zapata's* very existence, applicant had no tangible evidence of *Zapata's* existence, and police report did not refer to incidents of conjugal violence, possibility *Zapata* tied to FARC—Police report stating applicant victim of extortion by FARC—IRB erred in finding applicant wrote report intended for police, report contradicted applicant's story—Applicant justified in questioning panel's role as "laboratory of documentary expertise"—IRB wrote at paragraph 25 of decision: "When comparing the colour copies, the logo from the originals produced by the claimant at the hearing showed a greenish yellow band rather than a pure yellow in the copy produced from the Web site."—Panel expert neither in printing nor in website design—Clear and patently unreasonable error—Further, IRB not allowing applicant to address issue, not giving her opportunity to respond—Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

QUINTERO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1534-03, 2004 FC 568, Harrington J., order dated 15/4/4, 10 pp.)

## CROWN

## CREDITORS AND DEBTORS

Amounts held in trust—Four appeals from decisions (*Canada (Attorney General) v. National Bank of Canada*, 2002 DTC 7468 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. National Bank of Canada*, 2002 CTC 7477 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Caisse Populaire Desjardins de Lebel-sur-Quévillon*, 2002 DTC 7493 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Caisse Populaire d'Amos*, 2002 DTC 7484 (F.C.T.D.)) dismissing appellant's actions to recover source deductions deducted and not remitted on ground appellant failed to comply with provincial law in order to give effect to deemed trust mechanism created under Income Tax Act (ITA), s. 227(4), (4.1) and Employment Insurance Act (EIA), s. 86(2.1)—Provisions stipulating every person deducting, withholding amount under Acts deemed to hold amount in trust for Her Majesty—Respondents seized, took in payment, obtained by surrender movable property secured by movable hypothec, eventually received proceeds of sale on

**CROWN—Continued**

account of claim—Under ITA, s. 227(4.1), EIA, s. 86(2.1) appellant gave formal notice to respondents to pay Receiver General proceeds from sale of property subject to security interest up to amount of source deductions “withheld but not remitted” by tax debtors—Respondents ignored notices, recovery proceedings commenced, ultimately dismissed by trial Judge—Trial Judge erred in law in characterizing respondents as *bona fide* purchasers, thereby excluding from deemed trust property they had taken in payment, seized or obtained by surrender—S.C.C. explained in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411 Parliament may assign absolute priority to deemed trust by using precise language—S.C.C. also explains, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, [2002] 2 S.C.R. 720, deemed trust resembles floating charge hovering over all assets of tax debtor in amount of default—Banks, Caisses in present cases not comparable to third party purchasers escaping provisions of deemed trust—As secured creditors, property over which they asserted security interest continued to be subject to deemed trust, remained so at time of sale—Whether provincial law applied in supplementary capacity to federal scheme governing appropriate procedure by Crown in asserting rights under ITA, s. 227(4.1), EIA, s. 86(2.1)—Possibility that provincial law may apply as supplementary law now provided in Interpretation Act, ss. 8.1, 8.2—In assuring application of federal enactment in province, reference to province’s law of property and civil rights as supplementary law, must be necessary, not contrary to federal law—ITA and EIA deemed trust provisions complete, explicit as to effect on property taken in possession by secured creditors in exercise of security interest—Parliament not confined to particular method in establishing collection measures—Positive obligation on secured creditor to pay Receiver General proceeds from property subject to trust could not be clearer—Secured creditor not complying with statutory obligation to pay Receiver General proceeds of property subject to deemed trust in priority over security interest personally liable, thereby liable for unpaid amount—Contrary to trial Judge’s belief, appellant subject to limitation period even if civil law did not apply since Crown Liability and Proceedings Act does apply—Possible uncertainty in allowing Crown to be paid in priority justified by fact source deductions “at heart” of income tax collection in Canada—Whether common law notion of “beneficial ownership” can be used in Quebec by Parliament irrelevant—Task of courts limited to discovering Parliament’s intention and giving effect to it—Trial Judge did not have to determine whether Crown’s “beneficial ownership” had priority over respondents’ rights under civil law—Simply had to record fact respondents had received proceeds of property subject to deemed trust, to enforce obligation to pay proceeds to Receiver General in priority over security interest—Appeals allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 227—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 86(2.1)—Interpretation Act, R.S.C.,

**CROWN—Concluded**

1985, c. I-21, s. 8.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 4, s. 8), 8.2 (as enacted *idem*)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. NATIONAL BANK OF CANADA (A-626-02, A-627-02, A-628-02, A-629-02, 2004 FCA 92, Noël J.A., judgment dated 5/3/04, 22 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Motion to strike statement of claim—Action for declaration, by way of summary judgment, that judgment of United States District Court for the District of Hawaii for US \$402,213.48 be recognized, enforced as judgment of Federal Court—Defendant submitting Court lacking jurisdiction to recognize, enforce US judgment—Since shipbuilding contract not matter of maritime law under American law, US District Court’s judgment not one of court exercising maritime jurisdiction—Federal Court having jurisdiction in respect of “any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship” under Federal Courts Act, s. 22(2)(i)—Plaintiff pleading sufficient facts to arguably engage Court’s jurisdiction—Issue not whether US District Court exercising maritime jurisdiction but whether claim under Canadian law falling under Canadian maritime law—Based on Federal Courts Act, s. 22(2)(i), facts pleaded, at least arguable claim falling under Canadian maritime law—Recognition, enforcement of US District Court judgment better left to summary judgment motion as status of that judgment in some doubt given dissolution of named plaintiff—Motion dismissed—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(i) (as am. *idem*, s. 31).

KONA CONCEPT INC. V. GUIMOND BOATS LIMITED (2005 FC 214, T-1694-04, Phelan J., order dated 10/2/05, 6 pp.)

**PATENTS**

AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) sought order prohibiting Minister of Health from issuing Notice of Compliance (NOC) to Apotex Inc. (Apotex) for its Apo-Omeprazole tablets until expiration of patent No. 1338377 (‘377 patent)—Claim I covering pharmaceutical composition for inhibition of gastric acid secretion comprised of basic inorganic salt stabilizing agent (potassium, sodium or aluminium salts) and enteric coating—Apotex sent Notice of Allegation (NOA) in respect of Apo-Omeprazole tablets for oral administration in 10, 20 and 40 mg strengths, alleged no claim for medicine itself, no claim for use of medicine in ‘377 patent, would be infringed by making, constructing, using, selling tablets—AstraZeneca commenced present application, arguing NOA deficient because fails to identify active ingredient in tablets; NOA abuse of process because not separate, distinct from previous NOA’s for same product;

## PATENTS—Continued

allegation of non-infringement not justified because product would contain potassium, sodium or aluminium salt—Fact that evidence of Apotex' witness previously found not credible of little assistance in evaluating credibility on specific issues before Court, and argument no weight should be given to witness' testimony because of alleged mistake in respect of entirely unrelated issue in another proceeding, rejected—However, personal interest of witness in matter, lack of expertise in certain areas addressed in affidavit, can affect, diminish weight of evidence—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(3)(c)(ii) not requiring second person to identify "active ingredient" or "drug" in NOA—Court adopting approach to interpretation of Regulations summarized in *Parke-Davis Division v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 2 F.C. 514 (C.A.), applied in *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140 (C.A.)—Desired specificity achieved by reference to dosage form, strength, route of administration—Apotex not failing to meet requirements of s. 5(3)(c)(ii)—As to whether name of active ingredient in tablets required to be disclosed pursuant to s. 5(3)(a), name of active ingredient not relevant to specific allegation put forth by Apotex—NOA read to mean allegation justified by fact tablets would not contain any of "specified stabilizing agents"—This statement sufficient and complete whatever active ingredient used in Apotex' tablets—If this interpretation wrong, NOA deficient because did not include all facts on which Apotex based assertion that sodium salts in tablets not stabilizing agent—Detailed statement required by s. 5(3)(a) must be complete (*AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.))—Statement that does not include all prior art relied upon by second person deficient—Concerning abuse of process, after review of evidence (transcripts, affidavits, documentation with respect to studies), Court satisfied Apotex withdrew previous NOAs because of technical difficulties, abuse of process not established—S. 6(1) (NOC) proceeding not action for infringement—Court need only determine whether facts assumed or proven and legal assertions made justify specific allegation of non-infringement—AstraZeneca having burden of convincing Court allegation of non-infringement unjustified by showing: (1) statements assumed true would not in law give rise to conclusion patent would not infringe; (2) all or most of facts relied upon by Apotex to justify allegation wrong—Allegation here founded on absence of listed stabilizing agents in tablets (potassium, sodium, aluminium salts)—Thus to establish allegation of non-infringement not justified, AstraZeneca had only to establish, on balance of probability, that tablets would include potassium, sodium or aluminium salt—AstraZeneca argued cross-examination of Apotex' witness revealing carboxymethylcellulose and sodium croscaremellose in Apotex' tablets are sodium salts—Argued failure of Apotex' witness to answer questions in relation to latter ingredient entitled Court to make negative inference substance found in core of tablets

## PATENTS—Continued

is sodium salt—Court not accepting argument because objections of Apotex well-founded: AstraZeneca could not use production of updated version of product monograph to cross-examine witness a second time on issue—Court also refusing to draw negative inference since AstraZeneca knew what ingredients would be used in tablets, and it had means of determining whether carboxyme-thylcellulose or sodium croscaremellose sodium salts—As for sodium croscaremellose, AstraZeneca stated Apotex' witness admitted substance a sodium salt—Court agreeing that no weight should be given to Apotex' witness' statement that tablets would not contain any of stabilizing agents specified in '377 patent—However, because testimony not definite confirmation that substance is sodium salt and that NOA incorrect, and because AstraZeneca presented no expert evidence on matter, Court not satisfied that presumption of truth applicable to factual statements in NOA rebutted—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(3)(a) (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2), (c)(ii) (as am. by SOR/99-379, s. 2, 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5).

ASTRAZENECA CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-660-02, 2004 FC 647, Gauthier J., order dated 29/4/04, 37 pp.)

## PRACTICE

AstraZeneca Canada Inc. (applicant or AstraZeneca) seeking judicial review of Minister of Health's (Minister) refusal to add Canadian Patent No. 2186037 ('037 patent) to patent register relative to "Losec" (omeprazole) delayed-release capsule in 40-mg dosage—'037 patent issued in April 2002—On May 14, 2002, applicant requested listing of '037 patent on register—Referenced earlier Supplemental New Drug Submission (SNDS) dated July 2000, for company name change—Listing refused on ground earlier submission filed for change in manufacturer name not sufficient to permit listing of patent—Food and Drug Regulations (Regulations) requiring Notice of Compliance (NOC) to be obtained after submission made to Minister—Various types of submissions, in particular, "new drug submission" (NDS) pursuant to Regulations, s. C.08.002(1)(a), "abbreviated new drug submission" (ANDS) pursuant to s. C.08.002.1(1), and "Supplement" (SNDS) to either NDS or ANDS pursuant to s. C.08.003(1)(a)—Regulations not requiring any particular information to be provided about manufacturer's name or change in manufacturer's name—Regulations require manufacturer to submit new submission when significant change in respect of any of matters identified in s. C.08.003(2), including description of new drug, brand name or identifying name or code, and specifications of ingredients—Definition of NOC in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) incorporates definition in Regulations—For purposes of NOC Regulations,

**PATENTS—Concluded**

“submission for notice of compliance” is NDS, ANDS, supplement to either of them—Whether NOC issued in response to something other than NDS, ANDS or SNDS allows holder of NOC to submit patent list pursuant to NOC Regulations, s. 4(4)—According to evidence, applicant filed submission to Minister relative only to change of its name, in accordance with policy concerning change of manufacturer’s name—Submission not relating to any change in composition of drug or any of constituent components—SNDS in issue not addressing different indication for applicant’s pharmaceutical product—Patent list can be submitted either at time person files submission for NOC (NOC Regulations, s. 4(3)) or within 30 days after issuance of patent issued on basis of application that has filing date predating date of filing submissions (s. 4(4))—Applicant claims to meet requirements of s. 4(4) and says it is entitled to have patent list included on patent register—Minister has complete discretion to accept or reject patent list—Time-lines for submitting patent list critical factor in making decision—Purpose of NOC Regulations to balance effective enforcement of patent rights and earliest possible entry of generic drugs into market, after issuance of NOC—Operation of NOC Regulations connected with assessment of safety and efficacy of pharmaceutical products, pursuant to Regulations—Reasonable to conclude underlying submission for patent list be related to purpose of regulatory scheme—Here, relationship not apparent—Underlying submission only for administrative change in record of manufacturer’s name—Minister correctly interpreted Regulations in refusing to list ‘037 patent—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3)—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.08.002 (as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4), C.08.002.1 (as enacted *idem*, s. 5), C.08.003 (as am. *idem*, s. 6).

ASTRAZENECA CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1954-02, 2004 FC 736, Heneghan J., order dated 20/5/04, 21 pp.)

**PENITENTIARIES**

On September 24, 2001, applicant and 15 other correctional officers working in living units A to H at Kent maximum security penitentiary in British Columbia refused to carry out their duties because of alleged danger created by recent order restricting ability to carry handcuffs at their discretion—Health and safety officer determined applicant, colleagues not in “danger” as defined in Canada Labour Code (Code), but ruled Correctional Service of Canada in contravention of Code, s. 124 by not allowing officers to carry handcuffs at their discretion—On appeal, decision as to absence of danger confirmed, finding of contravention of s. 124 reversed—Applicant seeking judicial review on basis appeal officer improperly construing new definition of “danger” in Code and

**PENITENTIARIES—Continued**

ignoring evidence, particularly as to increased risk of injury in longer struggles with prisoners—As to s. 124 decision, applicant arguing appeal officer applied wrong standard of proof and again, ignored evidence, particularly as to whether unavailability of handcuffs has ever led to injury and as to impact of carrying personal paging device on risk faced by correctional officers—Evidence correctional officers actually involved in violent altercations with inmates more likely than others to wear handcuffs regularly—Correctional officers working in segregation unit and correctional supervisors (K-12) permitted to routinely wear handcuffs— Also handcuffs available in four control post bubbles— “Danger” as used in Code, s. 128 defined in s. 122(1)—With addition of words such as “potential” and “future” activity in 2000 amendment, Code no longer limited to specific factual situations existing at time employee refusing to work—Injury or illness may not happen immediately upon exposure, but needs to happen before condition or activity altered—Thus, absence of handcuffs on correctional officer involved in altercation with inmate must reasonably be expected to cause injury before handcuffs made available from control post bubble or through K-12 supervisor, or any other means of control provided—Definition not requiring reasonable expectation condition or activity will cause injury every time occurs—Not necessary to precisely establish time when potential condition or hazard or future activity will occur— Definition used by appeal officer flawed—Court also not satisfied appeal officer considered opinion expressed by correctional officers based on their experience—Such evidence clearly on point, but not dealt with—As to conclusion risk inherent to applicant’s employment, applicant conceded job description involves risk of possible hostage-taking, injury or danger when dealing with violent and hostile offenders—But argued order restricting ability to carry handcuffs variation of normal conditions of employment and constituted increase of risk or danger—No indication in decision appeal officer considered this argument—Finding apparently based on simple fact risk of assault always present in environment such as Kent penitentiary—Could not evaluate if increased risk of injury “normal condition of employment” because did not consider it to be more than unproven hypothesis—Because appeal officer failed to consider evidence on core issue on which final conclusion rests, decision set aside—As to contravention of Code, s. 124, appeal officer’s statement “there is no evidence unavailability of handcuffs, due to correctional officers not carrying them on their person, has ever led to injury”, inaccurate—If intended to refer only to evidence to which decision maker gave any weight, in view of evidence on file, particularly testimony concerning experience of correctional officer, appeal officer should have explained, even if succinctly, basis of conclusion—Failure to consider this evidence constituting reviewable error—Court not satisfied that if appeal officer had considered all evidence, conclusion would have necessarily been the same, especially since risk

**PENITENTIARIES—Concluded**

assessment referred to in decision not specifically discussing risk of injury in event of spontaneous assault where first officer to respond to personal paging device not K-12 supervisor—Judicial review allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 122 “danger” (as am. by S.C. 2000, c. 20, s. 2), 124 (as am. *idem*, s. 5), 128 (as am. *idem*, s. 10).

VERVILLE V. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (T-1207-02, 2004 FC 767, Gauthier J., order dated 26/5/04, 26 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Canada Pension Plan-Old Age Security Review Tribunal’s decision payments of guaranteed income supplement benefit (GIS benefit) should be made to respondent even though failed to submit application within one-year post-mortem deadline—Mr. Reisinger died in September 2000—Application for old age security (OAS) pension submitted on behalf of estate May 14, 2001—On July 10, Human Resources and Development Canada (HRDC) requested reasons why deceased had not applied for OAS pension himself and for additional documentation—Also forwarded two applications for GIS benefit, with request application be returned within 90 days, i.e. by October 8—Completed application, additional documentation required not filed until January 28, 2002—March 4, 2002 letter indicated HRDC yet to receive requested documents, information, and if no response within 60 days would assume respondent no longer wished to apply for benefit—On April 24, HRDC approved OAS application, but denied application for GIS benefit because received outside one-year deadline—Minister declined to exercise Old Age Security Act, s. 32 discretion to deem GIS application received within statutory deadline due to administration error or erroneous advice—Review Tribunal found administrative error because as late as March 4, 2002 HRDC seeking response to request for additional information even though missing documentation sent January 28, 2002—Concluded initial 90-day notice, further 60-day notice amounted to waiver by HRDC of statutory limitation period—Record indicating Minister declined to apply s. 32 discretion because failure to submit GIS benefit application on time led to denial of benefit, not administrative error—Reviewing Court limited to ensuring discretion conferred on Minister by statute not applied in unreasonable or contrary to law manner; Court cannot exercise discretion in Minister’s place—No merit to argument Minister estopped from objecting to Review Tribunal’s jurisdiction since entitled to object to exercise of jurisdiction contrary to law—Minister’s conduct not abuse of process—90- and 60-day extensions intended to allow applicant to complete processing of OAS application—GIS benefit application not submitted within statutorily allowed

**PENSIONS—Concluded**

deadline, and no provision for extension—Court could not review Minister’s decision not to exercise discretion under s. 32 as application for judicial review not made within 30 days of decision—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 32.

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES AND DEVELOPMENT) V. REISINGER ESTATE (T-1203-03, 2004 FC 893, Kelen J., order dated 23/6/04, 11 pp.)

**PRIVACY**

Judicial review of respondent’s decision not to disclose draft reasons (notes) prepared by member of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board)—Board member dictated notes after hearing adjourned using same equipment used to record proceedings—Dictation transcribed but Board not retaining copy of transcription as of opinion belonged to Board member—Decision not to disclose notes object of complaint to Privacy Commissioner of Canada, who determined notes not under Board’s control, and therefore not subject to disclosure—Privacy Act (Act), s. 12(1)(b) giving every Canadian citizen, permanent resident right to access to personal information about individual under control of government institution—In *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)* (2000), 257 N.R. 66, Federal Court of Appeal held notes made by quasi-judicial decision makers in course of carrying out independent adjudicative function not in control of administrative tribunal but, rather, in control of member himself—Underlying reasoning in both Trial ([1996] 3 F.C. 609) and Appeal decisions in *Canada (Privacy Commissioner)* applies here—Deference should generally be accorded to independence of decision makers exercising adjudicative function—Like *Canada Labour Relations Board*, Board herein quasi-judicial tribunal—Members are Governor in Council appointees, not employees of Board—They exercise independent adjudicative function—Board not requiring Board member to keep draft reasons or notes but encouraging members to keep notes—All notes, including draft reasons, prepared by Board members considered to belong to Board member—Mere use of Board’s equipment to record notes not making them part of official record—Taking into account quasi-judicial nature of Board and context in which made, notes not under control of Board and likely exempt from disclosure under Act, s. 22(1)(b), as disclosure would compromise operation of Board—Application dismissed—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1)(b), 22(1)(b).

TUNIAN V. CANADA (CHAIRMAN OF THE IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD) (T-691-03, 2004 FC 849, Martineau J., order dated 10/6/04, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE****LABOUR RELATIONS**

Judicial review of decision by Adjudicator member of Public Service Staff Relations Board of Canada (Adjudicator) (2002 PSSRB 89) refusing to retain jurisdiction with regard to claims, damages in grievance of applicant, lawyer at Department of Justice against whom complaint of sexual harassment filed—Deputy Minister of Justice validated investigators' findings complaint satisfied legal requirements of sexual harassment, imposed numerous disciplinary sanctions—Applicant filed grievance against measures with Public Service Staff Relations Board—Adjudicator allowed applicant's grievance but determined inappropriate "to retain jurisdiction in respect of additional claims in complainant's grievance"—Applicant submitting Adjudicator infringed elementary rules of natural justice in deciding inappropriate to retain jurisdiction without hearing parties—Further, in failing to retain jurisdiction on aspect claimed specifically in applicant's grievance without objection first being raised to Adjudicator's jurisdiction, Adjudicator refused to exercise jurisdiction, made reviewable error on jurisdictional issue giving rise to judicial review—Right of public employee, unionized or not, to file grievance, to refer it to arbitration provided by Public Service Staff Relations Act (Act), s. 92(1)(b)—Whether additional claim based on facts relating to situation provided under s. 92(1)(b)—In this case, since claim arises from disciplinary action resulting in suspension, monetary penalty, no question claim closely connected to character of dispute—Respondent's argument Adjudicator's jurisdiction under Act extends only to ordering monetary compensation for loss of salary and benefits caused by suspension could not succeed—In fact, if Adjudicator's jurisdiction so limited, Adjudicator not empowered either to award damages for Charter violations, as recognized by Supreme Court in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929—Adjudicator erred on jurisdictional issue in finding inappropriate to retain jurisdiction with respect to additional claims contained in grievance, without hearing parties—Application allowed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68).

BÉDIRIAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1987-02, 2004 FC 566, Tremblay-Lamer J., order dated 14/4/04, 11 pp.)

**SELECTION PROCESS***Merit Principle*

Judicial review of Appeal Board's (Board) decision dismissing applicants' appeals for lack of jurisdiction on basis staffing action complained of not amounting to an "appointment"—Following program review conducted in early 1996 in context of integration with Fisheries and Oceans

**PUBLIC SERVICE—Continued**

Canada, Canadian Coast Guard (CCG) facing reduction involving both large and small vessel fleets which would have significant impact on employees—As result, CCG examined different crewing structures and methods of operation to deliver programs—Decided to change 166 full-time indeterminate positions to indeterminate seasonal positions—Treated as workforce adjustment situation based on discontinuance of year-round function—All three applicants successfully competed for various seasonal positions, but did not accept offers of seasonal employment as they were unwilling to give up existing full-time positions, essentially for financial reasons—In first year of seasonal employment, seasonal ship's officers, crews worked full-time continuously—In 2001, CCG converted seasonal indeterminate employees into full-time indeterminate employees without competition—Applicants appealing such conversions—To determine whether staffing situation constituted appointment for purposes of Public Service Employment Act (Act), ss. 21(1), 21(1.1), Board adopted test set out in *Abercrombie v. Canada (Attorney General)* (2000), 185 F.T.R. 300 (F.C.T.D.)—Board's decision subject to review on standard of correctness—Review of principles governing Act, ss. 10 (merit principle), 21 (right of appeal)—Application of merit principle and right of appeal under s. 21 not depending on how department labels particular staffing action or how it considers what it has done as creating or not creating position and appointing someone to that position—Whether particular staffing action violates merit principle depends upon particular circumstances—Board erred in interpreting test set out in *Abercrombie* as applying to only three circumstances which would therefore exclude from scrutiny application of merit principle to other staffing actions not fitting into set mould—Ensuring application of merit principle to new situations, circumstances best reflecting Parliament's intention in enacting ss. 10, 21—Board not approaching issue before it in contextual manner—Clear from Board's decision, perspective limited to immediate impact of conversion—Board failed to look at totality of circumstances surrounding staffing actions, including examining why seasonal positions created, why competitions held, who competed, why successful candidates declined to accept seasonal job offers, what level of jumps those who took up seasonal job offers obtained—Board erred in relying upon Treasury Board's undoubted authority over terms and conditions of employment to shield conversion from application of merit principle—PSEA, not Financial Administration Act, governing rights of these applicants—No basis in Act, Regulations or case law for Board's finding "appointment" under Act must involve promotion—Conversion from indeterminate seasonal positions to indeterminate full-time positions constituted appointments within meaning of Act, s. 21, over which Board had jurisdiction and each applicant has right of appeal—Application allowed—Public Service Employment Act,

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 21 (as am. *idem*, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).

BAUR V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-896-02, 2004 FC 725, Lemieux J., order dated 19/5/04, 24 pp.)

**TRADE-MARKS**

Appeal under Trade-marks Act (Act), s. 56(1) from decision by Trade-marks Opposition Board (the Registrar) dismissing applicant's opposition to application for registration of trade-mark "Barbie's & design" in association with restaurants and catering services filed by predecessor in title of corporate respondent (respondent)—Applicant also asking by way of application for judicial review for order Mattel, Inc. be recognized retroactively as true opponent in proceedings—Application for registration based on use of mark "Barbie's & design" since October 1992, in association with "restaurant services, take-out restaurant services, catering and banquet services"—In 1995, applicant opposing application for registration on ground mark caused confusion with several "Barbie" trade-marks registered by applicant in association with dolls, doll accessories, other related products—Registrar dismissed opposition, finding respondent's mark "Barbie's & design" did not cause confusion with opponent's trade-mark—All relevant factors listed in Act, s. 6(5) must be evaluated—One of key factors in this case striking difference between wares—Factor must be given considerable weight when wares compared significantly different—This is what Registrar did—Respondent's restaurants located within province of Quebec offering variety of different meals intended for adult clientele—Applicant's "Barbie mark" enjoys extensive worldwide reputation in association with dolls, related accessories, targets market of 3- to 11-year-old girls—On appeal of decision by Registrar, Court will not intervene unless appellant (applicant herein) demonstrates Registrar erred in law, in weighing facts—Nevertheless, when additional evidence is filed under Act, s. 56(5), this Court has more latitude in dealing with Registrar's decision—However, new evidence must be sufficiently substantial to warrant trial *de novo*—In this case, additional evidence filed by applicant adding nothing new in itself to warrant review of Registrar's decision—No significant conclusion can be drawn from survey results filed by applicant on issue of confusion—Survey showing blatant, determinative shortcomings undermining relevance considerably—Fact that respondent's restaurants serving adults essential information that should have been revealed to participants in survey in order for results of survey to have merit, which was not done—Application of "first impression" test not requiring consumer be unaware of context, exact nature of wares, services, business in association with which trade-mark at issue is used

**TRADE-MARKS—Concluded**

—Participants familiar with nature of services of respondent's restaurant, business would have been in best position to determine likelihood of confusion between two trade-marks—Such surveys, to have probative value, cannot take place in a vacuum, as was case here—Surey therefore not conclusive, cannot establish existence of real likelihood of confusion—Notoriety of mark only one factor to consider—Notoriety of mark not meaning there will automatically be confusion—Mark's fame could not be marketing trump card such that other factors thereby obliterated—In this case, difficult to imagine that individual would show up at one of respondent's restaurants intending to buy Barbie dolls—In short, Registrar's decision reasonable—Clear from all evidence analysed no reasonable likelihood of confusion between two marks—Appeal dismissed, application allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 56.

MATTEL, INC. V. 3894207 CANADA INC. (T-717-02, 2004 FC 361, Rouleau J., order dated 11/3/04, 20 pp.)

**EXPUNGEMENT**

Appeal from decision by Registrar of Trade-marks (Registrar) confirming registration of trade-mark "In Vino Veritas" bearing registration number TMA 202357 following application to expunge mark filed by applicant under Trade-marks Act, s. 45—Registrar of opinion mark perceived as distinct from coat of arms on owner's (i.e. respondent's) labels—Applicant submitting Registrar erred in fact, law in determining respondent had proved use of trade-mark, in applying test developed in *Nightingale Interloc Ltd. v. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 (T.N. Opp. Bd.)—When trade-mark used in combination with additional materials, it can amount to use of mark if as matter of first impression public perceives mark *per se* used as trade-mark—Test requiring Registrar to compare mark as registered with mark as used—Registrar did not make analysis—Registered mark at issue not accompanied by decorative material—Use of mark very different—Always appears on scroll of respondent's coat of arms, indistinguishable from coat of arms—Differences between mark as registered and mark as used so significant that unreasonable for Registrar to infer that consumer as matter of first impression would perceive mark as distinct mark—Respondent failed to establish use of registered mark—Registrar's errors of law, fact open decision to review—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200).

BROUILLETTE V. ANDRÉS WINES LTD. (T-1622-03, 2004 FC 812, Tremblay-Lamer J., order dated 7/6/04, 7 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du 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.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Requête du demandeur, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, afin de faire trancher en sa faveur certaines objections formulées par le défendeur dans le cadre de l'interrogatoire de l'affiant de ce dernier (l'interrogatoire de M. Phaneuf)—Le contrôle judiciaire porte sur deux demandes de production de documents et de renseignements en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le demandeur soutient, dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire, que ces demandes de renseignements constituent un geste d'intimidation à son encontre ainsi qu'un abus de droit et une entrave à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés au motif que l'information recherchée par le défendeur lui aurait déjà été transmise par le passé suite à l'envoi d'autres demandes de renseignements—Or, pour établir ce point, le demandeur aurait dû produire au soutien de son affidavit principal la preuve ou un début de preuve qu'effectivement l'information recherchée avait déjà été produite—Il ne l'a pas fait—Lors de l'interrogatoire de M. Phaneuf, le demandeur aurait pu chercher à porter à l'attention de M. Phaneuf ces informations passées et explorer alors avec lui les circonstances qui font que ce dernier recherche toujours l'information précise qu'il décrit dans ses demandes de renseignements—En tentant d'avoir accès plus ou moins à l'ensemble du dossier d'enquête de M. Phaneuf, le demandeur s'est lancé dans un exercice de la nature d'une expédition de pêche dans l'espoir de trouver au dossier de M. Phaneuf des preuves pour soutenir ses prétentions en droit—Les objections formulées par le défendeur sont donc fondées en raison de la jurisprudence applicable quant à la portée que peut prendre un interrogatoire sur un affidavit souscrit dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—Requête rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], art. 8.

FABI C. M.R.N. (T-89-04, 2004 CF 439, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 24-3-04, 4 p.)

## BREVETS

AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) a demandé une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. (Apotex) pour ses comprimés d'Apo-Oméprazole avant l'expiration du brevet canadien n<sup>o</sup> 1338377 (le brevet '377)—La revendication 1 porte sur une composition pharmaceutique pour l'inhibition de la sécrétion de l'acide gastrique, comprenant un sel inorganique basique stabilisant (sels de potassium, de sodium et d'aluminium) et un enrobage gastrorésistant et entérosoluble—Apotex a envoyé un avis d'allégation au sujet de ses comprimés d'Apo-Oméprazole pour administration orale en concentrations de 10, 20 et 40 mg, dans lequel elle a allégué qu'aucune revendication du brevet '377 portant sur le médicament lui-même ou sur l'utilisation du médicament ne serait contrefaite par la production, la fabrication, l'utilisation ou la vente de ces comprimés—AstraZeneca a déposé la présente demande dans laquelle elle affirme que l'avis d'allégation est insuffisant car il n'identifie pas le principe actif contenu dans les comprimés; l'avis d'allégation constitue un abus de procédure car il n'est pas séparé et distinct des avis d'allégation antérieurs transmis au sujet du même produit; l'allégation de non-contrefaçon n'est pas fondée parce que le produit contiendrait un sel de potassium, de sodium ou d'aluminium—Le fait que le témoignage du témoin d'Apotex a été rejeté auparavant parce qu'il n'était pas un témoin crédible n'est pas d'un grand secours pour évaluer la crédibilité de ce témoin en regard des questions spécifiques que doit trancher la Cour, et l'argument selon lequel le témoignage ne devrait recevoir aucun poids parce qu'il y aurait une erreur au sujet d'une affaire complètement distincte dans une autre procédure a été rejeté—Toutefois, l'intérêt personnel du témoin dans l'affaire et son manque d'expertise dans certains domaines abordés dans son affidavit peuvent affecter et diminuer le poids de son témoignage—L'art. 5(3)c)(ii) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) ne prescrit pas à la seconde personne d'identifier le «principe actif» ou la «drogue» dans son avis d'allégation—La Cour a adopté, pour interpréter le Règlement, l'approche résumée dans l'arrêt *Parke-Davis*

**BREVETS—Suite**

*Division c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 2 C.F. 514 (C.A.), et appliquée dans l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140 (C.A.)—La spécificité recherchée est obtenue par les mentions de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration—Il ne peut être reproché à Apotex de ne pas avoir satisfait aux prescriptions de l'art. 5(3)c(ii)—Quant à la question de savoir si le nom du principe actif des comprimés devait être divulgué en vertu de l'art. 5(3)a, ce nom n'était pas pertinent à l'égard de l'allégation spécifique présentée par Apotex—Selon l'interprétation faite de l'avis d'allégation, l'allégation était justifiée par le fait que les comprimés ne contiendraient aucun des «agents stabilisants spécifiés»—Cette affirmation est suffisante et complète, quel que soit le principe actif utilisé dans les comprimés d'Apotex—Si cette interprétation n'est pas fondée, l'avis d'allégation était insuffisant parce qu'il n'incluait pas tous les faits sur lesquels Apotex fondait son affirmation que les sels de sodium présents dans ses comprimés n'étaient pas des agents stabilisants—L'énoncé détaillé requis par l'art. 5(3)a doit être complet (*AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (C.A.F.))—L'énoncé qui n'inclut pas tous les éléments de l'état de la technique sur lesquels se fondait la seconde personne est insuffisant—En ce qui concerne la question de l'abus de procédure, après avoir examiné la preuve (transcriptions, affidavits, documentation produite au sujet des études), la Cour était convaincue qu'Apotex avait retiré ses avis d'allégations antérieurs en raison de difficultés techniques et que l'abus de procédure n'avait pas été établi—La procédure prévue à l'art. 6(1) du Règlement n'est pas une action en contrefaçon—La Cour doit uniquement décider si les faits présumés ou établis et les allégations juridiques formulées justifient l'allégation spécifique de non-contrefaçon—Il incombe à AstraZeneca de convaincre la Cour que l'allégation de non-contrefaçon n'est pas justifiée en prouvant les éléments suivants: 1) les déclarations tenues pour vraies n'entraîneraient pas en droit une conclusion de non-contrefaçon de brevet; 2) tous les faits ou la plupart des faits invoqués par Apotex pour justifier son allégation sont faux—En l'espèce, l'allégation était fondée sur l'absence de tout agent stabilisant énuméré (sel de potassium, de sodium ou d'aluminium) dans les comprimés—Ainsi, pour établir que l'allégation de non-contrefaçon n'est pas justifiée, AstraZeneca devait seulement établir, selon la prépondérance de la preuve, que les comprimés incluraient un sel de potassium, de sodium ou d'aluminium—AstraZeneca a fait valoir que le contre-interrogatoire du témoin d'Apotex a établi que la carboxyméthylcellulose de sodium et la croscaremellose sodique contenues dans les comprimés d'Apotex sont des sels de sodium—Elle a prétendu que, par suite du défaut du témoin d'Apotex de répondre aux questions posées relativement à ces ingrédients, la Cour était fondée à faire une déduction défavorable et à conclure que cette substance, présente dans le

**BREVETS—Suite**

noyau des comprimés, est un sel de sodium—La Cour n'a pas accepté cet argument parce qu'elle a conclu au bien-fondé des objections d'Apotex: AstraZeneca ne pouvait profiter de la production d'une version mise à jour de la monographie de produit pour contre-interroger une deuxième fois le témoin sur cette question—La Cour a aussi refusé de tirer une déduction défavorable parce que AstraZeneca savait quels ingrédients seraient utilisés dans les comprimés et qu'elle avait les moyens d'établir si la carboxyméthylcellulose ou la croscaremellose sodique sont des sels de sodium—En ce qui concerne la croscaremellose sodique, AstraZeneca a déclaré que le témoin d'Apotex avait admis que cette substance était un sel de sodium—La Cour a convenu qu'on ne devait accorder aucun poids à la déclaration du témoin d'Apotex selon laquelle les comprimés ne contiendraient aucun des agents stabilisants spécifiés dans le brevet '377—Toutefois, comme le témoignage n'est pas une confirmation décisive que la substance est un sel de sodium et que l'avis d'allégation est inexact et comme AstraZeneca n'a présenté aucun témoignage d'expert sur ce point, la Cour n'est pas persuadée que la présomption de véracité applicable aux déclarations de fait de l'avis d'allégation a été réfutée—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(3)a (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2), c)(ii) (mod. par DORS/99-379, art. 2(5)), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5).

ASTRAZENECA CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-660-02, 2004 CF 647, juge Gauthier, ordonnance en date du 29-4-04, 37 p.)

**PRACTIQUE**

AstraZeneca Canada Inc. (la demanderesse ou AstraZeneca) sollicite le contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé (le ministre) d'ajouter le brevet canadien n° 2186037 (le brevet '037) au registre des brevets relativement aux capsules de 40 mg à libération contrôlée «Losec» (oméprazole)—Le brevet '037 a été délivré en avril 2002—Le 14 mai 2002, la demanderesse a demandé l'inscription du brevet '037 au registre des brevets—Elle renvoyait au supplément à la présentation de drogue nouvelle (SPDN) de juillet 2000 en vue de faire modifier le nom de la compagnie—L'inscription du brevet a été refusée parce que la présentation qui avait pour objet de changer le nom du fabricant ne suffisait pas à justifier cette inscription—Le Règlement sur les aliments et drogues (le Règlement) prévoit que, pour obtenir un avis de conformité, une présentation doit être soumise au ministre—Il y a divers types de présentations, à savoir la «présentation de drogue nouvelle» (PDN) visée à l'art. C.08.002(1)a) du Règlement, la «présentation abrégée de drogue nouvelle» (PADN) visée à l'art. C.08002.1(1) et le «supplément» (SPDN) soit à une PDN soit à une PADN et dont il est question à l'art. C.08.003(1)a)—Le Règlement n'exige pas que des

**BREVETS—Suite**

renseignements particuliers soient fournis au sujet du nom du fabricant ou du changement du nom du fabricant—Il oblige le fabricant à soumettre une nouvelle présentation lorsqu'un changement important survient dans l'un ou l'autre des éléments énumérés à l'art. C.08.003(2), notamment en ce qui concerne la description de la drogue nouvelle, sa marque nominative ou le nom ou code sous lequel il est proposé de l'identifier et les spécifications de ses ingrédients—La définition que le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement sur l'avis de conformité) donne de l'«avis de conformité» incorpore la définition qu'on trouve dans le Règlement—Pour l'application du Règlement sur l'avis de conformité, une PDN, une PADN et un supplément à l'une ou l'autre sont assimilés à une «demande d'avis de conformité»—Il s'agit de savoir si un avis de conformité délivré en réponse à quelque chose d'autre qu'une PDN, une PADN ou un SPDN permet à celui à qui l'avis de conformité a été délivré de soumettre une liste de brevets conformément à l'art. 4(4) du Règlement sur l'avis de conformité—Suivant la preuve produite, la demanderesse a soumis au ministre une présentation qui portait seulement sur son changement de nom et ce, conformément à la politique concernant le changement dans le nom du fabricant—La présentation ne se rapporte à aucun changement dans la composition de la drogue et dans l'une quelconque des composantes qui la constituent—Le SPDN en cause ne porte pas sur une indication différente du produit pharmaceutique de la demanderesse—Une liste de brevets peut être soumise au moment où l'intéressé dépose une demande d'avis de conformité (art. 4(3) du Règlement sur l'avis de conformité) ou dans les 30 jours suivant la délivrance du brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité (art. 4(4))—La demanderesse affirme qu'elle satisfait aux exigences de l'art. 4(4) et soutient qu'elle a le droit de faire inscrire sa liste de brevets au registre des brevets—Le ministre a toute latitude pour accepter ou rejeter une liste de brevets—Le délai auquel est assujéti le dépôt de la liste de brevets est un facteur critique lorsqu'il s'agit de prendre cette décision—Le Règlement sur l'avis de conformité vise à renforcer l'équilibre entre l'assurance d'un mécanisme qui permet de faire véritablement respecter les droits conférés par les brevets et la garantie que les médicaments génériques soient commercialisés aussitôt que possible, après la délivrance de l'avis de conformité—Il existe un lien entre l'application du Règlement sur l'avis de conformité et l'appréciation de l'inocuité et de l'efficacité des produits pharmaceutiques qui doit être faite conformément au Règlement—Il est raisonnable de conclure que la demande sous-jacente d'inscription d'une liste de brevets doit être compatible avec les objectifs du régime réglementaire—En l'espèce, ce lien n'était pas évident—La demande sous-jacente vise seulement un changement administratif au dossier par la modification du nom du

**BREVETS—Fin**

fabricant—Le ministre a correctement interprété le Règlement en refusant d'inscrire le brevet '037 au registre des brevets—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3)—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002 (mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4), C.08.002.1 (édicte *idem*, art. 5), C.08.003 (édicte *idem*, art. 6).

ASTRAZENECA CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1954-02, 2004 CF 736, juge Heneghan, ordonnance en date du 20-5-04, 21 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI***Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas rejetant la demande de résidence permanente de la demanderesse présentée dans la catégorie des «immigrants investisseurs»—Le 2 avril 2003, l'agent a rejeté la demande car la demanderesse ne s'est pas conformée à l'art. 16(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—L'agent des visas n'était pas convaincu que les fonds de la demanderesse provenaient de sources légales et légitimes—L'agent a jugé que le défaut de la demanderesse de fournir les documents pertinents exigés la rendait interdite de territoire—Pour faire droit à la demande de visa, l'agent des visas doit être convaincu que l'immigrant éventuel est une personne qui n'est pas interdite de territoire—Pour que le défaut de fournir des renseignements puisse justifier le refus d'émettre un visa, ces renseignements doivent être pertinents, à la lumière des particularités du dossier examiné—Était-il pertinent d'exiger la preuve documentaire des revenus accumulés par la demanderesse entre 1984 et 1989?—La valeur des parts de la demanderesse dans son entreprise, qui compose la majeure partie des actifs déclarés sur son formulaire de demande de résidence permanente, a été démontrée par les états financiers de l'entreprise depuis 1996—Il est possible de conclure à partir de ces documents que les avoirs actuels de la demanderesse, principalement accumulés au cours des dernières années, ont été obtenus de façon légale et légitime—L'approche préconisée par l'agent des visas ne peut pas tenir puisqu'elle impose un fardeau trop lourd à la demanderesse—L'agent des visas a erré en fondant sa décision de refus uniquement sur l'incapacité de la demanderesse à fournir des documents qui dataient d'une quinzaine d'années et qui n'étaient pas véritablement pertinents quant à la demande de résidence permanente—Demande accueillie—Loi sur

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 16(1).

LAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4532-03, 2004 CF 770, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-5-04, 8 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), qui a rejeté une requête en rejet de la demande du ministre d'annuler le statut de réfugié au sens de la Convention des demanderesse—Les demanderesse ont obtenu le statut de réfugié le 6 mai 1993—En 1994, à la suite d'un «tuyau» anonyme, le ministre a allégué que les empreintes digitales de la demanderesse adulte correspondaient à celles de «SK», une personne qui avait demandé le statut de réfugié en 1987—En 1999, le ministre a déposé une demande d'annulation du statut de réfugié de la demanderesse, demande qui a été rejetée pour insuffisance de preuve quant à la similarité des empreintes digitales—Au début de 2001, le ministre a demandé l'autorisation de déposer une seconde demande d'annulation en application de la règle 55 des Règles de la Section de la protection des réfugiés (les Règles) en se fondant sur un nouvel élément de preuve (photographie) reçu du gouvernement de la Suisse—En mai 2001, un commissaire a informé les demanderesse quant à la seconde demande d'annulation—Les demanderesse ont déposé une requête en rejet de la demande d'annulation alléguant qu'il y avait chose jugée—Cette requête a été rejetée—La Commission a conclu qu'il n'y avait ni abus de la procédure ni négligence de la part du ministre—Sur la question de la chose jugée, la Commission a conclu qu'il n'y avait pas irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige—Les demanderesse peuvent-elles obtenir le contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire?—Bien que de façon générale les décisions interlocutoires ne soient pas assujetties au contrôle judiciaire, lorsqu'une décision est cruciale quant à la décision finale et qu'elle a suffisamment d'importance, elle peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire—En l'espèce, la décision interlocutoire définit effectivement la portée de la décision finale et son importance justifie le contrôle judiciaire—L'art. 109 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés permet d'annuler le statut de réfugié obtenu par suite de présentations erronées—La règle 55(1) permet au ministre ou au demandeur de demander à la Section de rouvrir toute demande d'asile qui a fait l'objet d'une décision ou d'un désistement—La règle 56(1) permet au ministre ou à la personne protégée de demander à la Section de rouvrir la demande d'annulation de la décision octroyant l'asile—Cette disposition prévoit la possibilité de demander de nouveau l'annulation du statut de réfugié—Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 109 est

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

semblable à celui qui doit être exercé pour l'application des principes de la chose jugée—Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la Section doit tenir compte de principes tels que l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action et l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige—En l'espèce, le principe de l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action est applicable parce qu'il s'agit du même organisme décideur, des mêmes parties et de la même question—Ce qui diffère, c'est la preuve—L'étendue du pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action pourrait être moins grande que lorsqu'il s'agit d'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige—Le pouvoir discrétionnaire conféré par la common law doit jouer un rôle secondaire par rapport au pouvoir conféré à la Section par une loi—Vu le régime prévu par cette loi, jusqu'à la limite où la chose jugée, dans son principe de l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action, s'applique, le législateur confère expressément à la Section le pouvoir discrétionnaire de statuer sur une demande d'annulation (ou de la rouvrir)—La Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement, prenant en considération les facteurs pertinents, et elle a rendu une décision raisonnable—Cependant, elle n'a pas pris en considération la question de savoir si le ministre avait présenté sa demande en vertu de la bonne disposition des Règles—La règle 55 s'applique dans le cas de la première demande d'annulation—Le ministre n'avait pas le droit de présenter la seconde demande en vertu de cette disposition—La règle 56 fournit le recours approprié; cette disposition accorde expressément au ministre le droit de demander de rouvrir la première demande d'annulation, même si une décision a déjà été prise—Demande accueillie en partie, l'affaire étant renvoyée à la Commission, avec autorisation au défendeur de modifier sa demande pour la fonder sur la règle 56—Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 55, 56—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 109.

LOGESWAREN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3775-03, 2004 CF 866, juge Phelan, ordonnance en date du 22-6-04, 9 p.)

Contrôle judiciaire du rejet d'une demande de résidence permanente—La demande de résidence permanente présentée en tant que travailleur qualifié indépendant a été évaluée et rejetée suivant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) et le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (juin 2002) (RIPR) cinq mois après leur entrée en vigueur—Des formulaires de demande signés en janvier 2002 ont été reçus à Londres, en Angleterre, en février 2002—Il s'agit de savoir si le défendeur a manqué à l'obligation d'agir équitablement en omettant de fournir au

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

demandeur, avant de rejeter sa demande, un avis à l'égard des modifications à la loi, malgré l'avis public paru dans la Gazette du Canada relativement aux modifications projetées—Le demandeur se fonde sur l'arrêt *Choi c. Canada* (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1992] 1 C.F. 763 (C.A.), et prétend que le défendeur avait l'obligation de l'informer des nouveaux critères d'appréciation avant de rejeter sa demande—Le défendeur prétend que la décision *Kazi c. Canada* (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), [2004] 1 R.C.F. 161 (C.F.), est différente parce que dans l'affaire *Kazi* le demandeur n'avait pas eu une période raisonnable pour remplir sa demande ou la mettre en état après l'entrée en vigueur de la LIPR et du RIPR, alors que dans la présente affaire le demandeur a eu plus de cinq mois pour le faire—L'art. 2(2) de la LIPR prévoit que toute mention de la Loi vaut mention des règlements pris sous son régime—L'art. 190 prévoit que la LIPR s'applique aux demandes présentées suivant l'ancienne Loi qui sont pendantes lors de son entrée en vigueur—Suivant l'art. 361 du RIPR, le 1<sup>er</sup> janvier 2002 est la date importante pour établir si les demandes doivent être examinées suivant la LIPR ou l'ancienne Loi—Le défendeur n'était pas tenu d'informer directement le demandeur des modifications survenues par l'adoption de la LIPR et du RIPR et des conséquences qu'avaient les dispositions transitoires sur l'évaluation de sa demande—Premièrement, l'ignorance de la loi ne peut pas être utilisée à titre de moyen de défense ou à titre d'arme pour prétendre à un droit procédural d'être informé des modifications de la loi—Deuxièmement, le demandeur était assisté par un conseiller en immigration qui était clairement au courant des modifications projetées—Troisièmement, dans son affidavit le demandeur ne mentionne pas avoir fait d'autres tentatives pour être informé à l'égard du processus d'immigration—Quatrièmement, il appartient aux demandeurs de démontrer qu'ils respectent les exigences de sélection—L'arrêt *Choi* et la décision *Kazi* sont différents de la présente affaire—Dans l'arrêt *Choi*, le ministère du défendeur avait omis de fournir des renseignements exacts au demandeur—De plus, les renseignements avaient été fournis au demandeur après qu'il eut fait une demande d'information précise au bureau des visas—La décision *Kazi* n'est pas applicable en l'espèce compte tenu de la longue période dont le demandeur a bénéficié entre l'entrée en vigueur de la LIPR et la décision définitive à l'égard de sa demande—Le demandeur a eu près de cinq mois pour compléter les renseignements et en ajouter sur sa demande—Dans la décision *Kazi*, la demande a été rejetée seulement 33 jours après la modification de la loi, une période déraisonnablement courte pour permettre au demandeur d'être informé de la nouvelle loi—Dans ces circonstances, l'agent des visas aurait dû voir à ce que le demandeur soit «sans délai informé» qu'il serait maintenant apprécié suivant les nouveaux critères—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(2), 190—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 361.

AKRAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4286-03, 2004 CF 826, juge Mosley, ordonnance en date du 8-6-04, 15 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel qui vise l'attribution de la citoyenneté suivant l'art. 5(1c) de la Loi sur la citoyenneté—Le défendeur est entré au Canada en tant que résident permanent le 22 avril 1999 et il a ensuite commencé à travailler pour Nova Chemicals Corp., une entreprise canadienne de pétrochimie—Son emploi l'obligeait à effectuer fréquemment des voyages à l'étranger—Il a présenté une demande de citoyenneté canadienne en septembre 2002, date à laquelle il avait été physiquement présent au Canada pendant 653 jours sur les 1 095 jours requis, ce qui entraînait un manque à gagner de 442 jours de présence—Le défendeur a présenté des éléments de preuve pour démontrer qu'il a centralisé son mode d'existence au Canada, notamment que son épouse et son enfant vivent au Canada—La juge de la citoyenneté a conclu que dans tous les cas le défendeur s'était absenté de façon temporaire, aux fins d'un emploi au Canada, et qu'il considérait toujours que c'est au Canada qu'il était chez lui—Les exigences législatives en matière de résidence sont prévues à l'art. 5(1c) de la Loi—La juge de la citoyenneté a appliqué le critère flexible en six volets énoncé dans la décision *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.), qui ne dépend pas seulement du nombre de jours pendant lesquels un demandeur a été physiquement présent au Canada—Il est clair que la juge de la citoyenneté a mal appliqué les facteurs à prendre en compte suivant le critère énoncé dans la décision *Koo (Re)*—L'art. 5(1c) de la Loi exige qu'un demandeur ait au moins 3 ans de résidence au cours des 4 ans qui précèdent sa demande de citoyenneté—Bien que le critère énoncé dans la décision *Koo (Re)* permette que la résidence soit interprétée de façon à ce que la présence physique puisse ne pas être requise pour toute la période de trois ans, ce critère ne peut pas être utilisé pour permettre qu'un demandeur soit réputé avoir été physiquement présent pour la période requise s'il a été absent pendant un an et demi—Le défendeur n'a pas conservé une résidence au Canada ou payé de l'impôt sur le revenu au Canada pendant qu'il vivait en Suisse—Même si le défendeur a obtenu un permis de retour pour résident permanent, a maintenu au Canada un compte bancaire, une assurance médicale canadienne, un permis de conduire délivré par une province et a mis ses meubles en entreposage pendant son séjour prolongé en Suisse, ce n'est pas suffisant pour

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

satisfaisant au critère énoncé dans la décision *Koo (Re)* quant à la présence physique réputée—Dans la décision *Koo (Re)*, de courtes périodes d'absence avaient été incluses dans le calcul après que l'individu avait été physiquement suffisamment présent pour montrer qu'il avait centralisé son existence au Canada—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. YAN (T-673-03, 2004 CF 864, juge Kelen, ordonnance en date du 15-6-04, 8 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) (*B.T.C. (Re)*), [2003] D.S.P.R. n° 213 (QL) concluant que la demanderesse ne satisfait pas la définition de «réfugié au sens de la Convention» telle que défini à l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi) et n'était pas une «personne à protéger» selon l'art. 97 de la Loi—La demanderesse est citoyenne de la Colombie et est fiancée à un certain Andres Puerta Zapata (Zapata)—Suite à une dispute, Zapata a frappé la demanderesse, et a répété ce geste à plusieurs reprises au cours de leur relation et ce, jusqu'à ce qu'elle quitte le domicile conjugal—Le 10 avril 2001, les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) ont glissé sous la porte de leur domicile une lettre exigeant de l'argent pour garantir la sécurité de la demanderesse—Zapata est resté indifférent à l'égard de cet événement et a dit à la demanderesse qu'elle devrait payer—La demanderesse n'était pas en mesure d'affirmer que Zapata et ses amis faisaient partie du groupe FARC, mais craignant pour sa vie, elle a quitté leur domicile et est retournée vivre chez ses parents—Zapata a alors téléphoné à la demanderesse et l'a informé qu'il savait qu'elle avait démissionné de son poste et fait un rapport à la police, et qu'elle était maintenant en danger—La demanderesse déclare avoir quitté son pays le 20 août 2001 pour arriver au Canada le même jour—La CISR met en doute sa crédibilité car il semble que la demanderesse a quitté son pays pour des raisons d'extorsion mais également par crainte de violence conjugale—Quant à l'existence même de Zapata, la demanderesse n'avait aucune preuve tangible de son existence, et le rapport de police ne faisait pas mention des incidents de violence conjugale, ou de la possibilité que Zapata ait été lié au FARC—Le rapport de police indique que la demanderesse fut victime d'extorsion de la part du FARC—La CISR a erré en concluant que la demanderesse était l'auteur du rapport destiné à la police, et que ce rapport contredisait son dire—La demanderesse a eu raison de mettre en doute la compétence de la CISR dans son rôle de «laboratoire d'expertise de documents»—La CISR a écrit au paragraphe 25 de sa décision: «Une comparaison des copies

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

couleur a révélé que le logo des originaux produits par la demanderesse à l'audience avait une bande jaune verdâtre alors que sur la copie produite à partir du site Web cette bande est d'un jaune pur.»—Le tribunal n'est pas expert en imprimerie, ni en conception de sites Web—Il s'agit d'une erreur flagrante et manifestement déraisonnable—De plus, la CISR n'a pas permis à la demanderesse de traiter de cette question, et ne lui a pas donné l'occasion d'y répondre—Demande accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

QUINTERO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1534-03, 2004 CF 568, juge Harrington, ordonnance en date du 15-4-04, 10 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Requête en radiation d'une déclaration—Poursuite devant la Cour fédérale, lui demandant de déclarer, au moyen d'un jugement sommaire, qu'un jugement pour un montant de 402 213,48 \$US rendu par la cour de district des États-Unis, district de Hawaii, soit reconnu et exécuté comme un jugement de la Cour fédérale—La défenderesse affirme que la Cour n'a pas compétence pour reconnaître et exécuter le jugement de la cour de district des États-Unis—Comme il est reconnu que, en droit américain, un contrat de construction navale ne relève pas du droit maritime, le jugement de la cour de district des États-Unis n'est pas un jugement d'une cour exerçant sa compétence en droit maritime—La Cour fédérale, en vertu de l'art. 22(2)n) de la Loi sur les Cours fédérales, a compétence dans le cas d'«une demande fondée sur un contrat de construction, de réparation ou d'équipement d'un navire»—La demanderesse a plaidé qu'il y avait suffisamment de faits pour que la compétence de la Cour soit engagée—La question n'est pas de savoir si la cour de district des États-Unis exerçait une compétence maritime mais de savoir si la présente demande en vertu du droit canadien relève du droit maritime canadien—Compte tenu de l'art. 22(2)n) de la Loi sur les Cours fédérales ainsi que des faits plaidés, du moins peut-on le prétendre, la présente demande relève du droit maritime canadien—Pour ce qui est de la reconnaissance et de l'exécution du jugement de la cour de district des États-Unis, il est préférable de traiter cette question dans le cadre de la requête en jugement sommaire demandée car l'état du jugement américain suscite un doute compte tenu de la dissolution de la demanderesse nommée—Requête rejetée—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)n) (mod., *idem*, art. 31).

KONA CONCEPT INC. C. GUIMOND BOATS LIMITED (2005 CF 214, T-1694-04, juge Phelan, ordonnance en date du 10-2-05, 6 p.)

## COURONNE

## CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Montants détenus en fiducie—Il s'agit de quatre appels à l'encontre de décisions (*Canada (Procureure générale) c. Banque nationale du Canada*, 2002 DTC 7468 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureure générale) c. Banque nationale du Canada*, 2002 CTC 7477 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureure générale) c. Caisse populaire Desjardins de Lebel-sur-Quévillon*, 2002 DTC 7493 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureure générale) c. Caisse populaire d'Amos*, 2002 DTC 7484 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) rejetant les actions de l'appelante visant le recouvrement de déductions à la source déduites et non remises au motif que l'appelante avait omis de se conformer au droit provincial afin de donner effet au mécanisme de fiducie réputée créé en vertu des art. 227(4) et (4.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) et en vertu de l'art. 86(2.1) de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE)—Ces dispositions stipulent que toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de ces lois est réputée le détenir en fiducie pour Sa Majesté—Les intimées ont saisi, pris en paiement ou obtenu par délaissement les biens mobiliers sur lesquels portait leur hypothèque mobilière et elles ont éventuellement reçu le produit de leur vente pour valoir sur leur créance—Suivant l'art. 227(4.1) de la LIR et l'art. 86(2.1) de la LAE, l'appelante a mis les intimées en demeure de verser au receveur général le produit découlant de la vente des biens assujettis à leur garantie jusqu'à concurrence des retenues à la source «effectuées mais non remises» par les débiteurs fiscaux—Les intimées ont ignoré ces mises en demeure et des procédures de recouvrement furent intentées et ultimement rejetées par le premier juge—Le premier juge a commis une erreur de droit en qualifiant les intimées d'acquéreurs de bonne foi, soustrayant ainsi les biens qu'elles ont pris en paiement, saisis ou obtenus par délaissement de la fiducie réputée—La C.S.C. a précisé dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411 que le législateur peut accorder priorité absolue à une fiducie réputée en ayant recours à un langage précis—La C.S.C. explique aussi, dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, [2002] 2 R.C.S. 720, que la fiducie réputée s'apparente à une charge flottante qui grève l'ensemble des éléments de l'actif du débiteur fiscal jusqu'à concurrence du montant en souffrance—Les Banques ou les Caisses dans les présentes affaires ne peuvent être assimilées à des tiers acquéreurs qui échapperaient aux dispositions de la fiducie réputée—Elles sont des créancières garanties de sorte que les biens sur lesquels elles ont fait valoir leur garantie sont demeurés assujettis à la fiducie réputée, et l'étaient toujours lors de leur vente—Est-ce que le droit provincial s'appliquait à titre supplétif au régime fédéral quant à la procédure à suivre par la Couronne pour faire valoir les droits qui lui sont échus selon l'art. 227(4.1) de la LIR et l'art. 86(2.1) de la LAE?—La possibilité que le droit provincial s'applique à titre supplétif est prévue aux art. 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation—Pour recourir au droit d'une province en matière de propriété et

## COURONNE—Fin

droit civil en vue d'assurer l'application d'un texte de loi fédéral dans cette province, à titre supplétif, il faut qu'il soit nécessaire de recourir à ce droit et qu'aucune règle de droit fédéral ne s'y oppose—Or, les dispositions de la LIR et de la LAE portant sur les fiducies réputées sont complètes et explicites quant à leur effet sur les biens repris par les créanciers garantis suite à l'exercice de leur garantie—Le législateur n'est astreint à aucune méthode particulière dans l'élaboration des mesures de recouvrement—L'obligation positive incombant au créancier garanti de payer au receveur général le produit découlant du bien assujetti à la fiducie ne pourrait être plus claire—Le créancier garanti ne respectant pas son obligation légale de payer au receveur général le produit d'un bien assujetti à la fiducie réputée en priorité sur sa garantie, engage sa responsabilité personnelle et devient de ce fait redevable du montant impayé—Contrairement à ce que croyait le premier juge, le recours de l'appelante serait assujetti à un délai de prescription même si le droit civil ne n'appliquait pas car la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif s'applique—L'incertitude que peut créer le fait de permettre à Sa Majesté d'être payé en priorité est justifiée par le fait que les retenues à la source sont «au cœur» de la procédure de perception de l'impôt au Canada—La question de savoir si la notion de «droit de bénéficiaire» un concept de common law, peut-être utilisée au Québec par le législateur fédéral n'est pas pertinente—La tâche des tribunaux se limite à déceler l'intention du législateur et d'y donner effet—Le premier juge n'avait pas à décider si le «droit de bénéficiaire» de la Couronne avait préséance sur les droits des intimées selon le droit civil—Il n'avait qu'à constater le fait que les intimées avaient reçu le produit des biens assujettis à la fiducie réputée et donner effet à l'obligation qu'elles avaient de payer ce produit au receveur général en priorité sur leur garantie—Appels accueillis—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 227—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2.1)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 8.1 (édicte par L.C. 2001, ch. 4, art. 8), 8.2 (édicte, *idem*)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).

CANADA (PROCUREURE GÉNÉRALE) C. BANQUE NATIONALE DU CANADA (A-626-02, A-627-02, A-628-02, A-629-02, 2004 CAF 92, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 5-3-04, 22 p.)

## FONCTION PUBLIQUE

## PROCÉDURE DE SÉLECTION

*Principe du mérite*

Contrôle judiciaire de la décision d'un comité d'appel (le tribunal) qui avait rejeté les appels des demandeurs pour



**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

défaut de compétence, estimant que l'opération de dotation en personnel qui était l'objet de la plainte n'équivalait pas à une «nomination».—À la suite d'un examen de programme effectué au début de 1996 à l'occasion de son intégration à Pêches et Océans Canada, la Garde côtière canadienne (la GCC) était confrontée à une réduction de sa flotte de gros navires comme de sa flotte de petits navires, réduction qui allait avoir une incidence significative sur ses employés.—La GCC avait donc examiné diverses structures de constitution des équipages et diverses méthodes de fonctionnement pour appliquer ses programmes.—Il fut décidé que 166 postes à temps plein et à durée indéterminée seraient changés en postes saisonniers à durée indéterminée.—Ils seraient considérés comme le résultat d'un réaménagement des effectifs par suite de la cessation de la fonction étalée sur l'année.—Les trois demandeurs ont posé leur candidature pour divers postes saisonniers et ont réussi le concours, mais ils n'ont pas accepté les offres d'emploi saisonnier car ils ne voulaient pas abandonner leurs postes existants à temps plein, essentiellement pour des raisons pécuniaires.—Au cours des douze premiers mois d'emploi saisonnier, les officiers et les équipages saisonniers ont travaillé continuellement à temps plein.—En 2001, la GCC a, sans concours, converti les employés saisonniers à durée indéterminée en employés à temps plein à durée indéterminée.—Les demandeurs ont fait appel des conversions opérées.—Pour savoir si l'opération de dotation en personnel constituait une nomination aux fins des art. 21(1) et 21(1.1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la Loi), le tribunal a adopté le critère exposé dans le jugement *Abercrombie c. Canada (Procureur général)* (2000), 185 F.T.R. 300 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La décision du tribunal était sujette à révision selon la norme de la décision correcte.—Examen des principes régissant l'art. 10 (principe du mérite) et l'art. 21 (droit d'appel) de la Loi.—L'application du principe du mérite et le droit d'appel prévu par l'art. 21 ne peuvent dépendre de la manière dont un ministère désigne telle ou telle opération de dotation ni de la manière dont il considère ce qu'il a fait comme une opération établissant ou non un poste et nommant quelqu'un à ce poste.—Le point de savoir si une opération donnée de dotation contrevient au principe du mérite dépend des circonstances particulières du cas.—Le tribunal a commis une erreur en interprétant le critère exposé dans le jugement *Abercrombie* comme un critère ne s'appliquant qu'à trois circonstances qui excluraient par conséquent de l'examen l'application du principe du mérite à d'autres opérations de dotation qui ne s'accordaient pas avec le moule établi.—L'intention du législateur lorsqu'il a promulgué les art. 10 et 21 de la Loi était de garantir l'application du principe du mérite aux nouvelles situations et circonstances.—Le tribunal n'a pas abordé d'une manière contextuelle la question qu'il devait résoudre.—Il ressort clairement de sa décision que sa perspective se limitait à l'incidence immédiate de la conversion.—Le tribunal a négligé

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

de considérer la totalité des circonstances entourant les opérations de dotation et de se demander pourquoi des postes saisonniers avaient été établis, pourquoi des concours avaient été tenus, qui s'y était présenté, pourquoi les candidats reçus avaient refusé des offres d'emploi saisonnier et quel bond en avaient obtenu ceux qui les avaient acceptés.—Le tribunal a commis une erreur en s'en remettant au pouvoir certain du Conseil du Trésor sur les conditions d'emploi pour soustraire la conversion à l'application du principe du mérite.—C'était la LEFP, non la Loi sur la gestion des finances publiques, qui régissait les droits de ces demandeurs.—Aucune disposition de la Loi ou du Règlement ni aucun précédent ne permettaient au tribunal de dire qu'une «nomination» selon la loi devait comporter une promotion.—La conversion de postes saisonniers à durée indéterminée en postes à temps plein à durée indéterminée constituait des nominations au sens de l'art. 21 de la Loi, sur lesquelles le tribunal avait compétence, et chaque demandeur dispose d'un droit d'appel.—Demande accueillie.—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 21 (mod. *idem*, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).

BAUR C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (T-896-02, 2004 CF 725, juge Lemieux, ordonnance en date du 19-5-04, 24 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique du Canada (arbitre) (2002 CRTFP 89) refusant de réserver sa compétence quant aux réclamations et aux dommages contenus dans le grief du demandeur, un avocat au ministère de la Justice contre lequel une plainte de harcèlement sexuel avait été déposée.—Le sous-ministre de la Justice a entériné la conclusion des enquêteurs que cette plainte répondait aux critères juridiques de harcèlement sexuel, et a imposé nombre de sanctions disciplinaires.—Le demandeur a déposé un grief à l'encontre de ces mesures auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique.—L'arbitre a accueilli le grief du demandeur, mais a conclu qu'il ne lui appartenait pas «de réserver compétence en ce qui a trait aux réclamations additionnelles retrouvées dans le grief» de celui-ci.—Le demandeur prétend que l'arbitre aurait contrevenu aux règles élémentaires de justice naturelle en jugeant inapproprié de réserver sa compétence et ce, sans entendre les parties.—De plus, il soumet qu'en omettant de réserver sa juridiction sur un aspect spécifiquement réclamé dans le grief du demandeur et ce, sans qu'aucune objection à sa compétence ne fut soulevée préalablement, l'arbitre a refusé d'exercer sa compétence et de ce fait, aurait commis une erreur sur une question juridictionnelle donnant ouverture au contrôle judiciaire.—Le droit d'un fonctionnaire, qu'il soit syndiqué ou non, de



**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

déposer un grief et de le renvoyer à l'arbitrage est prévue à l'art. 92(1*b*) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (Loi)—Il s'agit de déterminer si la réclamation additionnelle trouve son origine dans des faits qui sont reliés à une des situations prévues à l'art. 92(1*b*)—En l'espèce, puisque la réclamation découle d'une mesure disciplinaire qui entraînerait la suspension et une sanction pécuniaire, il est clair que la réclamation est étroitement liée au caractère du litige—La prétention du défendeur selon laquelle la compétence de l'arbitre attribuée par la Loi consiste uniquement à ordonner la compensation monétaire pour la perte de salaire et d'avantages sociaux causée par la suspension ne peut être retenue—En effet, si telle était la limite de la compétence de l'arbitre, celui-ci ne serait pas non plus habilité à accorder des dommages-intérêts pour atteinte aux droits garantis par la Charte, compétence que la Cour suprême lui a reconnu dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929—L'arbitre a commis une erreur sur une question juridictionnelle en jugeant inapproprié de réserver sa compétence en ce qui a trait aux réclamations additionnelles contenues dans le grief et ce, sans entendre les parties—Demande accueillie—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92(1*b*) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68).

BÉDIRIAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1987-02, 2004 CF 566, juge Tremblay-Lamer,  
ordonnance en date du 14-4-04, 11 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Appel interjeté en vertu de l'art. 56(1) de la Loi sur les marques de commerce (Loi) à l'encontre de la décision de la Commission des oppositions (registraire) rejetant l'opposition de la requérante contre la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Barbie's & dessin» produite par le prédécesseur en titre de l'intimée corporative (l'intimée) en association avec des restaurants et services de traiteur—La requérante demande également, par le biais d'une requête en révision judiciaire, qu'il soit ordonné que Mattel, Inc. soit reconnue de façon rétroactive comme la véritable opposante dans le présent dossier—Cette demande d'enregistrement est fondée sur l'emploi de la marque «Barbie's & dessin» depuis le mois d'octobre 1992 en association avec «restaurant services, take-out restaurant services, catering and banquet services»—En 1995, la requérante s'est opposée à cette demande d'enregistrement au motif que la marque créait de la confusion avec plusieurs marques de commerce «Barbie» enregistrées par la requérante en association avec des poupées, accessoires de poupées et autres produits connexes—Le registraire a rejeté l'opposition en concluant que la marque «Barbie's & dessin» de l'intimée ne créait pas de confusion avec la marque de l'opposante—Il est nécessaire d'évaluer

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

tous les facteurs énumérés à l'art. 6(5) de la Loi—L'un des facteurs clés en l'espèce est la différence frappante entre les marchandises—Il importe d'accorder une importance considérable à ce facteur lorsque les marchandises comparées sont sensiblement différentes—C'est ce que le registraire a fait—Les restaurants de l'intimée, qui sont situés à l'intérieur de la province de Québec, offrent une gamme de plats variés et sont destinés à une clientèle adulte—De son côté, la marque «Barbie» de la requérante jouit d'une très grande réputation mondiale en association avec des poupées et accessoires y étant rattachés et vise le marché des fillettes âgées de 3 à 11 ans—Face à un appel d'une décision du registraire, cette Cour n'interviendra que si l'appelante (la requérante en l'espèce) démontre que le registraire a erré en droit ou dans l'appréciation des faits—Néanmoins, lorsqu'une preuve additionnelle est produite selon l'art. 56(5) de la Loi, cette Cour jouit d'une plus grande latitude envers la décision du registraire—Les nouveaux éléments de preuve doivent cependant être assez importants pour justifier un procès *de novo*—En l'espèce, la preuve supplémentaire produite par la requérante n'ajoute en soi rien de nouveau justifiant une révision de la décision du registraire—Les résultats du sondage présenté par la requérante relativement à la question de confusion ne permet pas de tirer de conclusion significative—Ce sondage comporte des lacunes flagrantes et déterminantes nuisant considérablement à sa pertinence—Le fait que les restaurants de l'intimée soient des restaurants pour adultes constituait une information essentielle devant être révélée aux répondants du sondage afin qu'on puisse attribuer aux résultats de ce sondage une certaine valeur, ce qui n'a pas été fait—L'application du test de la «première impression» ne requiert pas que le consommateur ignore le contexte et la nature exacte des marchandises, services et commerces en association avec lesquels la marque de commerce en cause est utilisée—Ce sont justement les répondants ayant une connaissance de la nature des services de restaurant et du commerce de l'intimée qui auraient été les mieux placés pour déterminer la probabilité de confusion entre les deux marques de commerce—De tels sondages, pour avoir force probante, ne peuvent avoir lieu dans un vase clos, comme ce fut le cas en l'espèce—Le sondage n'est donc pas concluant et ne saurait établir l'existence d'un risque réel de confusion—La célébrité d'une marque n'est que l'un des facteurs devant être considéré—Le fait qu'une marque est célèbre ne veut pas dire qu'il y aura automatiquement confusion—La notoriété d'une marque ne saurait constituer un atout de commercialisation propre à éliminer complètement les autres facteurs—En l'espèce, il serait difficile d'imaginer qu'un individu se pointerait dans un des restaurants de l'intimée avec l'intention de se procurer des poupées Barbie—Bref, la décision du registraire était raisonnable—Il ressort clairement de la preuve analysée qu'il n'existe aucun risque raisonnable de confusion entre les deux marques de commerce—Appel rejeté; requête

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 56.

MATTEL, INC. C. 3894207 CANADA INC. (T-717-02, 2004 CF 361, juge Rouleau, ordonnance en date du 11-3-04, 20 p.)

**RADIATION**

Appel d'une décision du registraire des marques de commerce (registraire) confirmant l'enregistrement de la marque de commerce «In Vino Veritas» portant le numéro d'enregistrement TMA 202357 suite à une demande de radiation de cette marque présentée par la demanderesse en vertu de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce—Le registraire était d'avis que la marque serait perçue comme distincte des armoiries figurant sur les étiquettes de la titulaire (c.-à-d. la défenderesse)—La demanderesse soumet que le registraire a erré en fait et en droit en concluant que la défenderesse avait prouvé l'emploi de la marque en instance et qu'il a erré en fait et en droit dans l'application du test élaboré dans la décision *Nightingale Interloc Ltd. v. Prodesign Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 535 C.M.O.C.—Lorsque, tel qu'en l'espèce, une marque est utilisée en combinaison avec des éléments additionnels, cet usage peut constituer l'usage de la marque si le public, à la première impression, peut percevoir que la marque était utilisée comme marque de commerce—Le test requiert que le registraire compare la marque telle qu'enregistrée avec la marque telle qu'employée—Or, le registraire n'a pas effectué cette analyse—La marque enregistrée dont il est question ici n'est accompagnée d'aucun élément décoratif—L'emploi de la marque est fort différent—Celle-ci apparaît toujours sur le listel des armoiries de la défenderesse et est indissociable des armoiries—Les différences entre la marque telle qu'enregistrée et la marque telle qu'employée sont si importantes qu'il n'était pas raisonnable pour le registraire d'inférer qu'un consommateur sur le plan de la première impression reconnaîtrait la marque comme une marque distincte—La défenderesse n'a pas démontré qu'elle avait fait l'emploi de la marque enregistrée—Les erreurs de droit et de fait commises par le registraire donnent ouverture à la révision de sa décision—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200).

BROUILLETTE C. ANDRÉS WINES LTD. (T-1622-03, 2004 CF 812, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 7-6-04, 7 p.)

**PÉNITENCIERS**

Le 24 septembre 2001, le demandeur et 15 autres agents correctionnels travaillant dans les unités résidentielles A à H

**PÉNITENCIERS—Suite**

de l'établissement pénitentiaire à sécurité maximale de Kent, en Colombie-Britannique, ont refusé d'accomplir leurs tâches en raison d'un prétendu danger entraîné par une consigne récente leur interdisant de porter sur eux des menottes comme bon leur semblait—Un agent de santé et de sécurité a estimé que le demandeur et ses collègues n'étaient pas exposés à un «danger» selon le sens donné à ce mot dans le Code du travail du Canada (le Code), mais il a jugé que le Service correctionnel du Canada contrevenait à l'art. 124 du Code en n'autorisant pas ces agents à porter sur eux des menottes s'ils le souhaitent—En appel, la décision se rapportant à l'absence de danger a été confirmée par l'agent d'appel et la conclusion selon laquelle il y avait contravention à l'art. 124 a été infirmée—Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de ces deux décisions de l'agent d'appel, au motif que l'agent d'appel n'a pas correctement interprété la nouvelle définition de «danger», dans le Code, et qu'il a ignoré des éléments de preuve, en particulier ceux qui concernent le risque accru de blessures en raison de la période plus longue nécessaire pour maîtriser les détenus—S'agissant de la décision relative à l'art. 124, le demandeur affirme que l'agent d'appel a appliqué la mauvaise norme de preuve et, de nouveau, qu'il a ignoré des éléments de preuve, en particulier sur la question de savoir si le fait pour des agents correctionnels de ne pas avoir de menottes en leur possession avait déjà conduit à des blessures, ainsi que pour ce qui concerne l'incidence du port d'un téléavertisseur personnel sur le risque auquel sont exposés les agents correctionnels—Il est ressorti des témoignages que les agents correctionnels qui ont effectivement été impliqués dans de violentes altercations avec des détenus étaient plus enclins que les autres à porter régulièrement des menottes sur eux—Les agents correctionnels travaillant dans l'unité d'isolement et de dissociation ainsi que les surveillants correctionnels (K-12) étaient autorisés à porter sur eux des menottes—Des menottes étaient également accessibles dans chacun des quatre postes de contrôle vitrifiés—Le mot «danger» employé dans l'art. 128 du Code est défini dans l'art. 122(1)—Avec l'ajout de mots tels que «existant ou éventuel», le Code ne se limite plus à la situation factuelle qui a cours au moment où l'employé refuse de travailler—La blessure ou la maladie peut ne pas se produire dès que la tâche aura été entreprise, mais il faut plutôt qu'elle se produise avant que la situation ou la tâche ne soit modifiée—Donc, l'absence de menottes sur la personne d'un agent correctionnel impliqué dans une empoignade avec un détenu doit être susceptible de causer des blessures avant que des menottes ne puissent être obtenues du poste de contrôle ou par l'intermédiaire d'un surveillant K-12, ou avant que tout autre moyen de contrainte ne soit fourni—La définition n'exige pas que, toutes les fois que la situation ou la tâche est susceptible de causer des blessures, elle cause des blessures—Il n'est pas nécessaire d'établir précisément le moment auquel la situation ou la tâche éventuelle se produira—La définition employée par l'agent

**PÉNITENCIERS—Fin**

d'appel était viciée—La Cour n'est pas persuadée non plus que l'agent d'appel a tenu compte de l'opinion exprimée par les agents correctionnels, une opinion fondée sur leur expérience—Cette preuve était manifestement à propos, mais elle n'a pas été considérée—Quant à la conclusion selon laquelle le risque était inhérent à l'emploi du demandeur, le demandeur a admis que sa description d'emploi faisait état du risque d'une prise d'otages, de blessures ou d'un danger possibles, lorsqu'il aurait affaire à des détenus violents ou hostiles—Mais il a affirmé que la consigne restreignant la possibilité de porter sur soi des menottes était une modification de ses conditions normales d'emploi et constituait un accroissement du risque ou du danger—La décision contestée ne dit pas que l'agent d'appel a examiné cet argument—Sa conclusion semble reposer sur le simple fait qu'un risque d'agression est toujours présent dans un environnement tel que le pénitencier de Kent—Il ne pouvait évaluer si le risque accru de blessures était une «condition normale d'emploi», puisqu'il considérait ce risque comme rien d'autre qu'une hypothèse non vérifiée—Parce que l'agent d'appel a ignoré la preuve concernant un aspect essentiel sur lequel reposait sa conclusion finale, la décision doit être annulée—S'agissant du non-respect de l'art. 124 du Code, la déclaration de l'agent d'appel selon laquelle «il n'est pas établi que l'absence de menottes en raison du fait que les agents correctionnels n'en portent pas sur eux a déjà conduit à des blessures» était inexacte—Si cette affirmation ne concernait que les éléments auxquels le décideur a accordé du poids, eu égard à la preuve versée dans le dossier, en particulier le témoignage concernant l'expérience de l'agent correctionnel, alors l'agent d'appel aurait dû expliquer, fût-ce succinctement, le fondement de sa conclusion—L'agent d'appel a ignoré cette preuve, et cela constitue une erreur sujette à révision—La Cour n'était pas convaincue que, si l'agent d'appel avait tenu compte de toute la preuve, sa conclusion aurait nécessairement été la même, d'autant plus que l'évaluation du risque dont fait état la décision ne parle pas expressément du risque de blessures en cas d'agression inopinée lorsque le premier agent à répondre à un téléappel n'est pas le surveillant K-12—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 122 «danger» (mod. par L.C. 2000, ch. 20, art. 2), 124 (mod. *idem*, art. 5), 128 (mod. *idem*, art. 10).

VERVILLE C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL)  
(T-1207-02, 2004 CF 767, juge Gauthier, ordonnance en date du 26-5-04, 26 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire d'une décision du tribunal de révision du Régime de pensions du Canada et de la Sécurité de la vieillesse, par laquelle le tribunal a jugé que la défenderesse

**PENSIONS—Suite**

avait droit à la prestation du supplément de revenu garanti (la prestation SRG) même si elle n'avait pas présenté une demande en ce sens à l'intérieur du délai de douze mois postérieur au décès—M. Reisinger est décédé en septembre 2000—La demande de pension de sécurité de la vieillesse (SV) avait été envoyée au nom de la succession le 14 mai 2001—Le 10 juillet, Développement des ressources humaines Canada (DRHC) demandait de connaître les raisons pour lesquelles feu John Reisinger n'avait pas lui-même réclamé une pension SV, et demandait aussi des documents additionnels—DRHC envoyait aussi deux formulaires applicables à la prestation SRG, en précisant que la demande devait être transmise dans un délai de 90 jours échéant le 8 octobre—La demande ainsi que les documents additionnels requis n'ont été transmis que le 28 janvier 2002—Par lettre datée du 4 mars 2002, DRHC informait la défenderesse qu'il n'avait pas encore reçu les documents et renseignements demandés et que, si aucune réponse n'était reçue dans un délai de 60 jours, DRHC présumerait que la défenderesse ne souhaitait plus réclamer la prestation—Le 24 avril, DRHC approuvait la demande de pension SV, mais rejetait la demande de prestation SRG parce qu'elle avait été reçue après l'expiration d'un délai d'un an—Le ministre avait décidé de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'art. 32 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse, c'est-à-dire le pouvoir de considérer que, en raison d'une erreur administrative ou d'un avis erroné, la demande de prestation SRG serait réputée avoir été reçue à l'intérieur de délai—Le tribunal de révision a conclu qu'une erreur administrative d'était produite parce que, le 4 mars 2002, DRHC attendait encore une réponse à sa demande de renseignements additionnels, alors que les documents manquants avaient été envoyés à DRHC le 28 janvier 2002—Le tribunal de révision a conclu que l'avis initial de 90 jours et le second avis de 60 jours équivalaient à une renonciation par DRHC au délai de prescription—Ce que le dossier révélait, c'est que le ministre avait refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'art. 32, et cela parce que le refus de la prestation résultait non pas d'une erreur administrative, mais de ce que la défenderesse n'avait pas présenté dans le délai imparti sa demande de prestation SRG—Le rôle de la juridiction de contrôle se limite à s'assurer que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par la Loi n'a pas été exercé d'une manière déraisonnable ou d'une manière contraire à la loi; il ne lui appartient pas d'exercer ce pouvoir discrétionnaire à la place du ministre—L'argument selon lequel le ministre est empêché d'alléguer l'incompétence du tribunal de révision est dépourvu de bien-fondé car il a le droit de s'opposer à un acte juridictionnel qui est contraire à la loi—La conduite du ministre ne constituait pas un abus de procédure—Les délais de 90 jours et de 60 jours étaient censés permettre au demandeur de procéder au traitement de la demande de pension SV—La demande de prestation SRG, quant à elle,

**PENSIONS—Fin**

n'avait pas été présentée à l'intérieur du délai réglementaire, et aucune disposition n'autorisait une prorogation—La Cour n'était pas à même de réformer la décision du ministre de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'art. 32 de la Loi car le contrôle judiciaire de cette décision n'avait pas été sollicité dans un délai de 30 jours—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 32.

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. SUCCESSION REISINGER (T-1203-03, 2004 CF 893, juge Kelen, ordonnance en date du 23-6-04, 11 p.)

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de ne pas communiquer le projet de motifs (les notes) préparé par un membre de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission)—Le membre de la Commission a dicté les notes après l'ajournement de l'audience en utilisant le même équipement que celui qui était utilisé pour enregistrer l'instance—La dictée a été transcrite mais la Commission n'a pas retenu de copie de la transcription du fait qu'elle était d'avis que cela appartenait à son membre—La décision de ne pas communiquer les notes a fait l'objet d'une plainte auprès du Commissaire à la vie privée du Canada, lequel a rendu une décision selon laquelle les notes ne relevaient pas de la Commission et qu'elles n'étaient donc pas assujetties à la communication—L'art. 12(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels (la Loi) donne à tout citoyen canadien et à tout résident permanent le droit de se faire communiquer les renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale—Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada) c. Canada (Conseil des relations du travail)* (2000), 257 N.R. 66, la Cour d'appel fédérale a statué que les notes

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Fin**

prises par les décideurs quasi judiciaires dans le cadre de l'exercice d'une fonction juridictionnelle indépendante ne relevaient pas du tribunal administratif, mais qu'elles relevaient plutôt du membre lui-même—Le raisonnement sous-jacent que l'on trouve dans les deux décisions, en première instance ([1996] 3 C.F. 609) et en appel, dans l'affaire *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada)*, s'applique en l'espèce—En général, il faudrait faire preuve de retenue à l'égard de l'indépendance des décideurs exerçant une fonction juridictionnelle—À l'instar du Conseil canadien des relations du travail, la Commission est un tribunal quasi judiciaire—Les membres sont des représentants du gouverneur en conseil, non pas des employés de la Commission—Ils exercent une fonction juridictionnelle indépendante—La Commission n'exige pas du membre qu'il conserve un projet de motifs ou des notes mais elle encourage ses membres à conserver des notes—Toutes les notes, y compris le projet de motifs, préparées par un membre de la Commission sont considérées comme appartenant au membre—Les notes ne deviennent pas partie du dossier officiel du simple fait de l'utilisation de l'équipement de la Commission pour les enregistrer—Compte tenu de la nature quasi judiciaire de la Commission et du contexte dans lequel les notes ont été prises, celles-ci ne relevaient pas de la Commission et elles seraient susceptibles d'être exclues de la divulgation en application de l'art. 22(1)b) de la Loi, puisque leur communication nuirait au bon fonctionnement de la Commission—Demande rejetée—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12(1)b), 22(1)b).

TUNIAN C. CANADA (PRÉSIDENT DE LA COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ) (T-691-03, 2004 CF 849, juge Martineau, ordonnance en date du 10-6-04, 8 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:  
Les Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S9  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Les Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S9  
<http://publication.gc.ca>